

**EDSON ISFER**

**SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO COMO  
INSTRUMENTO DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS**

**Tese apresentada como requisito parcial à  
obtenção do grau de Doutor, ao Programa de  
Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências  
Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do  
Paraná.**

**Orientador:  
Prof. Dr. Alfredo de Assis Gonçalves Neto**

**CURITIBA**

**2006**

## TERMO DE APROVAÇÃO

EDSON ISFER

### SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO COMO INSTRUMENTO DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Alfredo de Assis Gonçalves Neto  
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Ary Oswaldo Mattos Filho

Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Márcia Carla Pereira Ribeiro

Prof. Dr. Osmar Brina Corrêa-Lima

Curitiba, de                      de 2006

## **AGRADECIMENTOS**

Pode-se dizer que a tese é escrita isoladamente. Todavia, o esforço expendido é decorrência de movimentos que envolvem várias pessoas. Tais movimentos podem ser, inclusive, de paciência e resignação. Por isso, há agradecimentos que não poderia me furtar nesse momento. São eles para a minha amada esposa, Silmara, e para a razão da minha persistência, meus filhos, Mayara, Erika e Henrique, que me servem, muitas vezes, de exemplo.

Agradeço, igualmente, aos meus amigos e sócios de escritório, Luiz Daniel Felipe e Manoel Eduardo Alves de Camargo e Gomes, bem como a todos os colegas que permitiram as minhas ausências, nos momentos de reflexão.

Por fim, agradeço à Leda F. Bernardino, pela importante escuta.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	vii
<b>ABSTRACT</b> .....	viii
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>CAPÍTULO 1 - LEGISLAÇÃO FALIMENTAR</b> .....	13
1.1 A FALÊNCIA .....	15
1.2 A LEI N.º 11.101 DE 9 DE FEVEREIRO DE 2005 .....	27
1.2.1 O Projeto de Lei n.º 4.376, de 1993 .....	28
1.2.2 Os Interesses a Serem Protegidos.....	33
1.2.3 A Empresa e o Empresário .....	38
1.2.4 Estrutura Organizacional na LRE .....	42
1.2.5 A Recuperação de Empresas.....	50
1.3 ALGUMAS ANOTAÇÕES DA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.....	71
1.3.1 Legislação Norte-Americana – <i>Chapter 11</i> .....	74
1.3.2 A Reforma Francesa .....	76
1.3.3 A Lei Alemã de Insolvência de 1994 .....	78
1.3.4 As Alterações da Lei Italiana de 1942 .....	81
1.3.5 O "Direito Concursal" Espanhol.....	86
1.3.6 A Legislação Portuguesa.....	89
1.3.7 A Lei Argentina .....	92
1.3.8 A Lei de Concursos Mercantis do México .....	93
1.3.9 Bolívia – Lei de Reestruturação Voluntária de Empresas .....	95
1.3.10 Chile – Lei n.º 20.073 .....	97
<b>CAPÍTULO 2 - DIREITO SOCIETÁRIO</b> .....	98
2.1 DOS ENTES JURÍDICOS .....	98
2.1.1 Das Associações .....	99
2.1.2 Das Fundações .....	103
2.1.3 Das Sociedades .....	104
2.2 DO ATO CONSTITUTIVO DAS SOCIEDADES.....	106
2.3 CLASSIFICAÇÃO DAS SOCIEDADES NO DIREITO BRASILEIRO .....	115

2.3.1	Quanto à Responsabilidade dos Sócios.....	117
2.3.2	Quanto à Estrutura Econômica .....	124
2.3.3	Quanto à Autonomia Patrimonial.....	129
2.4	DAS SOCIEDADES EM ESPÉCIE .....	133
2.4.1	Estrutura da Sociedade Simples .....	134
2.4.2	Sociedade em Comum.....	174
2.4.3	Sociedade em Conta de Participação .....	181
2.4.4	Sociedade em Nome Coletivo .....	187
2.4.5	Sociedade em Comandita Simples .....	191
2.4.6	Sociedade Limitada .....	192
2.4.7	Sociedade Anônima .....	218
2.4.8	Sociedade em Comandita por Ações .....	231
2.4.9	Sociedade Cooperativa .....	232
	<b>CAPÍTULO 3 - SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO.....</b>	<b>235</b>
3.1	O PROPÓSITO ESPECÍFICO .....	236
3.2	A IMUTABILIDADE DO 'PROPÓSITO ESPECÍFICO'.....	245
3.3	O SUJEITO ATIVO.....	248
3.3.1	Marcos Legais .....	248
3.3.2	A Sociedade em Conta de Participação.....	251
3.3.3	O Consórcio.....	254
3.3.4	Grupo de Sociedades.....	257
3.3.5	"Joint Venture".....	259
3.3.6	"Groupement D'Intérêt Économique" – GIE .....	261
3.4	O PROPÓSITO ESPECÍFICO E AS FORMAS SOCIETÁRIAS.....	263
3.4.1	Sociedade Simples.....	264
3.4.2	Sociedade Cooperativa .....	268
3.4.3	Sociedade Limitada .....	271
3.4.4	Sociedade Anônima .....	276
3.4.5	Demais Tipos Societários Empresariais.....	285
	<b>CAPÍTULO 4 - SPE E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS .....</b>	<b>288</b>
4.1	A FUNÇÃO.....	289

4.2	A SPE CONSTITUÍDA PELOS CREDORES .....	292
4.2.1	A Forma Societária a ser Utilizada .....	293
4.3.2	Explicações Necessárias.....	294
4.2.3	Os Tipos Societários Eficientes para o Fim Proposto .....	298
4.2.4	Negócio Jurídico Indireto.....	303
4.2.5	Natureza jurídica da SPE constituída pelos credores .....	309
4.3	AS SOCIEDADES CRIADAS PELO DEVEDOR.....	314
4.3.1	Os Tipos Societários Eficientes para o Fim Proposto .....	316
4.3.2	A Sociedade Receptora do Fundo de Empresa .....	317
4.3.3	A SPE Adquirente dos Créditos .....	320
4.4	BREVE SÍNTESE.....	328
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	330
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	334

## RESUMO

O objeto deste trabalho centra-se na investigação das Sociedades de Propósito Específico – SPE e eventuais conexões com a recuperação das empresas em crise, tendo como referente metodológico a recém-aprovada Lei de Recuperação de Empresas – LRE (Lei n.º 11.101, 09 de fevereiro de 2005) e as demandas empíricas que advêm do setor econômico. A hipótese que fundamenta a escolha, tanto do objeto quanto do referente metodológico, está vinculada no estabelecimento legal desse meio – SPE – como hábil a recuperar as empresas em crise, mediante a adjudicação dos ativos do devedor por seus credores. O método selecionado para proceder a esta investigação foi o dedutivo, o qual sugere uma abordagem do geral ao particular, possibilitando a adoção de uma metodologia capaz de contextualizar os fundamentos empíricos e ideológicos da LRE no amplo universo econômico e normativo no qual se situa. Utilizou-se essa contextualização para verificar a *função* da referida lei e buscar uma das *estruturas* adequadas a conceder suporte ao fim colimado. Este pesquisador pretendeu ressaltar os dois pilares necessários para atingir-se o fim colimado pelo legislador. Para tanto, desenvolveu, de um lado, o aspecto funcional, e de outro, o estrutural, tendo, ao final, conectado ambos, de forma que a análise tivesse por objetivo verificar se a estrutura colocada à disposição é adequada para cumprir a função estabelecida na Lei. E ao se comentar de estrutura colocada à disposição, vincula-se a SPE mencionada pelo legislador no inciso XVI, do artigo 50, da LRE. Mas não somente esse meio de recuperação de empresas é analisado neste trabalho. É também enfocada a SPE criada pelo próprio devedor, como meio de aquisição de seu passivo, promovendo a novação objetiva e subjetiva das obrigações. Estudados os dois modelos, verificam-se as suas naturezas jurídicas e conclui-se com a formulação de um quadro a respeito de quais as formas societárias hábeis a explorar os propósitos específicos nessas condições.

## ABSTRACT

The present work aims at investigating the Specific Purpose Societies – SPS and their connections with the restoration of companies facing crisis, using as methodological reference the recently approved Company Restoration Law – CRL (Law 11.101, 09-02-2005) and the economic sector empirical demands. This work object and methodological reference were based on the hypothesis that the SPS legal establishment could be a means to recover companies facing crisis, through awarding the debtor assets to his creditors. The investigation method was the deductive, which suggests approaching the subject from general to particular, thus permitting to use a methodology able to contextualize the CRL empirical and ideological fundamentals within its comprehensive economic and normative universe. We use such contextualization to check that Law *function* and find adequate *structures* to support the objective to be achieved. The present work researcher intended to highlight two supports needed to reach the goal set by the legislator. To this end, he developed two aspects: on the one hand, the functional and on the other hand, the structural. Finally, he connected them in order to address the analysis objective towards checking if the available structure is adequate to meet the function set by the Law. When commenting such available structure we link the SPS mentioned by the legislator in the CRL article 50, item XVI. However, this is not the only means analyzed by this work; it also focuses the SPS created by the debtors as a means of acquiring their assets through providing the objective and subjective novation of their liabilities. After studying the two models, we checked their legal nature and closed the work formulating a picture showing which of the society forms is able to meet the specific purposes under these conditions.



## INTRODUÇÃO

É certo que a Carta Constitucional de 1988 trouxe ao Brasil inovações importantes. Essas inovações seriam, especialmente, relativas aos direitos e garantias fundamentais. Mas, para além deles, também destacáveis são as disciplinas constitucionais acerca da ordem econômica que está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Essa nova ordem principiológica recomenda a aplicação de outros parâmetros de inteligibilidade sobre o plano normativo que regula as relações econômicas no Brasil. Assim, há, especialmente no que diz respeito à legislação empresarial, afetação dos seus fundamentos por esses novos limites estabelecidos. Por isso, quando da promulgação da Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária (LRE), verificou-se a profunda preocupação na vinculação entre o instituto da recuperação da empresa e o ditame constitucional.

A partir dessa perspectiva, o OBJETO deste trabalho centra-se na investigação das Sociedades de Propósito Específico (SPE) e eventuais conexões com a recuperação das empresas em crise, tendo como REFERENTE METODOLÓGICO a recém-aprovada LRE e as demandas empíricas que advêm do setor econômico.

A HIPÓTESE que fundamenta a escolha, tanto do objeto quanto do referente metodológico, está vincada no estabelecimento legal desse meio – SPE – como hábil a recuperar as empresas em crise, mediante a adjudicação dos ativos do devedor por seus credores.

O MÉTODO selecionado para proceder a esta investigação foi o dedutivo, o qual sugere uma abordagem do geral ao particular, possibilitando a adoção de uma METODOLOGIA capaz de contextualizar os fundamentos empíricos e ideológicos da LRE no amplo universo econômico e normativo no qual se situa. Utilizou-se dessa

contextualização para verificar a *função* da referida lei e buscar uma das *estruturas* adequadas a conceder suporte ao fim colimado. Acompanhando Comparato, vai se dividir a exposição em duas partes, eis que a "estrutura de qualquer norma ou instituto jurídico deve ser interpretada em vista das funções, próprias ou impróprias, do conjunto de seus elementos ou disposições: e toda função é limitada pela estrutura do conjunto"<sup>1</sup>.

Essa forma de abordagem é inovadora no que diz respeito ao estudo da recuperação de empresas. Normalmente, nesse "sistema", a doutrina tem se preocupado em abordar a função, sem se preocupar com a estrutura. Este pesquisador, ao contrário, pretendeu ressaltar os dois pilares necessários para atingir-se o fim colimado pelo legislador. Para tanto, desenvolveu, de um lado, o aspecto funcional, e de outro, o estrutural, tendo, ao final, conectado ambos, de forma que a análise tivesse por objetivo verificar se a estrutura colocada à disposição é adequada para cumprir a função estabelecida na Lei.

Com tais elementos, optou-se por um PROCEDIMENTO METODOLÓGICO com a estruturação do presente trabalho em quatro capítulos. O Capítulo 1 está reservado para a evolução normativa e jurisprudencial que culminou na edição da LRE. Considerada a referida Lei, foram analisados alguns de seus fatores, especialmente aqueles que são importantes para entrever a questão da factibilidade de recuperação da empresa em crise. Com essa perspectiva, esse capítulo trata do aspecto *função*.

O Capítulo 2 principia com a análise dos entes jurídicos de direito privado e suas diferenças básicas. São analisadas as associações, as sociedades e as fundações, buscando na lei os pontos que conferem o caráter de *discrimen* entre elas. O tópico seguinte, mas ainda no mesmo capítulo, é dedicado ao estudo das sociedades e alguns itens que lhe são próprios, bem como aos diversos tipos societários do direito brasileiro. Poder-se-ia inquirir acerca da extensão desse capítulo, visto que

---

<sup>1</sup>COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, n.50, p.58, 1983.

não se encontra em equilíbrio com os demais. Justifica-se esse aparente desequilíbrio, pelo fato de serem nele introduzidas as *estruturas* que serão utilizadas no decorrer da análise.

No capítulo seguinte (3), são analisadas a sociedade de propósito específico, figuras afins e aplicações dessa fórmula societária. Já nesse capítulo encontra-se a **PRIMEIRA TESE** deste trabalho, que consiste na imutabilidade do propósito específico, a partir da sua fixação, sob pena de desnaturação do ente criado. Ainda nesse mesmo capítulo está a **SEGUNDA TESE**, segundo a qual, é possível explorar propósito específico em qualquer tipo societário, e também por meio de entes não societários, salvo sociedades cooperativas, que não se prestam a esse fim.

No último capítulo, adequando função e estrutura, verifica-se qual o tipo societário ideal para recepcionar o interesse dos credores, mediante a sociedade de propósito específico. Nesse sentido, são investigadas duas hipóteses: SPE criada pelos credores, que é a proposta metodológica exposta pelo legislador da LRE, no inciso XVI do seu artigo 50; e a SPE criada pelo devedor, a qual vem sendo adotada na prática empresarial. Considerando-se que o OBJETO e a HIPÓTESE deste trabalho estão centrados no primeiro caso – SPE criada pelos credores – analisam-se, neste último capítulo, as formas societárias eficientes para o exercício da função, tendo-se chegado à **TERCEIRA TESE**. Pode-se antecipar, nesse aspecto, que apesar de o objeto da sociedade não ser empresarial, os tipos societários mais adequados para o fim seriam o de sociedade anônima e simples sob a forma de limitada. Finalmente, mas ainda no mesmo capítulo, aborda-se a **QUARTA TESE**, qual seja, de que a natureza jurídica da sociedade criada pelos credores é de negócio jurídico indireto.

Feitas as considerações iniciais, justifica-se a inserção de algumas anotações de Economia no presente trabalho e sua interação com o Direito. Esse procedimento poderia trazer algumas dúvidas acerca da autonomia do Direito. No entanto, desde já fica certo que o que se pretende é promover a contextualização histórica de ambas as ciências, para demonstrar sua integração dialética.

Nesse sentido, é importante antecipar que se coloca como marco legislativo a Constituição Federal de 1988, especialmente o Título VII<sup>2</sup>, a qual serviu como fundamento para a LRE. Dentro desse contexto, pode-se dizer que a ordem econômica e o direito estabeleceram íntima ligação, de tal sorte que ambos acabaram por exercer influências recíprocas, em sentido verdadeiramente dialético.

Considerando que a falência e a recuperação de empresas, objetos imediatos do referente metodológico do presente trabalho, têm seus estudos vinculados a diversos ramos do conhecimento humano, especialmente o Direito e a Economia, entendeu-se necessário fazer breve introdução nos temas relacionados aos sistemas econômicos. Para tanto, optou-se por utilizar como fundamento os textos do Prof. Avelãs Nunes, mesmo reconhecendo que, para essa visão histórica, poderem ser consultados outros estudiosos da Economia e da Sociologia, como Ross Gandy<sup>3</sup>. No entanto, desde logo fique claro que o trabalho a ser desenvolvido tem contornos específicos da área jurídica e o aporte da área econômica que se faz é, apenas, para introduzir a questão jurídica, sem qualquer pretensão de aprofundar ou esgotar o tema.

Ao lado disso, é importante que se alerte, de antemão, que os textos do professor de Coimbra são vinculados aos estudos de Marx, razão pela qual as classificações adotadas perfilham o caminho desse doutrinador, sem que se expresse, com isso, qualquer ideologia.

Na evolução dos sistemas econômicos, Marx distinguiu os seguintes modos de produção: comunismo primitivo; escravagista; Feudalismo; Capitalismo e Socialismo. Considerando que nas etapas comunismo primitivo, escravagista e Feudalismo a produção se dava para o uso, de sorte que o comércio ou mercancia estaria em segundo plano, não há razão para essa abordagem no presente texto.

---

<sup>2</sup>"Da Ordem Econômica e Financeira", arts. 170 e seguintes.

<sup>3</sup>GANDY, D. Ross. **Marx e a história da sociedade primitiva ao futuro comunista**. Trad. Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

Por essa razão, optou-se por mencionar apenas o período mais recente da história, em que se situam o Socialismo e o Capitalismo, nos quais a troca é o objetivo do modo de produção.<sup>4</sup>

Especialmente será considerado o Capitalismo, eis que os processos de quebra, e também de recuperação, nos Estados socialistas, encontram significativa interferência dos Estados nos quais as empresas estão inseridas, recebendo, não poucas vezes, injeção de capital estatal para a sua manutenção, extrapolando o âmbito das ajudas pré-programadas.<sup>5</sup>

Esse recorte metodológico também se explica pelo fato de que, conforme Avelãs Nunes, "a ciência econômica nasce, verdadeiramente, no século XVIII, com o advento do Capitalismo como sistema produtivo..."<sup>6</sup>. Consoante a perspectiva teórica de Avelãs Nunes, o Capitalismo se inicia com a derrocada do Feudalismo como meio apto a propiciar o modo de produção.

Em conjunto com a ascensão do Capitalismo, a burguesia passa a ser a classe economicamente dominante. Tal domínio provém, especialmente, das navegações, que marcaram a mundialização<sup>7</sup> do comércio; da cobrança de juros altos sobre o capital emprestado aos pequenos agricultores; do reconhecimento pela Igreja Protestante, na Inglaterra, da possibilidade do exercício de atividades rentáveis (a Reforma); do apoio ofertado pela burguesia à monarquia e a conseqüente extinção

---

<sup>4</sup>Não se quer com isso dizer que não haveria troca nos sistemas utilizados antes do Capitalismo e do Socialismo. A questão é de objetivo. Nos demais sistemas, o objetivo era o uso do produto. No Capitalismo, o produto torna-se mercadoria e a troca é o objetivo dos operadores econômicos.

<sup>5</sup>É esse o entendimento, segundo Piero Pajardi, no leste europeu, nos países socialistas: "*È da notare che nei Paesi dell'Est, pur sussistendo i presupposti soggettivi, è sempre escluso il fallimento delle cooperative e delle imprese che operano in settori d'interesse nazionale o che perseguono particolari scopi sociali.*" (PAJARDI, Piero. **Radici e ideologia del fallimento**. 2.ed. Milão: Giuffrè, 2002. p.11).

<sup>6</sup>AVELÃS NUNES, A. J. **Noção e objeto da economia política**. Coimbra: Almedina, 1986. p.9.

<sup>7</sup>A expressão pode ser substituída por globalização.

da luta entre essas classes que anteriormente havia; da Revolução Inglesa; da Revolução Francesa; entre outros fatores menos relevantes.

Alguns fatos assumiram importância mais decisiva nesse período. Pode-se dizer que um deles é a Reforma, que modifica profundamente o entendimento da Igreja acerca da atividade econômica. A Igreja Católica do século XII entendia que a atividade econômica era pecaminosa e, portanto, condenável. O Protestantismo, no entanto, muda essa visão, para explicar que a riqueza é uma benção de Deus. Segundo Avelãs Nunes, essa visão está tão enraizada na religião protestante que Marx chega a escrever que o protestantismo é essencialmente uma religião burguesa.<sup>8</sup>

De outro lado, não se pode deixar de caracterizar a Revolução Inglesa como um dos marcos decisivos para que o sistema capitalista pudesse ser introduzido como modo de produção. Essa Revolução pode ser designada como o "processo que levou a burguesia inglesa a tomar conta do comércio e da produção e a ocupar o poder político".<sup>9</sup> Ela se desenhou pela soma gradativa de vários fatores. O alinhamento da burguesia com a nobreza foi um dos principais elementos para derrubada do poder feudal. Também desempenhou papel preponderante, nesse viés, a distribuição das terras da Igreja Católica, procedida por Henrique VIII, quando do afastamento da Inglaterra de Roma. Com isso, apareceram novos proprietários burgueses. Essa nova classe, decorrente da união entre burguesia e nobreza, entrou em conflito com a dinastia dos Tudor, que pretendia manter a ordem feudal, ocasionando a Revolução de 1648.

Ao lado desses acontecimentos internos, a Inglaterra resolveu investir em sua marinha e no comércio marítimo. Cromwell baixou os Atos de Navegação de 1651 e 1660, proibindo que navios estrangeiros desembarcassem em portos ingleses mercadorias provenientes de outros países. Com isto, causou grande prejuízo à

---

<sup>8</sup>AVELÃS NUNES, A. J. Os sistemas econômicos. In: **Separata do Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v.16, 1994. p.71.

<sup>9</sup>AVELÃS NUNES, Os sistemas..., p.73.

marinha Holandesa, que comerciava produtos do Oriente. Iniciava-se a conquista, pela Inglaterra, do comércio mundial.

Por meio de diversos tratados firmados posteriormente, como o de Methwen (1703), da Paz de Utrecht (1713), de Paris (1763), a Inglaterra, no século XVIII, conseguiu tornar-se a grande potência do comércio mundial. Com o poderio comercial externo, internamente a burguesia também passou a determinar o ritmo de mudanças no aparelho do Estado. O Parlamento alcançou mais poderes, com o *Bill of Rights*. No Parlamento, dominado pela classe burguesa, foram elaboradas as leis e adotadas as medidas financeiras, passando a vigorar novo modo de atuação do Estado.

Ao mesmo tempo – consequência direta do poderio econômico granjeado pelo Estado inglês e pela burguesia local – surgiu a Revolução Industrial. A esse período se dá essa designação, pois foi na Inglaterra que, originariamente, os inventos foram utilizados para revolucionar a indústria. Nesse contexto se inventaram a máquina de tecer, de fiar e a máquina a vapor, conforme historia Avelãs Nunes.<sup>10</sup> E, para além de terem sido inventadas, lá passaram a ser utilizadas as máquinas em substituição à energia humana. E com as máquinas, houve o fenômeno da multiplicação da produção e da escala. Junto com a produção em escala, a construção das vias de ferro, permitindo o acesso ao transporte fácil entre as cidades e entre estas e o campo; os transportes facilitaram, também, o escoamento das produções agrícolas. Estava, assim, garantida a vitória do modo de produção capitalista sobre o antigo modo de produção feudal, considerando-se sua condição de reprodução.

Ao mesmo tempo, desenvolveram-se novas técnicas associativas, para que pudessem ser produzidas e distribuídas em massa as riquezas. Como os capitais envolvidos eram volumosos, já procurava a burguesia uma forma de estruturar sociedades com limitação de responsabilidades dos empreendedores. Por isso, Galgano designa a sociedade por ações de "figura típica do Capitalismo moderno".<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup>AVELÃS NUNES, Os sistemas..., p.92.

<sup>11</sup>GALGANO, Francesco. **Diritto commerciale**: le società. 2.ed. Bologna: Zanichelli, 1984. p.51.

Sua origem histórica pode ser exemplificada na Companhia Holandesa das Índias Orientais, fundada em 1602, que põe em evidência primeiramente o nexo entre forma jurídica das sociedades e fenômeno econômico-social do Capitalismo moderno.<sup>12</sup>

Além disso, fruto da industrialização e da concentração de indústrias nas cidades, verificou-se o movimento migratório dos trabalhadores para esses centros, sem que estes contassem com infra-estrutura para acolhê-los. Os trabalhadores passaram a viver de maneiras e condições sub-humanas e a trabalhar para além de suas forças, produto do excesso da oferta da mão-de-obra.

Começaram, então, os trabalhadores a organizar-se em classe, apesar das proibições. Conforme relata Avelãs Nunes, estaria dado o início da luta de classes entre operários e capitalistas burgueses, isto no primeiro terço do século XIX. Mas, apesar disso, o Capitalismo estava implantado na Inglaterra.

Pelo setor continental, a França tinha assistido à Revolução Industrial Inglesa e encontrava-se em situação precária. Segundo relatos de Avelãs Nunes, a propriedade da terra estava concentrada nas mãos de uma minoria constituída pelo clero e pela nobreza. Os ingredientes na França, assim, eram diversos daqueles existentes na Inglaterra. Neste país, a burguesia uniu-se à nobreza e se afastou do clero. Na França, o contexto era diferente.

A Revolução Francesa se fez contra os privilégios da nobreza e do clero, em verdadeira aliança entre a burguesia culta e a massa popular.<sup>13</sup> E a Revolução Francesa foi reconhecida como a verdadeira revolução burguesa, que consagrou

---

<sup>12</sup>GALGANO, **Diritto**..., op. cit., p.51.

<sup>13</sup>"Enquanto a nobreza feudal invocava os seus 'direitos históricos' para reclamar, perante o absolutismo monárquico, maior dose de poder e de liberdade, a fim de aumentar e consolidar os seus privilégios feudais, a burguesia culta do século XVIII, inspirada na filosofia de John Locke, invocava a 'razão' e o 'direito natural' para reclamar a abolição dos privilégios e a igualdade dos direitos. Perante a obstinada resistência das classes privilegiadas a qualquer compromisso que admitisse a burguesia como sua associada no poder, à burguesia só restava, para sair vitoriosa, a aliança com as camadas populares, unidas sua na miséria e no seu ódio à feudalidade." (Cf. AVELÃS NUNES, Os sistemas..., op. cit., p.111).



vencedora a classe burguesa contra a classe feudal, assegurou à indústria capitalista a liberdade econômica, como de resto assegurou a liberdade e a igualdade objetivada pelos revolucionários.

A questão que passou a se colocar desde então foi a dos princípios da liberdade e da igualdade. Isto porque, em 26 de agosto de 1789, a Assembléia Constituinte aprovou a *Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão*, cujo art. 1.º tinha a seguinte redação: "*os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos*". E, a partir dessa liberdade e igualdade, passou-se a perquirir sobre a questão do exercício do direito à propriedade privada.

Tem-se, então, o cenário para a luta de classes dos antigos aliados (burguesia e classes populares), eis que as camadas populares não aceitavam o exercício pleno da propriedade levado a efeito pela burguesia capitalista.<sup>14</sup> Abriu-se a fenda entre essas duas classes, que levou às lutas na França, no final do século XVIII e início do século XIX.

No entanto, também no continente, estava instalado o Capitalismo como modo de produção, com as conseqüências daí decorrentes. E essas decorrências podem ser lidas a partir do momento histórico em que as mesmas atuam, usando a historicidade aceita por Marx. Portanto, apesar de ser um único modo de produção,

---

<sup>14</sup>Sobre a tônica da discórdia entre o tratamento igualitário das classes, interessante a leitura que Adam Przeworski faz de Nicos Poulantzas: "Os trabalhadores são, primeiramente, uma categoria definida dentro do sistema de produção. Mas o Capitalismo individualiza as relações de classe. O Capitalismo é um sistema em que as relações entre as pessoas e as coisas ("propriedade") são diferenciadas das relações das pessoas entre si ("contrato"). Ambas as relações são universais e igualitárias. Sob o Capitalismo, o Direito e a ideologia tratam toda a propriedade da mesma maneira, obscurecendo a distinção entre recursos produtivos e artigos de consumo que define as classes sociais. Sob o Capitalismo, o Direito e a ideologia tratam as partes do contrato da mesma maneira, como "indivíduos", omitindo o fato de que os trabalhadores, que não podem sobreviver sem vender sua capacidade de trabalho, são obrigados a entrar em contratos de emprego <Balibar, 1970>. Finalmente, segundo Poulantzas, as instituições políticas capitalistas tratam todos os "cidadãos" em abstrato – sem identificá-los pela posição que ocupam nas relações de classe – como capitalistas e trabalhadores. Nesse sentido, o Capitalismo desorganiza os trabalhadores como classe..." (PRZEWORSKI, Adam. **Estado e economia no capitalismo**. Trad. Argelina C. Figueiredo e Pedro P. Bastos. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995).

o Capitalismo vai assumindo, com o passar do tempo, contornos diversos, de forma a poder manter o seu modo de reprodução. Nesse sentido, Avelãs Nunes, em seu relato contextualizado, trata, inicialmente, do Capitalismo concorrencial ao monopolizado, traçando seus principais tópicos.<sup>15</sup>

No Capitalismo de concorrência, a característica é a atonicidade dos agentes econômicos, ou seja, estes atuam individualmente no mercado, sem que haja uma percepção de efeito bloco. Não há, portanto, influência das empresas sobre o "mercado", dado sua pequenez. Entendendo-se como importante, nessa forma de ver o Capitalismo, o **consumidor**, o qual é "considerado o último detentor do poder econômico e o **mercado** era tido como o instrumento automático de controle e direção da economia"<sup>16</sup> (grifo nosso). Em razão de o mercado funcionar como instrumento de controle da economia, o período era de não-intervenção estatal (Estado liberal), com estrita distinção entre a esfera econômica e a política. Estava-se sob o império do *laissez-faire*, *laissez-passer*, defendido pelos fisiocratas.

Essa descrição do sistema, de não intervenção do Estado no domínio econômico, mesmo na primeira fase do Capitalismo, não é seguida por Poulantzas, para quem esse regime jamais poderia reproduzir-se sem a interferência do Estado. Analisando essa questão, Przeworski afirma que:

POULANTZAS argumenta que o Capitalismo jamais poderia reproduzir-se sem o Estado. A primeira razão é que as condições não-econômicas para a produção e distribuição capitalista não são geradas espontaneamente pela operação do sistema econômico. Na linguagem de POULANTZAS, 'a unidade de uma formação não é jamais garantida pelo econômico apenas' {p.45} A segunda razão é que o Capitalismo sempre enfrenta a ameaça potencial da classe trabalhadora.<sup>17</sup>

Na segunda fase do Capitalismo, em que há concentração das riquezas e que se costuma marcar com o advento da Primeira Guerra Mundial, as características

---

<sup>15</sup>AVELÃS NUNES, Os sistemas..., op. cit., 2.<sup>a</sup> parte.

<sup>16</sup>AVELÃS NUNES, Os sistemas..., op. cit., p.157.

<sup>17</sup>PRZEWORSKI, op. cit., p.103.

principais, ainda segundo Avelãs Nunes<sup>18</sup>, são: concentração de empresas no setor privado; exportação de capitais privados e fixação do colonialismo; e afirmação extraordinária do capital financeiro. Nesse período inicia-se o que se tem designado de *Welfare State*, ou Estado de bem-estar social.

Aparecem, em substituição às antigas empresas individuais e pequenas sociedades, as sociedades anônimas, as quais ocupam posições de domínio ou quase domínio no mercado. Só a partir desse ponto é que Avelãs Nunes admite uma virada no jogo de articulação estatal, passando a estrutura política a ter influência na estrutura econômica. Para ele, o Estado passa a ser operador econômico, estando na condição de fornecedor, consumidor e investidor, enfim, a ser agente econômico. Para tanto, e considerando o volume de sua atuação, adquire também a condição de controlador da economia.

Mas esse ideal da economia, dirigida, de certa forma, pelo Estado, vem encontrando resistência na *mainstream economics*, que retoma a questão da economia de mercado livre, especialmente a partir do último quartel do século XX. Para essa teoria, chamada por Avelãs Nunes de Economia Marginalista, o mercado seria o único instrumento racional de afetação de recursos escassos a usos alternativos.<sup>19</sup>

A separação entre Economia e Estado, para a Ciência Econômica, fica bem clara nesta passagem do Professor de Coimbra:

À luz do que fica dito, resulta que a defesa do mercado como mecanismo de regulação automática da economia, por oposição à intervenção do estado neste domínio e com este objectivo, não representa apenas um ponto de vista técnico sobre um problema técnico. A defesa do mercado é a defesa da concepção filosófica liberal que vê no mercado uma instituição natural, autônoma, soberana, capaz de uma arbitragem neutral dos conflitos de interesses, uma instituição que – nas palavras de Hayek – 'não pode ser justa nem injusta, porque os resultados não são planeados nem previstos e dependem de uma multidão de circunstâncias que não são conhecidas, na sua totalidade, por quem quer que seja.'

---

<sup>18</sup>AVELÃS NUNES, Os sistemas..., op. cit., p.177-205.

<sup>19</sup>AVELÃS NUNES, **Noção**..., op. cit., p.68.

E é a defesa da concepção liberal do estado, entendendo este como instância separada da economia e da sociedade civil e considerando a não-intervenção do estado na economia como corolário da natureza do estado enquanto pura instância política.<sup>20</sup>

Não só autores estrangeiros, como Avelãs Nunes, mas também brasileiros, vêm se contrapondo a esse entendimento da *mainstream economics*. O Prof. Eros Roberto Grau<sup>21</sup> deixa clara a participação do Estado na Economia, com o fito de assegurar a todos existência digna, especialmente definindo "políticas públicas voltadas à viabilização da participação da sociedade nacional, em condições de igualdade, no mercado internacional." <sup>22</sup>

Complementando seu pensamento, acerca da racionalidade neoliberal e, conseqüentemente, da racionalidade da Economia Marginalista, Eros Grau afirma que o neoliberalismo afronta o discurso liberal, investindo contra as liberdades formais, os direitos e as garantias sociais, e direitos e garantias individuais dos cidadãos.<sup>23</sup>

Como se afirmou anteriormente, é no Capitalismo que se dá à "troca" a reflexão econômica, e é especificamente na "troca" que se lastreia a atividade mercantil, pelo menos para parte da doutrina. Mas, na esteira do pensamento de Eros Grau, propõe-se investigar se a SPE tem condições de cumprir a função que lhe reserva a LRE.

Para verificar o paralelismo entre os acontecimentos econômicos e os jurídicos, como primeiro passo, trazemos, a seguir, um breve retrospecto histórico da legislação falimentar adotada no Brasil.

---

<sup>20</sup>AVELÃS NUNES, **Noção**..., op. cit., p.69-70.

<sup>21</sup>GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. Capítulo 1.

<sup>22</sup>GRAU, op. cit., p.35.

<sup>23</sup>GRAU, op. cit., p.49.

## CAPÍTULO 1

### LEGISLAÇÃO FALIMENTAR

Trazido o breve relato histórico da Economia ou da Ciência Econômica, como feito na introdução, passa-se ao direito concursal<sup>24</sup>, buscando, por meio desses elementos históricos e sociais, promover o elo que outorgue sustentação à argumentada dialética entre os sistemas (jurídico e econômico), para que se possa estabelecer esse pressuposto metodológico.

Esse caminho parece ser o aconselhado por Castanheira Neves, ao criticar a proclamada autonomia do Direito vista pelo normativismo, o qual teria se equivocado ao se alienar da realidade social, política e econômica.<sup>25</sup> Isto não significa que o autor discorde da existência da autonomia do direito, ao contrário, afirma que "cremos poder compreender-se hoje a afirmação da autonomia do direito e do mesmo passo se reconhecerá que ela é em absoluto indispensável".<sup>26</sup> No entanto, tal autonomia teria como lastro uma racionalidade distinta, racionalidade lastreada na concreção que a comunidade pudesse dar à objetivação histórico-social no sistema do direito vigente. Para além disso, haveria um "específico patrimônio axiológico-normativo e jurídico" que vai como que se perpetuando em princípios culturalmente fundamentais no sistema, através de uma "dialética histórica – transcendendo o plano da 'existência' jurídico-positiva em que os direitos positivos se manifestam e se sucedem uns aos outros".<sup>27</sup> Finalmente, esses dois pontos refletidos pelo professor

---

<sup>24</sup>Utiliza-se essa expressão, quando poderiam ser utilizadas outras como falimentar ou, ainda, de recuperação de empresas, sem prejuízo para o conteúdo do trabalho.

<sup>25</sup>CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **O direito hoje e com que sentido?**: o problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p.29.

<sup>26</sup>CASTANHEIRA NEVES, op. cit., p.73.

<sup>27</sup>CASTANHEIRA NEVES, op. cit., p.66-67.

lisboeta são amalgamados por um terceiro, que confere ao Direito o sentido de **direito** e lhe garante autonomia: *a sua dimensão ética*.<sup>28</sup>

Vista a autonomia do Direito sob esse critério, necessária a análise do instituto de quebras como se fará a seguir, considerando alguns aspectos históricos e sociais, os quais devem ser refletidos em conjunto com os aspectos históricos mencionados na Introdução.

Para caracterizar ainda mais a necessidade de trazer os dois sistemas em conjunto, interessa rever o conceito de falência<sup>29</sup>, exposto por José da Silva Pacheco, na introdução de seu estudo sobre o processo falimentar:

1.1. Pode a falência ser considerada – e no curso de sua história o tem sido – sob vários ângulos. A título meramente exemplificativo, sem qualquer intuito de exaustividade, poderíamos compreendê-la sob os aspectos:

- I - Econômico e social, como objeto dos estudos relativos à Economia e Sociologia, tendo em vista as causas ou circunstâncias cíclicas que a determinam ou acompanham, bem como as conseqüências no meio social.
- II - Jurídico, como objeto de estudo do direito comercial, econômico, penal, internacional privado (direito material) e processual civil, penal e internacional;
- III - Jurídico, como objeto de estudo do direito econômico ou empresarial e do direito processual.<sup>30</sup>

Partindo das normas constitucionais de sentido, acima mencionadas, especialmente aquela que fixa a necessidade da preservação da empresa, Jorge Lobo faz aporte que, relativamente ao direito concursal contemporâneo, demonstra a importância dessa conexão. Estudando o tema, afirma que: "em um mundo em

---

<sup>28</sup>CASTANHEIRA NEVES, op. cit., p.71.

<sup>29</sup>Acerca dessa visão da falência com caráter econômico, podem ser citados, ainda, Rubens Requião (**Comentários à lei das sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1986. v.1. p.77-92); Fábio Ulhoa Coelho (**Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.343), Paul Singer (Economia solidária. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p.81-126), entre outros, o que nos leva a entender como sustentável a ligação entre as duas ciências.

<sup>30</sup>PACHECO, José da Silva. **Processo de falência e concordata**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p.1-3.

que os fenômenos, para serem bem compreendidos e interpretados, exigem que os examinemos sob múltiplos ângulos, é impossível desassociar-se o Direito da Economia."<sup>31</sup>

Como pressuposto metodológico, conforme ficou consignado no capítulo anterior, nosso registro histórico-legislativo tem como marco espacial o Brasil. Não obstante tal assertiva, importa introduzir algumas notas acerca da evolução do tratamento dispensado à insolvência no âmbito do Direito Romano, já que, como ensina Rubens Requião, a "partir da Lei das XII Tábuas se delinearam a execução singular e a execução coletiva, sendo esta a grande contribuição do direito romano ao nosso instituto".<sup>32</sup> Ora, sendo assim, é importante que se entenda como se chegou à etapa atual da legislação de recuperação de empresas, até para poder se desincumbir do presente trabalho.

Passemos, então, ao breve retrospecto histórico.

## 1.1 A FALÊNCIA

Ultrapassado o tempo da Lei das XII Tábuas, na qual, apesar da introdução do sistema da execução coletiva, ainda se prestava a responder pela dívida a pessoa do devedor, e não seus bens, entra-se em nova fase, aplacando-se o rigor desumano. Com a *Lex Poetelia Papiria*, entre os anos 500 e 400 a.C., os bens do devedor passam a responder por suas dívidas.<sup>33</sup>

No sistema instituído mediante a referida *Lex*, os bens do devedor eram entregues a uma pessoa que, recebendo-os, obrigava-se a pagar aos credores por rateio. Como o sistema era passível de fraudes, passou-se ao novo modelo, em que

---

<sup>31</sup>LOBO, Jorge. **Direito concursal**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p.19.

<sup>32</sup>REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. Curitiba: Saraiva, 1993. v.1. p.7.

<sup>33</sup>Trajano de Miranda Valverde (**Comentários à lei de falências**. 4.ed. São Paulo: Forense, 1999. v.1); Rubens Requião (**Curso de direito falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1993 v.2); e Jorge Lobo (**Direito...**, op. cit., p.3-4).

os bens eram entregues aos credores, por ordem do pretor, observadas certas condições. Estes não os recebiam com transferência de propriedade, mas apenas para guardá-los, até que fosse possível promover a venda pública dos mesmos. Promovida tal venda, haveria o rateio entre os credores. Ao lado da perda dos bens, o devedor era marcado com nota de infâmia, perdendo seus "direitos civis"<sup>34</sup>.

Já nessa época, se o devedor insolvente pretendesse atender ao interesse dos credores, agindo conforme o que se entendia por boa-fé, entregando seu patrimônio a estes, poderia ver-se livre do caráter de infâmia que eventualmente lhe seria imposto, se de modo contrário agisse. Era a *Lex Julia* atenuando o rigor das penas aos devedores infelizes, promovendo separação entre aqueles que agiram de boa ou de má-fé.

Vários desses institutos acabaram influenciando o direito moderno, como bem acentuado por Requião:

Sentimos nessa dissertação, colhida em vários autores, a real e direta influência que o direito romano exerceu, através das instituições medievais que o acolheram em grande parte, no direito moderno. O desapossamento dos bens do devedor, a concorrência dos credores disputando preferência ou rateio, a arrecadação dos bens postos sob a administração do 'magister' ou 'curator' (síndico), a venda pública dos bens sob a supervisão do magistrado e tantos outros procedimentos, são técnicas de direito substancial e de direito formal, que perduram nos modernos processos de falência.<sup>35</sup>

Decorrido esse período da Antigüidade, um dos marcos da Idade Média, especialmente aquele que nos importa no momento, é a formação do direito comercial comum, lastreado nas decisões dos cônsules e nas regras de usos e costumes, especialmente nas cidades que vão se criando.

---

<sup>34</sup>A expressão é usada por Requião e Jorge Lobo, mas deve ser considerada com ressalvas, eis que de verdadeiros direitos civis só se pode falar a partir do século XVII.

<sup>35</sup>REQUIÃO, **Curso de direito falimentar**, v.1, op. cit., p.9.



Considerando que as cidades são formadas, basicamente, em torno dos mercados<sup>36</sup>, essas regras são necessárias para reger o incipiente comércio que é gerado pelo artesanato e pelo expansionismo verificado na atividade marítima, a qual se traduz, em última análise, em desenvolvimento para o mesmo comércio.

Nesses regramentos, como assinalam Miranda Valverde, Lobo e Requião<sup>37</sup>, a repressão penal é marcante, especialmente em relação ao devedor insolvente. Tinham, ainda, alguns resquícios dos tempos da Antiguidade, no que diz respeito a tratamentos rudimentares do "falido".

Merece destaque esse período, pois, apesar da existência do concurso de credores, era ele marcado pela prelação, ou seja, os credores que se antecipassem na cobrança de seus créditos, teriam direito prioritário em relação aos demais. No entanto, surge, já no século XVII, em 1673, o Código Francês, que estabelece a *par condicio creditorum*, inaugurando o princípio que regerá os processos de falência até os presentes dias.

Com o crescimento da atividade mercantil, a mundialização do comércio, que surgiu principalmente com a exploração das colônias pelos descobridores, a inserção do Estado na atividade econômica, o surgimento de estruturas monopolistas e, mesmo, a existência de uma estrutura jurídica mais moderna, aperfeiçoou-se o instituto da falência, passando a dar-se ênfase, como ressaltado por Requião<sup>38</sup>, ao "instituto econômico".

Nessa mistura de cenários, entre a falência da Idade Média e a dos tempos modernos, mas sempre sob o signo do Capitalismo, vemos surgir no cenário mundial o Brasil. Ao vir para a Colônia, Dom João VI determina a Abertura dos Portos, colocando

---

<sup>36</sup>A expressão é utilizada, neste contexto, como reunião de mercadores para trocar bens e não no sentido mais técnico, da ciência econômica.

<sup>37</sup>Trajano de Miranda Valverde (**Comentários...**, op. cit.); Rubens Requião (**Curso de direito falimentar**, v.1, op. cit.); e Jorge Lobo (**Direito...**, op. cit.).

<sup>38</sup>REQUIÃO, **Curso de direito falimentar**, v.1, op. cit., p.10.

o Brasil na rota do comércio. Aplica-se aqui, como já ocorria desde o Descobrimento, a legislação portuguesa de então, consubstanciada nas Ordenações do Reino.

Com a Independência, passou a vigorar no Brasil a legislação portuguesa sobre falências. A Lei de 30 de outubro de 1823 mandou observar a *Lei da Boa Razão*, a qual determinava a aplicação, na Colônia, das normas das nações civilizadas. Por decorrência dessa norma, o direito brasileiro passou a sofrer grande influência do direito francês, especialmente do Código de Napoleão.

Em 1850, afinal, foi promulgado nosso Código Comercial, parcialmente em vigor atualmente, cujas disposições eram claramente inspiradas no Código Napoleônico e que, na sua terceira parte, destinava-se às "Quebras".

O primeiro sistema positivo nacional de direito falimentar previa a falência do devedor em função da cessação de pagamentos, bem como a possibilidade, para os de boa-fé, observadas as demais condições legais e contratuais, da concordata suspensiva. Esse sistema não previu a concordata preventiva. Quanto à **concordata suspensiva**, esta dependia da aprovação da maioria dos credores do devedor comum, o que acabou sendo motivo determinante para a modificação legislativa. É que, nesse período, entraram em colapso os negócios do Visconde de Mauá, maior comerciante do tempo do Império. Como seus credores eram mais de 3.000 espalhados pelo mundo, não foi possível reuni-los em assembléia para deliberar a transformação de sua falência em concordata suspensiva. Por essa razão, o Visconde apresentou ao Parlamento projeto de revisão do texto legal, que foi aprovado mediante a Lei n.º 3.065/1882, para definir que a aprovação dependia dos credores presentes à assembléia e não de todos os credores do devedor comum.

Ainda no tempo do Império, viria a ocorrer a introdução, em nosso sistema legislativo, da **concordata preventiva**.

Dentro dessa mesma raiz casuística que havia feito medrar a alteração das disposições relativas às concordatas, em 1864, como decorrência da falência do banqueiro Vieira Souto, foram promulgados os Decretos n.ºs 3.308 e 3.309. O primeiro,

concedendo moratória a banqueiros e criando regras especiais para falências dessa classe de empresários.<sup>39</sup>

Já no período republicano, foi a lei de falências reformada. Interessante observar que, incumbido de elaborar o projeto, o Conselheiro Carlos de Carvalho o promoveu em 14 dias, sendo convertido no Decreto 917 de 1890. Sua grande marca, e que acabou por provocar críticas ao seu texto, foi a abundância de meios de prevenção de falência<sup>40</sup>. Tal texto foi revisado e novo diploma editado, agora sob a forma de Lei n.º 859/1902, a qual também não teve vida longa.

Em 1903 já havia projeto de alteração da Lei de 1902, mas somente foi aprovado em 1908, mediante a Lei n.º 2.024, que teve duração longa e que reunia como objetivos principais evitar as fraudes ocorridas no meio e tornar mais célere o processo falimentar. Tal texto trouxe a alteração da caracterização da falência para o critério da impontualidade, melhorou o sistema de classificação e verificação dos créditos e instituiu em um **texto único a concordata preventiva e suspensiva**.

A Lei de 1908, em decorrência de suas falhas, que podem ser atribuídas à "autonomia excessiva de que continuavam a gozar os credores, no estado jurídico da falência ou concordata, com muitos direitos e nenhuma obrigação"<sup>41</sup>, foi substituída em 1945 pelo Decreto-lei n.º 7.661, o qual reforçou os poderes do magistrado e reduziu a influência dos credores, de tal sorte que as concordatas passaram a ser analisadas sob o aspecto objetivo, deixando de haver o fundo contratual que até então as instruía. Possibilitava, ainda, tal legislação, a continuidade dos negócios do falido, a requerimento deste e quando entendesse o magistrado que essa continuidade poderia ser adequada aos interesses dos credores, bem como a constituição de sociedade pelos credores para dar continuidade aos negócios do falido.

---

<sup>39</sup>BESSONE, Darcy. **Instituições de direito falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1995. p.14.

<sup>40</sup>Nesse sentido, confira-se Darcy Bessone e Rubens Requião, obras e locais citados.

<sup>41</sup>VALVERDE, **Comentários...**, op. cit., p.10.

As **concordatas** – preventiva e suspensiva –, anteriormente com contornos nitidamente contratuais<sup>42</sup>, passaram a ser deferidas com base em **limites objetivos**. Essa inovação foi aplaudida por nossos doutrinadores, como pode ser visto em destaque dado por Paulo Salvador Frontini ao tratar do tema, em palestra proferida na Associação Comercial de São Paulo em 25.10.78.<sup>43</sup> Nesse encontro, afirmou o Professor paulista, que "na concordata preventiva, foi admirável progresso subtrair aos credores a prevalência que normalmente exerciam na formação do **contrato de concordata**".<sup>44</sup>

Interessante relevar, desde já, que aquilo que parecia um avanço importante em 1945, reafirmado em 1978, foi posteriormente combatido por quem pleiteava a reforma da lei de falências<sup>45</sup>.

Nesse momento (Lei de 1945), segundo Miranda Valverde, iniciou-se a quarta fase do instituto da falência no direito brasileiro<sup>46</sup>. Manteve-se nela o esquema de separar os sistemas de insolvência. Essa separação veio a acarretar três grandes grupos: (a) as falências e concordatas, para devedores comerciantes, previstas na referida Lei; (b) a execução por quantia certa contra devedor insolvente, ou processo de insolvência, para devedores não comerciantes, tratada nos artigos 748 e

---

<sup>42</sup>Daí sua designação, advinda do fato de os credores necessitarem concordar com o benefício.

<sup>43</sup>FRONTINI, Paulo Salvador. Reflexões sobre a reforma da lei de falências. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico Financeiro**, n.31, p.43, 1978.

<sup>44</sup>FRONTINI, op. cit., p.46.

<sup>45</sup>O texto é levado a efeito, justamente, para dizer da necessidade de alterar-se a legislação falimentar, encerrando Frontini, com a afirmação de que "é um absurdo verificar que, envelhecido em pouco mais de trinta anos de aplicação, e enfraquecido pelas implicações decorrentes de leis posteriores, o atual diploma falimentar vem operando de modo oposto aos objetivos preconizados pelos respeitáveis doutores que o elaboraram" (op. cit., p.50-51).

<sup>46</sup>Para o referido autor, a primeira fase do instituto falimentar no Brasil seria em 1850, com o Código Comercial, a segunda fase se daria em 1890, com a reformulação trazida por Carlos de Carvalho e a terceira em 1908, mediante a Lei n.º 2.024 (VALVERDE, **Comentários...**, op. cit.).

seguintes do CPC; e (c) intervenção e liquidação extrajudicial das instituições financeiras, objeto de regulamentação na Lei n.º 6.024, de 13.03.1974.

Essa dicotomia do sistema concursal, entre comerciantes e não comerciantes<sup>47</sup>, não é novidade do direito brasileiro. García Villaverde nos ensina que esse era o sistema adotado, por exemplo, pelo legislador espanhol do século XIX, prevendo a falência para os comerciantes, no Código Comercial e a insolvência, para os não comerciantes, no Código Civil. Lembra, ainda, o referido autor espanhol, que o México tinha esse mesmo esquema legislativo de separação entre comerciantes e não comerciantes.<sup>48</sup>

Utilizando-se da organização cronológica proposta por Miranda Valverde, o instituto estaria entrando em sua quinta fase com a Lei n.º 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, que vem reformular a política sobre o instituto, o qual passa a ser de Falências e **Recuperação de Empresas**, a exemplo da tendência mundial, iniciada nos Estados Unidos e na Inglaterra.

Segundo Jorge Lobo, considerando que a empresa tem uma função social a cumprir, "há um grande interesse do Estado na permanência das empresas econômica e financeiramente viáveis"<sup>49</sup>, o que teria motivado essa onda de alterações legislativas. Rubens Approbato Machado reforça esse entendimento, afirmando que a Lei de 1945 era incapaz de promover a manutenção da atividade econômica organizada, esclarecendo que o objetivo da nova Lei é a "preservação da empresa, dentro de

---

<sup>47</sup>Quanto às instituições financeiras, em verdade elas não formam um sistema à parte dos comerciantes. Trata-se de Lei própria para disciplinar a insolvência de atividade com grande repercussão socioeconômico-financeira.

<sup>48</sup>GARCIA VILLAVERDE, Rafael. El presupuesto subjetivo de la apertura del concurso. In: VILLAVERDE, R. G.; UREBA, A. A.; EZGUERRA, J. P. VILLAVERDE, R. G.; UREBA, A. A.; EZGUERRA, J. P. **Derecho Concursal Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal**. Madrid: Dilex, 2004. p.29-34.

<sup>49</sup>LOBO, **Direito...**, op. cit., p.6 e 19.

seu novo conceito de fonte geradora de bens patrimoniais, econômicos e sociais."<sup>50</sup> Portanto, essa quinta fase do instituto falimentar teria como função, na visão contextualizada pelos doutrinadores<sup>51</sup>, tirar o foco de outros interesses, que não o da recuperação do ente produtor de riquezas, objetivo maior da economia nacional.<sup>52</sup>

Para além dos avanços legislativos verificados, a jurisprudência caminhou no sentido de manter as empresas como entes produtivos. Para tanto, os julgadores aplicaram o princípio da preservação da empresa, estabelecido na CF/88.

Como forma de dar cumprimento a esse princípio, três principais mecanismos eram utilizados na Lei de 1945. O primeiro, foi a autorização da continuidade dos negócios do falido, sob a gestão profissional e supervisão do síndico; o segundo, a alienação da empresa<sup>53</sup> do falido, para exploração da mesma sem sua desativação; o terceiro, o estacimento de prazos nas concordatas, para que os concordatários pudessem pagar suas obrigações em condições diversas daquelas previstas no pedido do favor legal.

Esses mecanismos vinham sendo largamente utilizados nos últimos anos, sob o entendimento de que serviriam para dar cumprimento ao princípio da preservação da empresa. Isto, apesar de nos casos de concessão de crédito à empresa falida e de aumento de prazo para cumprimento da concordata, haver expressa afronta à Lei. É que o Judiciário vinha dando prioridade ao "princípio legal", quando este se colocava em contradição com a norma. Essas modalidades demonstram a sensibilidade do Judiciário com a questão econômica do país e dos centros produtores de riquezas.

---

<sup>50</sup>MACHADO, Rubens Approbato. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.22.

<sup>51</sup>Entre outros, Jorge Lobo (**Direito...**, op. cit.); Rubens Approbato Machado (op. cit.); Fábio Ulhoa Coelho (**Comentários...**, op. cit.); Carlos Henrique Abrão e Paulo F.C. Salles de Toledo (**Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2005).

<sup>52</sup>Sobre a capacidade de atendimento desse objetivo, deixa-se consignado que há dúvidas a respeito, mas que não será objeto desse trabalho o estudo de tal questão.

<sup>53</sup>O termo é empregado, no presente contexto, no sentido que lhe é emprestado pelo art. 966 do Código Civil Brasileiro, ou seja, enquanto *atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços*.

Quanto à continuidade dos negócios do falido, concisa e clara é a seguinte decisão:

A continuidade do negócio pela própria falida, com assessoramento técnico e gestão de empresa especializada, implicando na revogação de despacho que autorizava o arrendamento, é medida que tem amparo legal (LF art. 74), destinada à recuperação econômica da agravada, com os benefícios que dela decorrem.<sup>54</sup>

Verifique-se, por outro lado, a orientação adotada pelo Tribunal do Paraná, acerca da possibilidade da extinção do processo falimentar, quando o devedor efetua o pagamento do débito ao único credor, após a prolação da decisão de quebra:

**FALÊNCIA. DÍVIDA LIQUIDADADA. QUEBRA QUE NÃO IRRADIOU QUALQUER EFEITO. DÍVIDA DIMINUTA. INEXISTÊNCIA DE OUTROS CREDORES. ATIVIDADE NÃO INTERROMPIDA. EXTINÇÃO DO PROCESSO FALIMENTAR. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 4.º, IV, DO DEC.-LEI 7.661/45, QUE SITUA NO ÂMBITO DA LÓGICA DO RAZOÁVEL. (ART. 5.º DA LEI DE INTRODUÇÃO DO CÓDIGO CIVIL). AGRAVO PROVIDO.** Decretada a falência, se nenhuma providência concreta foi tomada, se dela ainda não irradiou qualquer efeito jurídico, para eventuais credores, nada impede que a dívida seja paga pelo devedor, mesmo depois da declaração, extinguindo sua obrigação e o procedimento falencial, em seu nascedouro. Pelos efeitos maléficos da quebra de uma empresa, suas normas hão de ser interpretadas mais pelo seu conteúdo político-social do que seu sentido técnico-formal, devendo o juiz conciliar a sua declaração com o fim social e as exigências do bem comum, visando, sempre, a preservação da empresa e dos empregados, se isso não acarreta prejuízo a ninguém.<sup>55</sup>

No caso em comento, o Tribunal paranaense deu interpretação *contra-legendem* ao dispositivo mencionado, eis que o inciso IV, do artigo 4.º do Decreto-lei n.º 7.661/45, estabelece que *a falência não será decretada*, quando houver pagamento da dívida *antes de requerida a falência*. Pelo relato, é possível verificar que a situação colocada em foco mostra-se absolutamente distinta, eis que a falência já tinha sido decretada, quando a dívida foi paga.

---

<sup>54</sup>TJPR. Relator Des. Cordeiro Cleve. Recorrente Mozart Gaia Júnior e outro. Recorrida Massa Falida de Popasa Potinga Papéis S.A. e outro. Desprovido. Unânime. Disponível em: <www.tj.pr.gov.br>. Acesso em: 23 dez. 2005.

<sup>55</sup>TJPR - Agravo de instrumento n.º 127939-2, de Curitiba, 1.ª Vara da Fazenda Pública Falências e Concordatas. Relator: Des. Airvaldo Stela Alves. – Grifamos.

Nesse mesmo sentido posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça. Veja-se o acórdão seguinte:

COMERCIAL. FALÊNCIA. ACORDO ANTES DA QUEBRA.

O acordo procedido nos autos, iniciado antes de decretada a falência, de que resultou a extinção da dívida com plena quitação pela requerente, que pediu seu arquivamento, sem nenhum prejuízo a qualquer credor, importa na não declaração da quebra.

Numa quadra, como a que vivemos, de enorme dificuldade, com retração da economia e escassez de emprego, a postura reclamada do judiciário é a de que tenha uma maior sensibilidade para não agravar esses problemas, por isso mesmo que deve dar às regras falimentares, sobretudo à estabelecida pelo inciso VIII do art. 4.º da Lei de Quebra, uma interpretação que conduza, tanto quanto possível, a manter as empresas em atividade no caso como o dos autos em que a ninguém interessa o encerramento das atividades da recorrente, não havendo nenhum credor a se dizer lesado, não tendo fomento de utilidade nem de justiça manter-se a decretação da falência, evitando-se, assim, que seja instalado um mal social de maior gravidade.<sup>56</sup>

É nítida, portanto, a tendência do julgador, de manutenção da atividade produtiva, em especial quando declara no acórdão que a *atividade não foi interrompida* e que as normas devem ser interpretadas conforme seu *conteúdo político-social*.

Em outro acórdão do Tribunal paranaense, há expresse reconhecimento da função social da empresa, como pode ser verificado em sua transcrição:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCORDATA PREVENTIVA. DESCUMPRIMENTO. DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA. DEMONSTRADO NOS AUTOS, O PAGAMENTO AOS CREDITORES, REVOGA-SE A DECISÃO QUE DECRETOU A MEDIDA EXTREMA - AGRAVO PROVIDO.

I - É de evidente interesse público e social, a manutenção da atividade econômica da empresa concordatária.

II - A falência foi declarada em 23/09/2002, diante do descumprimento do favor legal, porém, diante da alteração da situação fática, demonstrada pela agravante-concordatária, do pagamento aos credores, com a anuência do síndico, e mais, a publicação do edital para intimação dos interessados, na concordata preventiva de Ferragens Rodolpho Senff S/A, do qual decorreu o prazo legal, sem impugnação dos interessados, justificando a reforma da decisão agravada, para restabelecer o curso da concordata preventiva.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup>REsp 175.158. Relator Ministro César Asfor Rocha. Publicado no DJ de 11/09/2000.

<sup>57</sup>AI 130.824-1, de Curitiba, 4.ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas. Relator Des. Hirose Zeni. Provido unânime.



Nessa decisão, a questão do interesse público e social fica manifesta. Impende notar que, conforme as datas estabelecidas no corpo do acórdão, a concordatária, em sua concordata preventiva, retardou o pagamento dos credores por mais de três anos. Após, foi decretada sua falência, nos exatos termos do parágrafo 1.º do artigo 175 da Lei de Falências revogada. Em que pese a decretação da falência ter embasamento fático (falta de pagamento de credores) e legal, a decisão, considerando o interesse na atividade econômica da empresa, reformou o decreto de quebra, para o fim de dar provimento ao pedido da concordatária. Essa posição vai ao encontro do que foi anteriormente dito, comprovando a preocupação do Judiciário com as questões econômicas.

A doutrina percorreu esse mesmo caminho. Ao tratar da Reforma da Empresa, o Prof. Comparato analisou bem essa questão, já em 1983, distinguindo, no entanto, as empresas com interesse social daquelas em que impera o interesse particular. Afirmando ser nosso "direito falimentar pobre em distinções quanto à qualidade ou importância das empresas insolváveis", entende ser imperativa, por conta de nossos princípios constitucionais de desenvolvimento nacional e justiça social:

a completa reforma do direito falimentar, partindo-se da distinção básica entre empresas de interesse social e de interesse particular. A insolvabilidade das primeiras deve ser tratada com o objetivo de reerguimento econômico e financeiro, sacrificando-se o interesse de todos os credores não trabalhistas, inclusive o Poder Público, aos fins que devem orientar a atividade empresarial.<sup>58</sup>

O interesse de preservação das grandes corporações também era defendido por Requião, nessa mesma época em que o professor paulista posicionava-se pela necessidade da reforma da Lei de Quebras.<sup>59</sup> Reconhecendo que a Lei de 1945 não atendia mais aos propósitos do legislador e alertando sobre a necessidade de afastar a declaração da falência, pelos inconvenientes sociais e econômicos que ela

---

<sup>58</sup>COMPARATO, A reforma..., op. cit., p.66.

<sup>59</sup>REQUIÃO, Rubens. Insolvência e preservação da empresa. In: \_\_\_\_\_. **Aspectos modernos de direito comercial**. Curitiba: Saraiva, 1986. v.3.

proporciona, diz Requião: "urge incluir as 'sociedades anônimas de capital aberto', que são geralmente as grandes corporações brasileiras, no sistema da intervenção e liquidação extrajudicial, afastando-as da preponderância da falência".<sup>60</sup>

Interessante destacar que os estudiosos do Direito Comercial já preconizavam a necessidade de ser substituída a legislação falimentar, com esse mesmo escopo (recuperação de empresas), quando se promoveu em 1984<sup>61</sup> a reforma parcial da Lei de 1945. Em ata da reunião do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli, tratando dessa reforma de 1984, os professores de Direito Comercial da USP salientavam que, ao invés da reforma que se pretendia implantar, e que efetivamente foi implantada, deveria ser *ab rogada* a Lei de 1945, sendo conferida à matéria "uma nova visão, adequada às necessidades da economia moderna...que consagre o princípio da preservação da empresa", adequando-se e preparando-se o Poder Judiciário, para que este pudesse desincumbir-se da aplicação desse mister.<sup>62</sup>

Novamente, em 1991, o tema da reforma vem à tônica, sendo criada pelo Ministério da Justiça comissão especial para estudar o tema. Essa comissão convidou entidades representativas dos advogados a apresentarem sugestões para a mesma. Com esse intuito, o Instituto dos Advogados de São Paulo criou comissão, em conjunto com advogados especializados, tendo apresentado sugestões e anteprojeto de lei.<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup>REQUIÃO, **Aspectos...**, op. cit., p.83.

<sup>61</sup>Trata-se da Lei n.º 7.274, de 10 de dezembro de 1984, que introduziu importantes alterações na Lei, especialmente no que diz respeito às concordatas, facilitando o processo de recebimento dos créditos pelos quirografários e prevendo a correção monetária dos débitos, aspecto bastante controvertido na jurisprudência de então.

<sup>62</sup>COSTA, Philomeno J. da et al. Ata da Reunião do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, n.54, p.153-154, 1984.

<sup>63</sup>Conforme relata Waldírio Bulgarelli (Reforma da lei de falências. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, n.83, p.122, 1991).

Contrariando o entendimento esposado pelos professores componentes da Biblioteca Tullio Ascarelli, o anteprojeto apresentado pelos membros do Instituto dos Advogados de São Paulo mantinha a Lei de 1945, promovendo alterações substanciais em seu seio. Essas alterações tinham como objeto, no entanto, o mesmo preconizado pelos professores paulistas: "Recuperação e Reorganização da Empresa".<sup>64</sup>

Nesse anteprojeto, a concordata era mantida como forma de soerguimento da empresa, havendo mudanças em seu processamento. Conviveria ela com o instituto de recuperação e reorganização da empresa, o qual poderia ocorrer antes ou durante o processamento da falência. Tanto concordata quanto recuperação de empresas, teriam conduto jurisdicional e não contratual, ou seja, o deferimento do pedido seria decorrente de apreciação do juízo especializado e não de autorização dos credores.

Mas, na legislação que veio a ser aprovada, a concordata não persistiu e foi excluída. Talvez porque alguns não a vissem como forma de reorganização empresarial.<sup>65</sup>

## 1.2 A LEI N.º 11.101 DE 9 DE FEVEREIRO DE 2005

Acompanhando o avanço do pensamento contemporâneo acerca do direito concursal, o legislador brasileiro, após mais de 10 (dez) anos de estudos, fez promulgar a Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que tem a seguinte ementa: *"Regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária"*.

---

<sup>64</sup>BULGARELLI, op. cit., p.123.

<sup>65</sup>Dessa opinião é, por exemplo, Toledo (A disciplina jurídica das empresas em crise no Brasil: sua estrutura institucional. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, n.122, p.169, 2001), o qual afirma que a concordata não é "uma reorganização de empresas. Não tem nenhum conteúdo patrimonial, não afasta os administradores (nem os mantém, na verdade, porque não interfere na gestão), não exige que se examine plano algum de recuperação nem que se examine a viabilidade econômica da empresa, nem objetiva a preservação desta".

Como se percebe pela ementa legal, deu-se prioridade à recuperação das empresas, alterando-se a forma anterior, a qual regulava, pelo Decreto-lei n.º 7.661/45, a "Lei de Falências".

Essa alteração de posicionamento decorreu, aparentemente, das mudanças de interesses a serem protegidos, ou da natureza dos incentivos<sup>66</sup> que se quer outorgar. Como o concurso de credores é fronteiro entre o Direito e a Economia, tendo os doutrinadores certa dificuldade de conceituar falência sem recorrer aos conceitos da ciência econômica, utiliza-se, aqui, essa figura do incentivo para auxiliar na pesquisa que se pretende empreender.

De qualquer modo, concentrando-se em interesses a serem tutelados ou de incentivos a serem outorgados, o fato é que alterações houve. Parte-se do pressuposto que não se trabalha mais com as antigas categorias de proteção ou incentivos originais, lastreados no estado burguês, no qual se identificava o interesse da classe dos comerciantes como o interesse preponderante.

### 1.2.1 O Projeto de Lei n.º 4.376, de 1993

Dando formatação àquela pretensão de reformulação da lei de falências, foram nomeadas comissões pelo então Ministro da Justiça, Maurício Corrêa, com a finalidade de substituir o Decreto-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945.

Desse trabalho, foi elaborado, no âmbito do Ministério da Justiça, o Projeto de Lei n.º 4.376, de 1993. Segundo o parecer do Ministro da Justiça, encaminhado ao Presidente da República e que acompanhou o Projeto, o objetivo da proposta legislativa visava, primordialmente, "proteger credores e devedores, salvaguardando, também a empresa".<sup>67</sup> Verifique-se que a ideologia empregada, aparentemente,

---

<sup>66</sup>"A economia é, em essência, o estudo dos incentivos." (LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. **Freakonomics**. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Campus, 2005).

<sup>67</sup>Conforme DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, 03 dez. 1999, supl. 202, p.43-45.

ainda era a mesma de 1945. O prioritário era a proteção aos credores e ao devedor. Supletivamente, salvaguardava-se a empresa.

Tal Projeto ainda trazia como um de seus elementos a *concordata*, propiciando a recuperação da empresa em situação de remédio à falência, como ocorria no âmbito da lei de falências, ao permitir a continuidade dos negócios do falido.

Nomeada uma nova comissão para tratar do tema, agora pelo Ministro Jarbas Passarinho, foi apresentado novo Projeto, mas com a mesma numeração, mediante a Mensagem n.º 1.014/93, assim ementada: "*Regula a falência, a concordata preventiva e a recuperação das empresas que exercem atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências*".

Até esse momento, o Projeto não distinguia as figuras da empresa e do empresário, chegando a expressar que tais denominações compreenderiam quaisquer das figuras abrangidas nos artigos que mencionava (art. 3.º); estabelecia que a lei se aplicaria à empresa pública, sociedade de economia mista e outras entidades da órbita governamental, desde que explorassem atividade econômica; substituía a concordata suspensiva por medidas de recuperação de empresa; promovia outras alterações de significativa envergadura, mas que se deixa de explicitar, por não consistir em foco deste estudo.<sup>68</sup>

Aproveitando esse Projeto, no âmbito da Câmara dos Deputados foi apresentado um substitutivo global, em 30 de maio de 1996, cabendo a relatoria ao Deputado Osvaldo Biolchi.

Esse substitutivo alterou substancialmente o Projeto, mantendo apenas a estrutura da proposta do Executivo. Seu relator defendia, então, a necessidade de se dar um novo enfoque ideológico ao direito concursal, para levar em conta o relevante papel que a empresa desenvolve no cenário nacional, mediante as inter-relações entre produtores, intermediários, financiadores e consumidores. Por esse

---

<sup>68</sup>DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, p.178.

pensamento, convém ao Estado, dizia Biolchi, manter a atividade produtiva, eis que esta lhe dá sobrevivência e prosperidade.<sup>69</sup>

Entre os destaques do substitutivo, estão: a instituição do Comitê de Recuperação; a manutenção da recuperação judicial em substituição à concordata preventiva; a oportunização ao devedor de requerer a recuperação da empresa, mesmo durante a fase de liquidação, e a priorização da regularização dos créditos trabalhistas. Para além desses destaques, que sugerem mudanças interessantes em relação ao Projeto do Executivo, há, ainda, o da inaplicabilidade da lei às entidades ligadas à órbita governamental, como as empresas públicas e as sociedades de economias mistas. Por fim, o Projeto abrangeu as instituições financeiras públicas e privadas, cooperativas de créditos, sociedades seguradoras, de capitalização e de previdência privada, devendo a elas ser aplicada lei especial, a ser editada pelo Poder Executivo em 180 dias.<sup>70</sup>

Em 1997<sup>71</sup>, o Deputado Luis Roberto Ponte apresentou "Emenda Global ao Substitutivo Adotado pela Comissão Especial ao Projeto de Lei n.º 4.376, de 1973" (Emenda 82), mantendo a mesma linha básica do substitutivo Biolchi, mas promovendo algumas modificações no texto. Tal Emenda surgiu de estudos realizados, segundo o Deputado Ponte, por advogados, juízes, representantes do Ministério Público e assessores da Câmara dos Deputados.

Entre os pontos propostos, estariam: a necessidade de comprovação da possibilidade de recuperação pelo devedor; a ampliação da sujeição à lei, com a inclusão das sociedades *civís* e pessoas físicas que exercessem atividade econômica; a concepção como extraconcursais dos encargos e dívidas da massa; a viabilidade

---

<sup>69</sup>Conforme "voto do relator", prolatado por intermédio da Comissão Especial destinada a emitir parecer ao PL n.º 4.376/93 (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, p.180-186).

<sup>70</sup>DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, p.180-186.

<sup>71</sup>Não é possível precisar a data, eis que a mesma não consta do documento publicado no Diário da Câmara.

do pedido de recuperação antes do procedimento de inviabilidade econômica; e a criação de procedimento especial de recuperação para as micro e pequenas empresas.<sup>72</sup>

Em 30 de novembro de 1999, a Comissão Especial aprovou a *"Submenda Substitutiva Adotada pela Comissão às Emendas de Plenário Oferecidas ao Projeto de Lei n.º 4.376-A, de 1973"*, definido como aquele que *"Regula a recuperação e liquidação judicial de devedores pessoas jurídicas e pessoas físicas que exerçam atividades econômicas e dá outras providências."* Em tal submenda, o que se percebe de alteração é a re-inclusão, nos procedimentos legais, da sociedade de economia mista, o que havia sido anteriormente suprimido.

Após várias propostas apresentadas na Câmara, sempre com a relatoria do Deputado Biolchi, em 15/10/2003 o Projeto de Lei é aprovado e encaminhado ao Senado Federal. Nessa última versão, foram introduzidas, além de outras, as seguintes alterações.

Aperfeiçoada a redação, para compatibilizar com a nova terminologia de empresário introduzida pelo Novo Código Civil; Para definir que as ações de natureza fiscal não serão afetadas pelo deferimento da recuperação judicial, exceto no caso de concessão de parcelamento nos termos do CTN e da lei específica; Foi retirada a superposição dos créditos trabalhistas ao pedido de restituição de ACC no caso de recuperação judicial; Foi acrescentado que além dos créditos derivados das relações de trabalho, terão prioridade também aqueles relativos a acidentes do trabalho. Também foi inserida uma nova redação no inciso II para estabelecer um novo critério para o pagamento dos créditos fiscais e aqueles garantidos por ônus real na falência, fixando que estes estarão em igualdade de condições e serão pagos na proporção de um para um. Tal medida permitirá um maior atrativo dos demais credores em participar do processo falimentar, haja vista que no formato anterior somente os credores trabalhistas e os fiscais receberiam algo da massa falida, deixando quase nada para os outros credores; Foi excluída a possibilidade de "qualquer credor" requerer a recuperação judicial da empresa; Foi dada nova redação para permitir que as atuais empresas concordatárias e falidas possam requerer, sob condições objetivas, sua sujeição aos termos da nova lei em até 120 dias de sua vigência.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup>Conforme justificção apresentada pelo Deputado (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, p.391-394).

<sup>73</sup>Informação obtida no endereço <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 19 jan. 2006.

Em 29 de outubro de 2003, o Projeto da Câmara foi publicado pelo Senado Federal, agora com o número 71, de 2003, e encaminhado para a Comissão de Assuntos Econômicos, sendo nomeado relator o Senador Ramez Tebet.

Durante o mês de fevereiro de 2004 foram realizadas diversas audiências públicas no Senado, para tratar do assunto e, após, os senhores senadores apresentaram mais de uma centena de emendas ao Projeto. A grande maioria tratava da questão da classificação dos créditos.

Em 04 de maio de 2004, o Senador Ramez Tebet apresenta substitutivo com a incorporação de algumas das emendas apresentadas e outorga parecer favorável ao Projeto 71, de 2003.

Em 02 de junho de 2004, o Projeto é aprovado, com modificações, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal. Tais modificações encerram, em verdade, um substitutivo, que modifica a estrutura do Projeto original.

Segundo o Senador Ramez Tebet, em que pesem os bons precedentes do Projeto, apenas oito artigos foram mantidos na íntegra, sendo os demais alterados e reestruturados, de forma a outorgar logicidade ao mesmo. É dele a afirmativa que: "No que se refere à coerência interna da lei, verificam-se repetições, contradições e omissões que dificultam a compreensão e prejudicariam a boa aplicação das normas."<sup>74</sup>

Em face do entendimento adotado no Senado, as modificações introduzidas no Projeto levaram em consideração as seguintes premissas: 1) Preservação da empresa; 2) Separação dos conceitos de empresa e de empresário; 3) Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis; 4) Retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis; 5) Proteção aos trabalhadores; 6) Redução do custo do crédito no Brasil; 7) Celeridade e eficiência dos processos judiciais; 8) Segurança jurídica; 9) Participação ativa dos credores; 10) Maximização do valor dos ativos do falido; 11) Desburocratização da recuperação de microempresas e

---

<sup>74</sup>Conforme parecer publicado no DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 10 jun. 2004, p.17856 e segs.



empresas de pequeno porte; 12) Rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial.<sup>75</sup>

Em 12 de julho de 2004 foi apresentado na Câmara o Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara 71, de 2003, introduzindo esses novos conceitos.

Novos debates foram realizados e, finalmente aprovado o Projeto, com o seu encaminhamento à sanção presidencial, em 20 de janeiro de 2005. Em 09 de fevereiro desse ano, o Projeto era transformado na Lei n.º 11.101, de 2005.

### 1.2.2 Os Interesses a Serem Protegidos

Os primeiros pronunciamentos do Deputado Biolchi salientaram que o Projeto apresentado pelo Poder Executivo necessitava de alteração na **ideologia** que impregnava a legislação falimentar.<sup>76</sup>

Considerando que as ciências jurídica e econômica acabam configurando uma construção dialética<sup>77</sup>, e considerando, também, que ambas são influenciadas pelas questões históricas, certamente a afirmativa do Deputado tem razão de ser. No entanto, por razões terminológicas, como mais adiante vamos demonstrar, preferimos substituir a expressão *ideologia* por *valores*, para usarmos aquela como conceito axiológico.<sup>78</sup>

Os interesses a serem protegidos durante e após a Segunda Guerra, ou que tinham sido forjados com o histórico da quebra de 1929, eram bem diferentes daqueles existentes no ambiente presente. A economia atomística não conhecia os grandes grupos e era lastreada em pequenas atividades industriais, na agricultura e pecuária. Não se tinham, ainda, notícias da globalização ou dos mercados comuns.

---

<sup>75</sup>DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, p.17856 e segs.

<sup>76</sup>DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, p.180-186.

<sup>77</sup>O que já foi mencionado e explicado na Introdução e no Capítulo 2, do presente trabalho.

<sup>78</sup>Neste caso, especificamente, *ideologia* será também valorativa, mas "enquanto os valores em geral constituem prisma, critério de avaliação das ações, a valoração ideológica tem por objeto imediato os próprios valores" (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p.155).

Os Estados-nações eram fortes o suficiente para resolver os problemas de seus tutelados, não dependendo, ou pelo menos não tão intensamente, da geração de riquezas das empresas. De fato, os valores haveriam de ser outros na nova lei.<sup>79</sup>

Para Requião, o novo valor deveria ser o "saneamento da atividade empresarial, que constitui a finalidade primeira do instituto da falência, nas concepções modernas da atuação judicial do Estado".<sup>80</sup>

Pode-se, ainda, vislumbrar esse acerto de posições no Judiciário, pela seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCORDATA. Decisão monocrática que autorizou a prorrogação do favor legal e permitiu o levantamento de verbas depositadas mediante a prestação de caução de duplicatas, acompanhada de fiscalização de contador judicial e comissário. Acerto da decisão. **Finalidade do processo é recuperação da empresa** para viabilizar a quitação de seus débitos. Empresa com potencial de recuperação sendo o agravante credor quirografário, a prorrogação lhe é menos prejudicial do que a decretação da falência. Levantamento da verba depositada amparada em responsável plano de recuperação da empresa e com gestão devidamente fiscalizada. Recurso desprovido.<sup>81</sup>

Dissertando sobre o tema, ainda antes da promulgação da LRE, Ricardo Tepedino trazia as preocupações dos juristas, afirmando que:

Diante do quadro patológico da empresa em crise, o juiz, como homem de seu tempo, não deve procurar simplesmente compor a disfunção do crédito, encarando o problema exclusivamente pela ótica da relação jurídica privada. Não pode desconhecer os relevantíssimos interesses públicos e sociais envolvidos. Impossível esquecer-se de que a Constituição Federal eleva a função social da propriedade e a busca do pleno emprego à condição de princípios da atividade econômica (art. 170, III e VIII), assim como de que o art. 5.º da Lei de Introdução manda aplicar a lei no sentido de atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup>A nova função do direito societário, a partir daí, foi bem abordada por Calixto Salomão, em sua aula proferida no concurso para professor titular na USP (Sociedade anônima: interesse público e privado. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, n.127, p.11-12, 2002).

<sup>80</sup>REQUIÃO, Rubens. A crise do direito falimentar brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 71, v.249, p.90, jan./mar. 1975.

<sup>81</sup>TJPR- 6.ª CC. - Agravo de Instrumento n.º 143.984-7, de Araucária., em 10/12/2003, Relator: Des. Eraclés Messias. Grifamos. Acesso através do endereço [www.tj.pr.gov.br](http://www.tj.pr.gov.br), em 23/12/2005.

<sup>82</sup>TEPEDINO, Ricardo. A recuperação da empresa em crise diante do Decreto-lei 7.661/1945. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, n.128, p.168, 2002.

Cabe acrescentar, que a "empresa em funcionamento vale mais do que a simples soma do valor de seus ativos. É o que se chama de 'going concern value'".<sup>83</sup> Com isso, além de terem sido alterados os valores, de sorte a permitir a manutenção do ente produtivo e apoiar a reprodução do modo de produção, consegue-se dar guarida aos interesses anteriormente protegidos, quais sejam, as garantias aos credores e ao próprio devedor, relativamente à conservação patrimonial. Portanto, entende-se que não é possível identificar um determinado interesse protegido: nem o dos credores, nem o do devedor, nem o do Estado.

Ao se falar de *interesse de preservação da empresa*, corre-se o risco de falar de algo vazio, eis que nesse contexto cabe a aplicação de conceitos que são apenas valorativos, sem qualquer conteúdo pragmático, sem qualquer ideologia.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup>Como lembrado por Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (Lei de falências: alienação de estabelecimento da concordatária. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, n.128, p.284, 2002).

<sup>84</sup>As lições de Tercio Sampaio Ferraz Jr., sobre a questão do valor e da ideologia da norma jurídica, são inteiramente aplicáveis para a situação, razão pela qual se transcreve o seguinte trecho de sua obra: "A função seletiva do valor mostra-se, no discurso normativo, como instrumento de controle do comportamento. Trata-se de instrumento persuasório, que visa a um ouvinte reativo que deve ser conquistado. Assim, na sua função seletiva 'justificadora', o discurso normativo pode expressar (função sintomática) uma informação 'redundante', partindo do pressuposto que o ouvinte já sabe e quer aquilo que se diz, procurando integrar-se no seu sistema de expectativas, exigindo dele uma concordância com o que já havia concordado, consciente ou inconscientemente (função de sinal)... Do ponto de vista do editor normativo, supomos que tais valores são articulados (justificadamente), porque ele conhece os seus efeitos, dispondo-os, de tal modo, que provoquem no ouvinte (aquele que tem de assumir a norma como premissa de seu comportamento) escolhas determinadas." E continua, mais além: "A presença de valores no discurso normativo, porém, não faz da norma um juízo de valor. Mas também não autoriza a ver a norma como axiologicamente neutra. Afirmamos, contudo, que, para exercer sua função na norma, os valores são 'neutralizados'. Neutralização é um processo pelo qual os valores perdem suas características dialógicas, na medida em que se interrompe a sua reflexividade (questão sobre a questão da questão...). No discurso normativo, este processo tem um caráter 'ideológico'." E admitindo a ideologia como um conceito axiológico, Ferraz Jr. afirma que "Enquanto os valores são expressões dialógicas, reflexivas e instáveis, a valoração ideológica é rígida e limitada... Pois sendo uma valoração dos valores, ela garante o consenso daqueles que precisam manifestar os valores..." (op. cit., p.152-155).

Deve-se buscar, então, *limitar* os valores contidos nesses conceitos, como diz Ferraz Jr., a partir de uma determinada *ideologia*, para programarmos e sistematizarmos a interpretação que daremos à LRE.

Não há dúvidas de que a ideologia que marca nossa nação, e esta não é uma questão de tomada de posições pessoal, é a capitalista. Nosso regime jurídico-político e social é o Capitalismo.<sup>85</sup> Sendo assim, qualquer valoração que vá se outorgar à norma em questão, tem que considerar, como modo de *neutralizar* sua instabilidade, essa ideologia.

Dentro dessa ideologia capitalista, há, por conveniência de nosso legislador constitucional, obrigação de serem atendidos alguns princípios norteadores da liberdade do exercício da atividade econômica. Entre eles estão o da "função social da propriedade, da livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, busca do pleno emprego e tratamento favorecido às empresas de pequeno porte".<sup>86</sup> Por isso é que, analisando a questão do *interesse social* nas sociedades anônimas, Calixto Salomão Filho diz que o procedimento adequado para se encontrar esse interesse é "reconhecer e internalizar interesses envolvidos pela sociedade e assegurar regras que permitam a composição de conflitos entre esses vários interesses".<sup>87</sup>

Para chegar a tal conclusão, o professor paulista passou em revisão a teoria institucionalista, dizendo ser ela meramente principiológica e mal definida, dando como exemplo a legislação alemã, que admite a participação de empregados na administração da sociedade, não se ocupando de outros interesses. Quanto à legislação brasileira, menciona o artigo 116 da Lei das Sociedades Anônimas – LSA.,

---

<sup>85</sup>O termo foi contextualizado na introdução ao presente trabalho. A par dessa contextualização, verifica-se que estão elencados nos direitos e garantias fundamentais do cidadão brasileiro, a propriedade privada e, nos direitos sociais, o emprego. Tratando dos princípios gerais da atividade econômica, a CF reúne esses direitos e os coloca junto com os princípios da ordem econômica, assegurando o livre exercício da atividade econômica.

<sup>86</sup>Nos termos do art. 170 da C. Federal.

<sup>87</sup>SALOMÃO FILHO, Sociedade anônima..., op. cit., p.16.

diz que o institucionalismo é só de princípios, eis que há contratualismo de fato em seus dispositivos, dando como exemplo aqueles que fortalecem o acionista controlador, em detrimento dos minoritários.

Revisou, igualmente, o contratualismo, dizendo dele que não há preocupação com os interesses externos, sendo autocentrista e ocupando-se só dos interesses dos sócios. Nessa visão, o interesse social seria, apenas, a maximização dos lucros.

Busca, então, resolver a questão por meio do contrato-organização. E é nesse ponto que prevê a necessidade de discutir acerca dos *interesses interiorizáveis*, ou seja, aqueles que podem ser trazidos para o interior da sociedade. Em princípio, diz que seria possível identificá-los pela teoria da cooperação, por ser fundamental organizar interesses e eliminar conflitos. O exemplo com que trabalha é o da aquisição por empregados de empresas em estado pré-falimentar, das posições acionárias dessas empresas. São relações externas que são internalizadas pela cooperação.

No entanto, após essa revisão, conclui que há dificuldade em obter-se uma resposta adequada, trabalhando com a dicotomia entre interesse público e interesse privado. E essa dificuldade estaria, também, na questão da atribuição da *função social* à empresa, pois haveria, aí, interesses privados em contraposição aos interesses públicos. Por isso, propõe a revisão dessa dicotomia, afirmando que:

A necessária marcha do sistema econômico em busca de novos consensos sociais que incluam (ao invés de excluir) todos os agentes sociais é e continuará a ser um grande desafio econômico e social. O direito societário não deve permanecer a ele alheio.

(...)

Do ponto de vista jurídico, a concepção da sociedade como forma de organização de interesses em jogo também sugere a discussão da possibilidade ou não de sua integração interna.<sup>88</sup>

Ora, o direito concursal efetivamente acabou trabalhando com essas duas perspectivas e internalizou (abstratamente) interesses externos, como faz exemplo, entre outras, a norma que permite a aprovação do plano de recuperação por maioria, obrigando aos que não anuíram.

---

<sup>88</sup>SALOMÃO FILHO, Sociedade anônima..., op. cit., p.16.

Sendo assim, pode-se dizer que os interesses a serem protegidos são públicos e privados e estão centrados na proposta de manter-se em funcionamento a atividade econômica organizada, sem que se outorguem preferências a um determinado grupamento. Nossa forma de ver, portanto, é de que a LRE tem como diretriz, não a recuperação de uma determinada empresa, mas a sanidade do mercado, em sua totalidade, através do que se pode chamar de *reprodução do modo de produção capitalista*, o qual preservará as atividades que lhe sejam de interesse e extirpará aquelas que não lhes sirva à manutenção.

E isso só é possível por meio da conjugação dessa *ideologia* com o *valor* que se empreste à questão da função social<sup>89</sup> da propriedade-empresa. A partir desses novos conceitos, foi possível introduzir uma nova lei, com paradigmas distintos dos anteriores, cuja preocupação era exclusivamente com os detentores dos direitos de propriedade, ou seja, credores (de seu crédito) e devedor (do patrimônio a ser executado).

### 1.2.3 A Empresa e o Empresário

Verificada a preocupação relativa ao interesse a ser protegido, o tema que a ele, de certa forma, se conecta, é o do objeto da proteção jurídica, quando se fala em recuperação de empresas.

Ao tratar do tema, a Comissão de Assuntos Especiais do Senado, mediante o parecer do seu relator, Senador Ramez Tebet, fez questão de frisar que este objeto seria, especialmente, a *empresa*. Pode-se extrair o seguinte excerto, do Parecer do relator, ao apresentar o PLC 71/2003:

---

<sup>89</sup>O termo é utilizado no sentido que lhe empresta C. Salomão, de princípio norteador da regulamentação externa, dos interesses envolvidos pela empresa (Sociedade anônima..., op. cit., p.19). São, em verdade, os deveres positivos que são impostos que lhe revelam o sentido e se traduzem, neste caso, por exemplo, na aceitação do plano de recuperação, ou na destituição do administrador, ou, ainda, na cessão da empresa a terceiros, sem a anuência do devedor.

*Separação dos conceitos de empresa e de empresário: a empresa é o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços. Não se deve confundir a empresa com a pessoa natural ou jurídica que a controla. Assim, é possível preservar uma empresa, ainda que haja a falência, desde que se logre aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases eficientes.*

Sendo assim, é imperioso trabalhar com esses conceitos, de forma técnica, estabelecendo, portanto, os critérios de recuperação.

Nos termos que tem sido analisada, a empresa<sup>90</sup> é, tradicionalmente, atividade e, mais precisamente, atividade economicamente organizada para a produção ou troca de bens ou serviços.

Nada obstante, não se deve esquecer os quatro perfis da empresa, elencados por Asquini: a) perfil *subjetivo* - a empresa como empresário; b) perfil *funcional* - a empresa como atividade dirigida a um determinado escopo produtivo; c) perfil *patrimonial ou subjetivo* - a empresa como estabelecimento; d) perfil *corporativo* - a empresa como instituição.<sup>91</sup>

No direito comunitário europeu, no sentir de Jaeger<sup>92</sup>, a empresa é vista sob dois aspectos: um, como *sujeito*; e outro, com seu perfil funcional (noção econômica).

No primeiro aspecto, a empresa seria a "*destinatária in senso tecnico, di situazioni giuridiche soggettive sia dal punto di vista sostanziale, sia processuale*". E sob tal aspecto, seria irrelevante a estrutura jurídica assumida por ela, sendo admitida tanto como empresário individual quanto como sociedade.

---

<sup>90</sup>Enfatizando que no direito italiano há dificuldades de estabelecer o que seja empresa, ante a utilização indiscriminada dos diversos perfis apontados por Asquini – mesmo levando em consideração a importância do artigo 2.082 do Código Civil italiano - Anteo Genovese (**La nozione giuridica dell'imprenditore**. Padova: Cedam, 1990) lembra que "*la dottrina ora crede che la nozione generale dell'impresa sia 'artificiale', 'più platonica che reale', 'evanescente o scarsamente incisiva' o addirittura 'un rompicapo'*". E, afirma o Autor, não faltar quem critique o próprio artigo 2082, sob o argumento de que, em um, ele estaria definindo a atividade empreendedora e não o empresário, e, em dois, que aquela seria uma norma em branco, sem qualquer conteúdo jurídico próprio.

<sup>91</sup>ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. **Rivista del diritto commerciale**, v.41, 1943.

<sup>92</sup>JAEGER, Pier Giusto. La nozione d'impresa dal codice allo statuto. **Quaderni di Giurisprudenza Commerciale**, Milão, n.65, 1985. item 10.

Todavia, alerta Jaeger, é inadequada a aceitação da empresa exclusivamente como sujeito, nos termos previstos pelo direito comunitário, sendo que a referência à organização é essencial.<sup>93</sup>

Para que se promova a distinção proposta pelo Senador Ramez Tebet, pode-se dizer, em princípio, que empresário (sociedade e o empresário individual) é o sujeito de direito, já que exerce a atividade produtiva, enquanto a empresa é objeto do direito. Constitui esta, pois, "um organismo econômico, que combina os fatores natureza, capital e trabalho, para a produção ou circulação de bens ou de serviços".<sup>94</sup>

Decorre disso que se pode formar sociedade sem que se tenha empresa. Basta, para tanto, que a sociedade não exerça qualquer atividade ou esteja inativa, ou se forme sob a forma de *holding*.

É possível, igualmente, existir empresa sem sociedade, como nos casos do exercício da atividade por um empresário individual.

Guiñar a empresa à condição de sujeito, com todo o respeito, seria confundi-la com empresário. É certo que tal entendimento não difere do perfil subjetivo explicado por Asquini, mas foge completamente do seu conceito econômico<sup>95</sup>, que vem sendo adotado pelos juristas. Apesar disto, o legislador brasileiro, ao promulgar a Consolidação das Leis do Trabalho, conferiu à empresa a categoria de sujeito de direitos e deveres, tendo estabelecido, em seu artigo 2.º que "*Considera-se empregador a **empresa**, individual ou coletiva, que, **assumindo os riscos da atividade econômica**, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de*

---

<sup>93</sup>Negam a possibilidade da identificação entre empresa e pessoa jurídica, entre outros, Franceschelli (in "*L'imprenditore nel nuovo codice civile*", 1943, apud JAEGER, op. cit.), Carnelutti (in "*Sulle nuove posizione del diritti commerciale*", Riv. di dir. comm., 1942, I, apud JAEGER, op. cit.) e Brunetti (**Trattato del Diritto delle Società**. Milão: Giuffrè, 1948. cap.II). O fundamento é o direito positivo italiano, que adota o perfil *objetivo* de empresa.

<sup>94</sup>REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. Curitiba: Saraiva, 2003. v.1. p.358.

<sup>95</sup>Segundo Asquini (op. cit., 1969, p.2) "*In senso economico l'impresa è ogni organizzazione di lavoro e di capitali al fine della produzione di beni e di servizi per lo scambio*".



*serviço*" (grifo nosso). Esta definição, como visto, é inadequada aos padrões da legislação civil e comercial em geral, sendo perspectiva do direito trabalhista, adotada igualmente pelo direito tributário (i.e. art. 127, § 1.º, *b*, do Decreto n.º 1.041, de 11 de janeiro de 1994 - RIR) e, em alguns casos, pela Constituição Federal de 1988 (art.171).

Mas, para aumentar a confusão, há também, na lei, conceitos que adotam o perfil *funcional*. O artigo 6.º da Lei n.º 4.137 de 10 de setembro de 1962 deu a definição de empresa nos seguintes termos: "*Considera-se empresa toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos*". Este foi, indiretamente, o perfil adotado pelo CCB, em seu artigo 966, ao estabelecer que o empresário é "*quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*". Se empresário é quem pode explorar a empresa, é porque ambos os conceitos são distintos, não se confundem.

Tem sido adotada também, portanto, distinção entre os conceitos de empresário e de empresa. Os juristas, no entanto, não conseguiram decifrar um conceito unívoco para o termo empresa, sendo bastante aceito o estudo de Asquini, apresentando as quatro faces da mesma. No entanto, não é nenhum desdouro para a ciência do direito aceitar o conceito econômico, introduzindo-o no mundo jurídico, já que a economia é igualmente uma ciência. Aliás, esta é, efetivamente, a inclinação de muitos juristas diante dessa dificuldade.

Pode-se concluir, indiscutivelmente, que empresa é o organismo econômico que combina os fatores natureza, capital e trabalho, para a produção ou circulação de bens ou de serviços, diferindo substancialmente do empresário, por ser este o sujeito da relação jurídica, enquanto aquela é seu objeto. E este é o conceito ao qual o Senador fez referência, ao dizer que a LRE faria distinção entre os conceitos de empresa e empresário. De fato, na LRE aprovada, é possível verificar essa separação, por exemplo, nos artigos 1.º e 47. O art. 1.º diz que a lei dispõe sobre a recuperação e a falência do empresário e da sociedade empresária. Já o artigo 47 fixa como meta

da recuperação a preservação da empresa, em sua função social e estímulo à atividade econômica. Ou seja, nessas duas passagens é possível verificar a distinção entre as duas expressões, como havia previamente proposto o Senador Ramez Tebet em seu parecer.

#### 1.2.4 Estrutura Organizacional na LRE

Sob o império do Decreto-lei n.º 7.661/45, a administração da falência era feita pelo síndico e pelo juiz, tendo o Ministério Público atuação como curador da massa falida. Na concordata, ao invés do síndico, a figura que se apresentava, não para administrar, mas para fiscalizar, era a do comissário.

Nesse procedimento, o entendimento adotado era que se aplicava à administração da falência a *teoria organicista*, como ocorre com a sociedade anônima e, atualmente, com a sociedade limitada. Ou seja, o *síndico*, o *juiz* e o *representante do Ministério Público*, seriam órgãos da falência, tanto quanto a assembleia-geral, o conselho fiscal e a diretoria são órgãos da sociedade.

Tal teoria, como já explicitado alhures, ao promover a comparação do ente jurídico com o indivíduo, explica sua exteriorização por meio de órgãos, como ocorre com este. Ela pretende, com tal explicação, afastar-se da representação, do mandato e de outros institutos que pudessem fazer daquele que exterioriza a vontade do ente como se fosse definidor de uma vontade autônoma, sua, que não correspondesse com a vontade do ente jurídico. Ao estabelecer tal raciocínio, acomete ao administrador da sociedade a condição de seu *'presentante'* e não *'representante'*.

E essa teoria, segundo alguns doutrinadores, seria aplicável ao processo de falência, para explicar a condição de manifestação de vontade da massa falida, bem como sua regulação. José da Silva Pacheco diz que o *síndico* "não representa o falido, nem tampouco o credor, nem ambos, nem a própria massa, a não ser em

certos casos. Não é um órgão estatal nem um mandatário, mas um órgão do processo falencial, criado por lei, para administrar a massa falida..."<sup>96</sup>

Dessa mesma opinião, é Rubens Requião, para quem o juiz, o síndico e o representante do Ministério do Público são órgãos da falência, mencionando, ainda, como personagens da administração da massa, os credores.<sup>97</sup> No mesmo sentido, citando Valverde e Ripert em apoio ao seu pensamento, é Rubens Aguiar Magalhães, para quem o síndico "é órgão da falência, ao lado do juiz e do Ministério Público".<sup>98</sup>

Quanto à figura do comissário, José da Silva Pacheco afirma que este é "órgão do processo de concordata, com atribuições definidas na lei: órgão não permanente, mas de natureza processual".<sup>99</sup> Verificando as funções precípua do comissário, no artigo 169 do Decreto-lei de 1945, verifica-se que a ele cabe *avisar, comunicar, verificar, fiscalizar, examinar, designar, averiguar e estudar, promover, apresentar em cartório...* Ou seja, salvo a medida estabelecida no inciso IX, para a qual ele funcionaria na condição de substituto da parte, nos demais suas funções cingem-se a atuações periféricas e de fiscalização. Considerando-se, então, que o administrador da concordatária não perde essa condição em face do benefício legal (art. 167, LF), tem-se que seria possível dizer que o comissário é órgão, mas de natureza processual, eis que não há participação sua na concordatária. Por isso que, ao verificar a natureza jurídica da sua função, Rubens Requião afirma que ele é *auxiliar do juiz*, já que não representa o devedor nem os credores. Sua função decorre de previsão legal e pela lei é que ele exerce a fiscalização. Portanto, é mero auxiliar do juiz e órgão do processo de concordata.

---

<sup>96</sup>PACHECO, op. cit., p.445.

<sup>97</sup>REQUIÃO, **Curso de direito falimentar**, v.1, op. cit., p.207.

<sup>98</sup>MAGALHÃES, Rubens Aguiar. **Iniciação ao direito falencial**. São Paulo: Max Limonad, 1982. p.57.

<sup>99</sup>PACHECO, op. cit., p.836.

No novo regime legal (LRE), houve alteração substancial na questão da administração, razão pela qual entende-se seja possível aplicar, talvez até com mais eficiência, a *teoria organicista*.

Há, a partir do art. 21, a regulamentação da figura do *administrador judicial*, órgão de funções executivas e funcionamento obrigatório na falência e na recuperação de empresas. Com funcionamento facultativo e decorrente da vontade dos credores, poderá ser constituído o *Comitê de Credores*, com funções precípua de fiscalização, tanto na recuperação judicial, como na falência. Essas suas funções, quando inexistente o órgão, serão exercidas pelo próprio administrador judicial (art. 26 e segs). Finalmente, a lei cria a *Assembléia-geral de Credores*, órgão deliberativo com atribuições mais perceptíveis em situações de recuperação de empresas do que em falências, mas de existência nos dois institutos.

Essas três figuras, de certa forma, acabam por se aproximar da fórmula orgânica utilizada no direito societário, o que poderá, na ocorrência de lacunas legais, ser um facilitador para a doutrina e a jurisprudência, no sentido de encontrar soluções paradigmáticas na resolução desses problemas.<sup>100</sup>

#### 1.2.4.1 Assembléia-geral de credores

A assembléia-geral de credores é órgão de existência obrigatória<sup>101</sup> na recuperação de empresas e na falência, mas de instalação facultativa. Ou seja, existirá em todos os processos, de forma latente, pronta a se instalar, tão logo seja convocada. Não há exigência, como previsto para a sociedade anônima e a sociedade limitada,

---

<sup>100</sup>Sem nos esquecermos das anotações feitas no item 4.3.7.2, supra, acerca dos diferentes quoruns de deliberações, existentes entre as assembléias de sócios e as assembléias de credores.

<sup>101</sup>Divergem desse entendimento Jorge Lobo (na obra de ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.86) e Mauro Rodrigues Penteado (na obra de SOUZA JR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências**: Lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.67).

que periodicamente seja convocada e instalada. Estabelecidas suas competências, dependerá do juiz ou dos credores a manifestação de vontade de sua convocação.

Encontra-se regulamentada entre os artigos 35 e 46 da LRE, podendo ser definida como "órgão colegiado deliberativo, convocado e instalado na forma da lei, que tem a função de examinar, debater e decidir as matérias de sua atribuição exclusiva, discriminadas no art. 35, I e II, da LRE."<sup>102</sup>

Nos termos em que foram especificadas as atribuições da assembléia-geral, reveste-se ela de maior importância na recuperação de empresas, eis que pode ter que decidir acerca de assuntos que são vitais para o desenrolar da empresa. Apesar disso, os *quoruns* de deliberações fixados em lei são, em regra, considerados de acordo com os credores presentes à assembléia (arts. 42, 45 e 46).

Ora, é sabido que um dos grandes problemas das assembléias, de quaisquer espécies, é o absentismo. Inclusive naquelas em que há interesses relevantes do titular do direito de participar, o absentismo é freqüente.

O histórico das falências e concordatas demonstrou um total desinteresse dos credores em assumir responsabilidades no processo. Assim, convidados a servirem de síndicos ou comissários, a regra era declinarem do convite, para que indicados do juízo assumissem a função.

Conjugados esses dois fatores, com a possibilidade de, em relação a grandes devedores, haver credores de outras localidades, conclui-se que os conclaves, em muitos casos, serão decididos por uma pequena minoria, sem a verdadeira representatividade dos interesses sociais. Essa minoria pode, ainda, em alguns casos, ser manipulada pelo próprio devedor, que pode participar da assembléia, sem votar, mas com direito aos debates (art. 43).

Como regra geral, as deliberações são tomadas de acordo com o voto dos credores presentes na assembléia. No entanto, podem ser citadas três exceções: a

---

<sup>102</sup>LOBO, In: ABRÃO e TOLEDO, op. cit., p.86.

que trata (a) do plano de recuperação judicial<sup>103</sup>, (b) da composição do Comitê de Credores e (c) a da forma alternativa de realização do ativo. Tais exceções decorrem, naturalmente, do fato de tratarem de interesses específicos de determinadas classes de credores nos dois primeiros casos ou de eventual redução de garantia aos credores, no último.

Tratando especificamente da recuperação, assunto que tem mais relação com o tema abordado no presente trabalho, o legislador previu que a deliberação deveria ocorrer em três classes de credores e que não bastaria a aprovação do plano de recuperação pelo todo, mas, também, individualmente pelas classes envolvidas. Assim, foram inseridos na classe I os credores trabalhistas e os por acidentes de trabalho; na classe II, os titulares de créditos com garantia real; e na classe III, os credores privilegiados, os quirografários e os subordinados. Para aprovação de matérias relativas ao plano, o quórum necessário é dos credores que representem mais da metade do valor dos créditos presentes à assembléia e, cumulativamente, da maioria simples (por cabeça) dos credores nela presentes. Será excluído o direito de voto do credor que não vier a sofrer, em seu direito de crédito, alterações com o plano apresentado.

Importante destacar, ainda, que cabe à assembléia a *constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição* (art. 35, I, b). Assim, caso venha a ser instalado tal órgão, por desejo dos credores, caberá à assembléia, e não ao juízo, a responsabilidade pela indicação e substituição de seus membros.

Finalmente, caso haja necessidade, no processo de recuperação de empresas, de nomeação de gestor judicial, por afastamento do devedor, a competência da nomeação será da assembléia. Verifique-se que a hipótese não é de nomeação de administrador judicial, cuja competência é do juiz, nem de administrador do devedor, que deve ser nomeado de acordo com seus atos constitutivos, mas de gestor judicial,

---

<sup>103</sup>O plano de recuperação extrajudicial, nos termos dos artigos 164 e 165, não envolve assembléia-geral.

para substituição do devedor. A situação é de afastamento do empresário individual ou do controlador da sociedade empresarial (art. 65), por atos que possam comprometer a gestão (art. 64). A hipótese espelha verdadeira defesa dos interesses dos credores, e não de uma determinada classe deles, eis que permite que estes nomeiem aquele que determinará os rumos do devedor, a partir do momento da nomeação.<sup>104</sup>

#### 1.2.4.2 Comitê de credores

Órgão de existência obrigatória, mas de instalação facultativa<sup>105</sup>, o comitê de credores vem regulado nos artigos 26/34 da LRE, tendo suas atribuições definidas no artigo 27. Sua representação é classista na recuperação de empresas e na falência, em face de a nomeação de seus membros guardar relação com as classes estabelecidas na Lei.

Cumprir notar que o Comitê será constituído por deliberação de qualquer das classes de credores, tendo formação originária de três membros, com seis suplentes. No entanto, a falta de indicação de membros ou a ausência de manifestação de alguma das classes não prejudica a existência do Comitê, que entrará em funcionamento da mesma forma. Não se justificaria, no entanto, seu funcionamento com um único membro, eis que desnaturaria sua qualidade de Comitê, passando a promover decisões isoladas e não representativas do grupo de credores.<sup>106</sup>

Suas atividades serão, basicamente, de supervisão e fiscalização das atividades do administrador judicial, do devedor e do plano de recuperação, podendo, para tanto, opinar, requerer e manifestar-se de forma geral. Se não for instalado o órgão, sua competência será exercida pelo administrador judicial, salvo quando

---

<sup>104</sup>Nesses termos, Eduardo Secchi Munhoz (na obra de SOUZA JR., Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências**: Lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.308).

<sup>105</sup>Nesse sentido, Abrão e Toledo (op. cit., p.68).

<sup>106</sup>Nesse sentido, Toledo (ABRÃO e TOLEDO, op.cit, p.69).

houver incompatibilidade, como é o caso da verificação das atividades e de suas contas (art. 27, I, a).

#### 1.2.4.3 Administrador judicial

O administrador judicial é figura obrigatória e de funcionamento permanente na recuperação judicial<sup>107</sup> e na falência, exercendo funções executivas, conforme definido no artigo 22 da LRE. Sua nomeação é competência do juiz (arts. 52, I e 99, IX), estando sujeito à sua fiscalização e à do Comitê de Credores, quando este existir. A regulamentação desse órgão está nos artigos 21 a 25 da LRE, além de outros dispositivos esparsos.

Considerando que suas funções são, em certa medida, similares àquelas exercidas pelos antigos síndico e comissário, houve alteração profunda na forma de escolha do profissional dedicado à atividade. Na fórmula da Lei antiga, a escolha deveria recair entre os maiores credores do devedor comum, em clara alusão ao espírito da lei de confronto entre credores e devedores. Com a nova visão impregnada no sistema legal, no qual o que se tem a preservar são interesses que superam o das duas classes de sujeitos diretamente envolvidos no processo, o legislador alterou a forma de escolha do responsável pela condução do *negócio* recuperação ou falência, fazendo recair sobre *profissional idôneo* ou *empresa especializada* (art. 21).

No âmbito da recuperação de empresas, atuará mais diretamente na verificação e efetivação do plano proposto pelo devedor, bem como no acompanhamento de sua viabilidade e execução.<sup>108</sup>

No processo falimentar, suas funções são, em conjunto com o juiz, de direção das atividades necessárias para que se formem as massas ativas e passivas

---

<sup>107</sup>O administrador não atuará nas recuperações extrajudiciais (art. 161/167).

<sup>108</sup>Sempre tendo em mente que "*Durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial...*" (art. 64, LRE).



e, delas, resultem os melhores frutos para o conjunto de interesses que estão envolvidos no processo, e não só para os credores, ou, indiretamente, para o devedor. Nessa função, estará sob imediata autoridade do juiz e, quando houver, sob fiscalização do Comitê de Credores, como já ressaltado.

Dentre as atividades a serem desenvolvidas pelo administrador, uma chama a atenção: a possibilidade de *requerer a falência* do devedor, em caso de descumprimento do plano de recuperação. Interessante notar que não se trata de comunicação ao juízo, para que este decrete *ex officio* a falência. O texto menciona requerimento de falência (art. 22, II, b). É de difícil enquadramento processual a figura do administrador judicial nessa hipótese. Na condição de autor, faltar-lhe-ia interesse de agir. Na condição de assistente, não há quem assistir, pois a concepção sistêmica da lei não permite que se tenham os credores como protegidos nessa hipótese, pois os interesses, na função social desenvolvida, são meta-individuais. Assim, ter-se-ia que pensar em alguma forma de legitimação extraordinária legal.

A hipótese seria de admitir-lhe a condição de atuação como *custus legis*, a lei lhe atribuindo legitimidade específica e extraordinária – pois não fundamentada em relação de direito material, mas meramente processual – para postular a quebra do devedor que houver descumprido o plano de recuperação judicial. Essa legitimidade encontra amparo em específica determinação legal e é extraordinária porque o legitimado não detém, em regra, qualquer relação jurídica com o devedor – e ainda que o tenha, sua nomeação ao cargo a ela não diz respeito. De acordo com esse modelo, o administrador continuaria sendo um mero auxiliar do juízo e fiscal da lei.

Por fim, pelo parágrafo 3.º do artigo 24, pode-se verificar que o legislador previu três hipóteses para que se altere o administrador judicial: a) por simples substituição; b) por renúncia imotivada; c) por destituição.

Na simples substituição, considerando-se que lhe cabe o pagamento proporcional da atividade desenvolvida, conclui-se que não há qualquer caráter punitivo no ato. Certamente, decorrerá a substituição de impossibilidade motivada da continuidade no exercício da função. Na renúncia imotivada, o legislador previu que

o administrador perde o direito à remuneração. A *mens legis* decorre do *munus* público exercido pelo administrador, que não pode deixar o exercício da função sem motivação, salvo com o ônus respectivo, que seria, neste caso, a perda dos valores proporcionais de sua atividade. Por último, o legislador previu os casos de destituição (art. 31), que são próprios de desobediência à lei ou seus deveres, negligência na função, ou prática de atos lesivos. Nestes casos, há também a perda dos valores relativos à sua remuneração.

Em quaisquer hipóteses, sempre que o administrador, ou qualquer membro do Comitê de Credores, causar prejuízos ao devedor, aos credores, ou a terceiros, responderão pelos danos, na modalidade de indenização.

### 1.2.5 A Recuperação de Empresas

Verificada a estrutura legal adotada nos procedimentos de recuperação judicial e de falência, nos termos do item anterior, em que se disse que a *teoria organicista* pode ter aplicação, passa-se à reflexão acerca de alguns pontos da recuperação de empresas, que serão úteis ao encaminhamento deste trabalho.<sup>109</sup>

Nos capítulos III (arts. 47/72) e VI (arts. 161/167), a LRE trata das duas modalidades de recuperação de empresas previstas pelo legislador: a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial.

Os itens 1.2, 1.2.1 e 1.2.2, supra, contêm uma retrospectiva sobre a ideologia que inspirou o legislador acerca da questão da implementação, no direito brasileiro, do instituto da recuperação. Assim, remete-se o leitor a esses itens, para a compreensão do seu sistema.

Neste tópico, cabe tratar especificamente da recuperação, verificando seus contornos legais.

---

<sup>109</sup>Fica claro, desde já, que não será feita análise do procedimento falimentar, eis que ele não faz parte do conteúdo a ser abordado nesta tese. Como o objetivo central é trabalhar com o processo de recuperação de empresas, deixa-se de abordar a questão da falência.

Jorge Lobo conceitua **recuperação judicial** como:

o instituto jurídico, fundado na ética e na solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária, com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano, assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia...<sup>110</sup>

Sobre essa questão, pronunciou-se Rachel Sztajn:

Encontrar forma de, reconhecendo que o risco é inerente à atividade empresarial, permita, havendo viabilidade econômica, manter a atividade, mesmo que seja preciso transferir a organização produtiva a terceiros, dividir as operações e concentrar os esforços em algumas áreas, sempre tendo presente que se trata de um patrimônio, na esteira do que fizeram outros países, como decisão de política legislativa, escolheu-se preservar, quando viável e possível, a atividade pelo que se introduziu no ordenamento o conceito de recuperação da organização, seja na sua inteireza, seja na sua divisão para alienar blocos, seja ainda para alienar bens isolados, para tentar salvá-la.<sup>111</sup>

Tais conceitos estão balizados na disposição do artigo 47 da LRE, do qual podem ser extraídos alguns itens, que necessitam de análise.

A primeira questão é a da **crise**. O termo tem vários significados, mas todos considerando uma situação episódica, não permanente. Pode-se dizer que crise é "manifestação violenta e repentina de ruptura de equilíbrio"; "estado de dúvidas e incertezas"; ou, em termos econômicos, que é o "ponto de transição entre um período de prosperidade e outro de depressão".<sup>112</sup> Crise é, também, uma "conjuntura perigosa, situação anormal e grave".<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup>LOBO, In: ABRÃO e TOLEDO, op. cit., p.104-105.

<sup>111</sup>SZTAJN, Rachel, na obra de SOUZA JR., Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências**: Lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.219.

<sup>112</sup>Conforme verbete "crise" ns. 3, 5 e 11, do Dicionário Aurélio – Século XXI.

<sup>113</sup>No verbete "crise", in "Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa", Laudelino Freire, v.2.

E é essa exatamente a questão colocada pelo legislador e que está por trás do sentido de recuperação. Só é possível pensar na hipótese de recuperar a empresa que estiver passando por uma crise, e não aquela que a atividade não seja recuperável. A preservação estará sempre ligada à viabilidade do negócio. E esta é a segunda questão colocada na definição. Aí também se encontra o caráter da função social, eis que permitir a continuidade de uma determinada empresa que não seja viável, é acarretar custos de transação insuportáveis para todas as partes que estejam envolvidas no processo. Nestes casos, o melhor é não recuperar e sim encerrar as atividades.

A crise será financeira quando o problema for de disponibilidade imediata, ou seja, de caixa. Tem ela ligação com a solvência do empresário e sua capacidade para pagamento de suas obrigações de curto e médio prazos. A ela, em certa medida, liga-se a dificuldade de crédito, o que pode levar à paralisia total da atividade.

Por outro lado, a crise será econômica quando houver descompasso entre os ativos e os passivos do empresário. Ou seja, o total do passivo é superior ao total do ativo. Em algumas situações, esta crise não é tão grave, eis que as possibilidades de negócio e o planejamento elaborado pelo empresário prevêem, durante um determinado lapso de tempo, esse desalinho. O problema está, justamente, quando a crise econômica se alinha com a financeira, ou quando não decorre de planejamento.

Da possibilidade de superar essas crises, advém a outra questão da definição, que é a forma de *viabilizar a superação da situação*. A forma legal, como já dito, é a recuperação. O que se pergunta, no entanto, é qual a **natureza jurídica** desse instituto.

Como exposto nos itens de introdução do presente capítulo, pensa-se no instituto da recuperação como sucedâneo da concordata e da continuidade dos negócios do falido.

Na primeira situação (concordata), a concessão decorria de critérios objetivos de análise, verificando o juiz os pressupostos do artigo 140 (LF) e as condições do artigo 158 (LF). No segundo caso (continuidade dos negócios), a concessão

considerava critérios subjetivos, eis que o juiz decidiria com base em estudos sobre a *conveniência* do pedido, lançados pelo síndico e pelo representante do Ministério Público. Em ambos os casos, no entanto, não havia qualquer manifestação de vontade dos credores, tendo o ato concessivo caráter constitutivo e declaratório.

Nos termos em que foi colocada a situação na lei atual (LRE), a mudança foi substancial. Os credores passaram a decidir se a recuperação deve, ou não, ser deferida, ou melhor, *homologada*<sup>114</sup>. Aos credores cabe a aprovação do Plano, por *omissão* (art. 57, segunda parte e art. 58, caput, primeira parte), ou por decisão em assembléia-geral de credores, convocada pelo juiz (art. 58, caput, segunda parte).

Sendo assim, verificados os pressupostos legais para o processamento da recuperação (art. 52) e aprovado pelos credores o Plano, o papel do juiz é, em princípio, sancionatório.<sup>115</sup>

Partindo desse pressuposto, Mauro R. Penteadó vê, nas recuperações, tanto judicial quanto extrajudicial,

um negócio jurídico privado, bilateral porque celebrado entre duas **partes**; (i) de um lado o devedor, que apresentou o Plano, e aqui o pólo contratual é unisubjetivo, pouco importando o que deve suceder na prática, ou seja, que tal Plano tenha sido estruturado adrede e de comum acordo com seus principais credores; (ii) do outro lado, na relação bifronte, com direito e obrigações ditos 'co-respectivos', todos os demais credores, num pólo que é plurisubjetivo.<sup>116</sup>

Esse negócio jurídico privado, seria feito com as bases estabelecidas na Lei (arts. 51, 58, 71 e 161)<sup>117</sup>, tendo como partes, portanto, o devedor, de um lado, e seus credores, de outro, sendo o objeto "*preservação da empresa, sua função social*

---

<sup>114</sup>Usa-se a expressão como forma de chamar a atenção para o ato, em que pese reconhecer-se que a sentença terá conteúdo constitutivo (cria, extingue ou modifica direitos) e declaratório.

<sup>115</sup>Conforme Mauro R. Penteadó (In: SOUZA JR. e PITOMBO, op. cit., p.70).

<sup>116</sup>PENTEADO, In: SOUZA JR. e PITOMBO, op. cit., p.83.

<sup>117</sup>Forma prescrita e não defesa em lei.

e o estímulo à atividade econômica" (art. 47)<sup>118</sup>. Havendo a aceitação do negócio (Plano/proposta) pelos credores (destinatários), seria ele aprovado pelo juiz e passaria a ter eficácia plena.

Sob ótica diversa, Jorge Lobo vê a natureza jurídica da recuperação judicial como ato complexo, que abrange um ato coletivo processual, um favor legal e uma obrigação 'ex lege'.

Explica seu entendimento sob o argumento de que o ato coletivo processual se daria a partir das vontades manifestadas pelo devedor e seus credores, as quais "se completam e se fundem em uma só, formando uma e única vontade unitária, sob a direção e fiscalização do Poder Judiciário".<sup>119</sup> Esse argumento, com todo o respeito, não leva em consideração os interesses divergentes que existem entre o devedor e seus credores e entre os credores reciprocamente. De fato, não se pode deixar de considerar os interesses idiossincráticos existentes nesses casos e que foram bem apanhados por Rachel Sztajn<sup>120</sup>, os quais mantêm, ou podem manter, em conflito permanente a recuperação, apesar da aparente harmonia.<sup>121</sup>

Quanto ao *favor legal*, diz Lobo que, presentes os requisitos e pressupostos, "garante-se ao devedor o direito de sanear o estado de crise econômico-financeira

---

<sup>118</sup>Objeto lícito.

<sup>119</sup>LOBO, In: ABRÃO e TOLEDO, op. cit., p.105.

<sup>120</sup>A professora paulista lembra que "Credores e trabalhadores têm um interesse comum – receber os valores a eles devidos, porém aqueles, salvo hipóteses tópicas de investimentos específicos e não facilmente transferíveis para outro setor (investimento idiossincrático), preferem receber seus créditos, dando menor importância à manutenção da empresa." E continua: "Trabalhadores, notadamente aqueles muito especializados ou nada especializados, preferem a continuidade da empresa se o mercado de trabalho lhes for desfavorável. Como conciliar esses dois interesses, agora divergentes?" (SZTAJN, In: SOUZA JR. e PITOMBO, op. cit., p.221).

<sup>121</sup>Sobre a teoria do ato complexo, Rubens Requião afirma que, nestes casos, as vontades devem ser harmônicas e paralelas, razão pela qual ela não pode explicar o ato que origina as sociedades, eis que há, entre os sócios, antagonismos latentes, aflorando muitas vezes (**Curso de direito comercial**, v.1, op. cit., p.368). Por essa mesma razão, entendemos ser inaplicável tal teoria no negócio realizado entre devedor e seus credores, com o objetivo de recuperação da empresa.

em que se encontra".<sup>122</sup> Em que pese a ressalva feita pelo professor, que o objetivo é *salvar o negócio, manter o emprego dos trabalhadores, respeitar o interesse dos credores e reabilitar-se*, também neste ponto teremos que divergir. Em primeiro lugar, porque pelos *valores* idealizados pelo legislador<sup>123</sup>, não há na *mens legis* qualquer direito ou garantia ao devedor. Com a separação dos conceitos de empresa e empresário, o que se protege é a empresa e não o empresário. A recuperação que se projeta, abstratamente falando, é da empresa, que nada deve, eis que é apenas atividade. Em segundo lugar, não se trata de favor, já que, ao contrário do que ocorria na legislação *ab rogada*, o Plano tem de ser aprovado pelos credores, não podendo ser concedida a recuperação pelo juiz, sem que haja a emissão de um juízo de valor pelos credores. É verdade que esse juízo de valor pode ser emitido por omissão, mas mesmo assim haverá necessidade de sua aceitação. Portanto, não se pode falar em favor legal.

Finalmente, entende-se que a obrigação não é *ex lege*, mas sim decorrente da proposta (Plano) feita pelo devedor aos seus credores, os quais são intimados nos termos do artigo 55, podendo apresentar manifestação favorável ou contrária. Sendo a manifestação favorável (por omissão, ou por decisão em assembléia-geral), torna-se a proposta obrigatória, não podendo o devedor dela desistir (art. 52, parág. 4.º). Com isto, deixam de existir as obrigações anteriores e são constituídas novas obrigações (art. 59), tudo por força da proposta feita. O juiz comparece nesse ato, como ressaltado por Penteado, para sancionar o acordo feito entre as partes.

Aparentemente, Calixto Salomão Filho não compartilha de qualquer dessas opiniões. Diz o jurista de São Paulo que o panorama traçado pela LRE, no seu artigo 47, é de índole *institucionalista*, eis que os interesses dos diversos grupos (credores,

---

<sup>122</sup>LOBO, In: ABRÃO e TOLEDO, op. cit., p.105.

<sup>123</sup>E o professor Lobo certamente tem consciência disto, eis que foi um dos idealizadores da lei que está posta.

trabalhadores) são sintetizados na idéia de preservação da empresa<sup>124</sup>. E se a visão legal é institucionalista, exsurge claro que ela não é contratual ou negocial.<sup>125</sup> No entanto, considerando-se que tal visão é colocada no plano material, nada impede que no plano procedimental possa ser aplicada a teoria de Mauro R. Penteadó, a qual parece estar em consonância com a forma traçada pelo legislador. E o eventual descompasso entre essas duas esferas – plano material e plano procedimental – em que pese não ser desejável, é possível e, de certa forma, conciliável, como ressalta Salomão Filho.

#### 1.2.5.1 A recuperação judicial

Entre as formas de recuperação previstas pelo legislador, encontra-se a judicial. No item 1.2.5, foi feito apanhado geral sobre a questão da recuperação, analisando seus requisitos intrínsecos e sua natureza jurídica, ou seja, a questão material. No presente tópico, será analisada especialmente a questão procedimental.

A recuperação judicial está regulada no Capítulo III da Lei, o qual foi dividido em cinco seções, contempladas nos artigos 47 e seguintes. Como sua subespécie, foi prevista a recuperação judicial para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (arts. 70/72).

Do cotejo entre os pressupostos e as condições para a concessão da concordata (arts. 140 e 158 da LF) e aquelas para o deferimento da recuperação judicial (art. 48 da LRE), salvo as que haviam caído em desuso, encontramos algumas semelhanças. Ou seja, o legislador de 2005, de certa forma, foi buscar inspiração na Lei de 1945, para fixar os balizadores para o pedido.

---

<sup>124</sup>Para uma revisão sobre a distinção entre os conceitos de institucionalismo e contraturalismo, ver Calixto Salomão Filho (**A sociedade unipessoal**. São Paulo: Malheiros, 1995. p.44 e segs.; e **O novo direito societário**. São Paulo: Malheiros, 1998. p.14 e segs.).

<sup>125</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto na obra de SOUZA JR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências**: Lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.46-47.



No entanto, fator que vinha sendo de grande desestímulo à concordata, e que foi corrigido na presente Lei, é o seu caráter de abrangência (**sujeição passiva**). Enquanto, na lei revogada, o favor legal aplicava-se exclusivamente aos credores quirografários, atualmente estão abrangidos "*todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos*." (art. 49). E essa abrangência provoca a *novação dos créditos anteriores ao pedido*, obrigando devedor e todos os credores a eles sujeitos (art. 59).

A expressão, *todos os créditos*, no entanto, deve ser analisada com ressalvas. Excetua à regra geral, as execuções fiscais (art. 6.º, parág. 7.º), os credores por obrigações a título gratuito (art. 5.º, I), os credores por despesas para tomar parte na recuperação (5.º, II), os credores por quantia ilíquida (art. 6.º, parág. 1.º), bem como os titulares dos contratos: (a) de alienação fiduciária de bens móveis ou imóveis; (b) de arrendamento mercantil; (c) de compra e venda ou promessa de compra e venda de imóveis, com cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade; (d) de venda com reserva de domínio; e (e) de adiantamento de contrato de câmbio à exportação (arts. 49, parágs. 3.º e 4.º, e 86, II).

Essas modalidades de créditos não abrangidos já eram festejadas por credores ligados a instituições financeiras, eis que faria crescer seu mercado de investimentos. Segundo dados publicados no periódico Gazeta Mercantil (segunda-feira, 06 de junho de 2005, p.A-7-A), mediante informações obtidas junto à Associação Nacional de Bancos de Investimento (Andib), os projetos de investimentos com estrutura de financiamento específico cresceu mais de 30% entre 2003 e 2004. Com a promulgação da Lei de Recuperação de Empresas e a possibilidade de migração das garantias, de penhor para propriedade fiduciária, e de hipoteca para alienação fiduciária, que não estão abrangidas na estrutura da recuperação de empresas e de falências, a esperança da Andib é que seu mercado cresça mais 50%, nesse segmento. Ou seja, não é desmotivada, certamente, a afirmativa de Calixto Salomão

Filho que, no texto da Lei, surgem questões que demonstram "a clara influência dos interesses financeiros".<sup>126</sup>

Por outro lado, no que diz respeito à questão da **novação**, cabem alguns comentários, eis que ela não tem a amplitude estabelecida ao instituto no CCB. Segundo a legislação civil, ocorre a novação *quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior* (art. 360, I, CCB). De fato, ao apresentar o Plano e este vier a ser aprovado, todos os créditos que estiverem nele abrangidos sofrerão alterações substanciais de prazo, de valor ou de ambas as naturezas. Haverá, portanto, novação. A regra, nestes casos, é de extinção dos acessórios ou garantias da dívida (art. 364, CCB), salvo quando o contrário ficar expressamente pactuado.

No caso em análise, não há dúvidas, a lei expressamente mantém a responsabilidade dos coobrigados (art. 49, parág. 1.º), bem como sustenta as garantias anteriormente existentes (art. 59, caput) e, mais, em caso de falência determina o retorno à condição original do crédito (art. 61, parág. 2.º). Ocorre, no entanto, que, no sistema do CCB, os coobrigados que não participaram da novação e com ela não consentiram, ficam exonerados da obrigação (art. 365). Na LRE, ao contrário, ainda que não tenham sido ouvidos, os coobrigados mantêm-se vinculados à dívida e, para além, sem os eventuais benefícios obtidos pelo devedor. Assim, a novação na LRE não produz os mesmos efeitos que produziria, caso se estivessem tratando de situações ocorridas em outro âmbito do direito privado.

Quanto aos **meios de recuperação** da empresa para enfrentar a crise, o legislador adotou um sistema aberto. No caput do art. 50 estabeleceu que apresentaria os modos pelo qual o empresário poderia enfrentar seu estado de dificuldade, *dentre outros*. Essa fórmula, de fato, é a mais acertada, eis que não há como prever um modelo *standard*, que sirva a todos os casos de crise. Entre as fórmulas apresentadas, há aquelas que podem ser qualificadas de financeiras, societárias, administrativas, econômicas e as que combinam duas ou mais dessas

---

<sup>126</sup>SALOMÃO FILHO, In: SOUZA JR. e PITOMBO, op. cit., p.49.

modalidades. Importa salientar que esse dispositivo está em absoluta consonância com aquele outro (art. 53) que admite que o empresário apresente seu Plano de Recuperação, sem estabelecer critérios materiais fechados. Ou seja, verificando qual (is) o(s) motivo(s) ensejador(es) da crise interna, procurará o empresário o meio adequado para debelá-lo.

Na questão da forma de encaminhar o pedido, o legislador foi bastante detalhista, estabelecendo pormenorizadamente todos os elementos que devem acompanhar a **petição inicial**. Naturalmente, levou em consideração que, pelo regime tributário adotado pelo empresário, nem sempre há necessidade de certos controles internos e que, nestes casos, o empresário deixaria de instruir o pedido com tais documentos. Para que o critério da isonomia estivesse observado, prescreveu exatamente como a petição deveria vir a juízo. Tal petição, para além dos requisitos estabelecidos no art. 51, deve observar o disposto no artigo 282 do CPC, deixando de indicar os sujeitos passivos, que serão, naturalmente, todos os seus credores.

Questão que fica em aberto na Lei é a da possibilidade de **contestação ao pedido** de recuperação judicial. Há matérias que não devem ser discutidas no âmbito das assembléias gerais, eis que não dizem respeito ao Plano (art. 35, I, a), não são de competência do Comitê de Credores (art. 27) e nem se encontram sob o domínio do Administrador Judicial. Há matérias, como as de defesa processual, que deveriam ser objeto de contestação.

Ocorre que, apesar de a LRE constituir um sistema processual próprio, não estabelece essa possibilidade, nem mesmo, como ocorria no sistema anterior, de oposição de embargos ao pedido (arts. 142/146, LF).<sup>127</sup> O que a LRE permite,

---

<sup>127</sup>Na recuperação de empresas, dado o seu caráter negocial entre devedor e seus credores, não caberiam os embargos, já que os fundamentos destes seriam, justamente, questões que diriam respeito às relações materiais existentes entre as partes. Comentando a faculdade de embargar a concordata, Requião diz que o credor "não exerce nenhuma influência na aceitação ou rejeição da concordata, pois esta não configura um contrato. Ao juiz é que cabe concedê-la ou denegá-la. Como partes, todavia, na ação de concordata, reserva a lei aos credores o direito de se oporem ao pedido, por meio de embargos". (**Curso de direito falimentar**, v.2, op. cit., p.47).

expressamente, é que se aplique o CPC aos procedimentos da Lei (art. 189). Com base nessa alternativa, entende-se que, deferido o processamento da recuperação judicial (art. 52), poderão os credores que assim o desejarem apresentar recurso próprio ao tribunal correspondente, para que este aprecie a matéria. É o que tem ocorrido na prática. Verifique-se, por exemplo, a recente questão envolvendo a Varig, em que inúmeros agravos de instrumento foram distribuídos, para objetar as decisões ocorridas no processo de recuperação.

Discorda-se, portanto, neste passo, do eminente professor Jorge Lobo, que, fundamentando seu posicionamento nas garantias constitucionais (art. 5.º, XXXIV, XXXV e LV), entende ser possível a apresentação de contestação no prazo de quinze dias, contados da publicação do edital contendo a decisão que deferiu o processamento do pedido.<sup>128</sup>

É que a ação não se dirige contra um, alguns ou todos os credores. A ação de recuperação de empresas tem objeto e pedido distintos de uma medida judicial comum, em que há o posicionamento de uma contra a outra parte. Como dito por Mauro Pentead, sua natureza jurídica está mais coerente com a de um negócio jurídico, não se caracterizando efetiva medida do devedor contra os credores. Assim, o momento de oposição do devedor é o da apresentação de objeção (art. 52, 1.º, III). Se sua objeção for acatada pelos demais credores e o interesse comum for o do não deferimento do *negócio jurídico*, a falência será decretada. Quanto à verificação das condições e pressupostos para o requerimento, será ela de competência do juiz, que o fará preliminarmente, para poder despachar a inicial.

Ainda tratando da fase postulatória, cabem alguns comentários acerca do encaminhamento a ser dado pelo juiz, em caso da **não apresentação dos documentos** necessários ao pedido (art. 51).

---

<sup>128</sup>LOBO, In: ABRÃO e TOLEDO, op. cit., p.133.

Em situação concreta, analisando o caso Vasp, o juiz da 1.<sup>a</sup> Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, Alexandre Alves Lazzarini, nomeou dois peritos para avaliar se a empresa dispunha de condições de apresentar a documentação necessária para o pedido de recuperação formulado por seus interventores. Fundamentou a decisão considerando que a empresa encontra-se em situação atípica (intervenção, junto à Justiça do Trabalho) e tem repercussão nacional. Assim, para este caso, houve uma completa alteração do programa legal, que determina que o empresário apresente a documentação com o pedido. Ali, além de não ter sido apresentada tal documentação, o juízo determinou que se verificasse se haveria a possibilidade da apresentação.<sup>129</sup> Interessante ressaltar que, atestado pelos peritos que a Vasp teria condições de apresentar os documentos exigidos para o pedido de recuperação, o juízo determinou o seu processamento, com todas as conseqüências daí advindas.<sup>130</sup>

No entanto, caso a conclusão dos peritos tivesse sido diferente, ou o posicionamento do juiz, inicialmente, não tivesse guardado relação com as questões sociais levantadas, qual deveria ter sido a decisão: decretação da falência? Ou indeferimento do pedido de recuperação?

Para Fabio Ulhoa Coelho, ao devedor só se abrem duas hipóteses se não quiser falir: desistir do pedido ou atender à lei. Ou seja, para o referido autor, com o indeferimento do pedido de recuperação, a decretação da falência é conseqüência.<sup>131</sup> Contrário a esse posicionamento é Jorge Lobo, que entende que não há previsão legal para essa hipótese, nesse momento. A falência só poderia ser decretada caso o Plano não fosse apresentado no prazo legal; se apresentado, fosse o Plano rejeitado; se não fossem cumpridas as obrigações assumidas no Plano; e por

---

<sup>129</sup>Conforme notícia veiculada no Jornal FOLHA DE S. PAULO, de 06 jul. 2005, p.B-6.

<sup>130</sup>FOLHA DE S. PAULO, 11 nov. 2005, p.B-9.

<sup>131</sup>COELHO, **Comentários...**, op. cit., p.152.

deliberação da assembleia-geral. Fora desses casos, o juiz não poderia decretar a falência.<sup>132</sup>

A nosso entender, o posicionamento adotado por Jorge LOBO guarda mais coerência com o próprio espírito legal. Se a questão é de manutenção do empreendimento produtivo, a falta de apresentação dos documentos só pode indicar para o indeferimento da inicial e, nunca, para a decretação da falência *ex officio*. Assim, se apresentado o pedido, e este não estiver em termos, o juiz deve indeferir a inicial.

Apresentado em termos o pedido, será ele processado, com a nomeação do administrador judicial, suspensão de ações e execuções contra o devedor comum e intimação do Ministério Público, entre outras providências legais (art. 52). A partir desse momento, os credores poderão requerer ao juiz a convocação da assembleia-geral para a constituição do Comitê de Credores, com o objetivo de estarem devidamente representados no processamento do pedido.

Sob pena de decretação da falência, em sessenta dias da data da publicação do despacho que admitiu o processamento da recuperação, o devedor deve ingressar em juízo com o seu Plano de Recuperação. A partir daí, poder-se-ia dizer, entra-se em uma nova fase do processo, na qual as deliberações serão tomadas. Na fase anterior, o procedimento era meramente instrutório. Nesta, passam os credores a tomar contato com o Plano do devedor, caracterizado como *proposta*, para sobre o mesmo deliberar. Para tanto, esses serão comunicados por correspondência do administrador judicial (art. 22, I, a) e intimados por edital (art. 53, parágrafo único), para que apresentem eventuais objeções ao Plano.

---

<sup>132</sup>LOBO, In: ABRÃO e TOLEDO, op. cit., p.135.

Apresentada objeção ao Plano, por qualquer credor<sup>133</sup>, cabe ao juiz convocar<sup>134</sup> a assembléia-geral para deliberar. Interessante notar que a AG, com seu poder negocial, como esclarecido por Penteadó<sup>135</sup>, pode, inclusive, propor sua alteração que, aceita pelo devedor, passa a ser vinculante. Com a eventual rejeição do Plano, tem-se o segundo caso de decretação de falência.

Pode-se dizer, em princípio, que as soluções negociadas da recuperação são decorrentes: (a) da inação dos credores, quando o Plano é aprovado sem rejeições, ou (b) de ajustes feitos em AG, por meio de sua repactuação, levada a cabo pelas partes. Para a deliberação em AG, sobre o Plano, deverá ser observada a aprovação por todas as classes de credores<sup>136</sup>, em votação que deve ser procedida em separado (art. 45).

Além disso, os credores *titulares de créditos com garantia real, quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados*, que estiverem presentes à AG, devem aprovar a proposta, por meio de representação que considere mais da metade do valor dos seus créditos e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes à assembléia. A aprovação do Plano pelos credores *titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho*, requer somente a verificação de sua maioria simples, sem considerar a questão do valor de seus créditos (art. 45, parágs. 1.º e 2.º). Pode-se dizer que essa

---

<sup>133</sup>Todos os credores estão legitimados a tanto.

<sup>134</sup>O verbo, no art. 56, está colocado no modo imperativo "convocará". Assim, não cabe ao juiz decidir as questões colocadas nas objeções manifestadas pelos credores, sendo sua atuação, neste caso, de administrador da justiça, convocando a AG. A competência para a decisão das questões colocadas nas objeções é, improrrogavelmente, da AG.

<sup>135</sup>Quando trata da natureza jurídica da recuperação de empresas.

<sup>136</sup>art. 41, I - *titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho*; II - *titulares de créditos com garantia real*; III - *titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados*."

é uma segunda contagem da assembléia, diferente daquela indicada no caput do artigo 45.

Não tendo sido **aprovado o Plano**, na forma prevista no art. 45, o legislador admitiu uma última hipótese de aprovação da recuperação, que considera *quoruns* diferenciados. Trata-se da hipótese levantada no parág. 1.º, do art. 58. Calixto Salomão Filho critica essa possibilidade, sob o argumento de que se trataria de uma proteção procedimental assimétrica, em prejuízo aos trabalhadores, que não conseguem organizar seus interesses com tanta facilidade quanto as demais classes de credores envolvidos no processo. Segundo ele, é

imperioso que a jurisprudência venha a interpretar essa faculdade (no art. 58, parág. 1.º, a expressão utilizada é 'o juiz poderá') de forma sistemática e teleológica, não admitindo e exigindo adaptação de planos que não contem com a aprovação de uma das votações em separado (em especial a dos trabalhadores), se esse plano não contiver garantias suficientes de preservação da empresa.<sup>137</sup>

Admitindo-se a postulação de Salomão Filho, ainda que seja justa, entendemos que retornaríamos às hipóteses previstas no artigo 45, o que o art. 58 leva, justamente, a excepcionar. Naturalmente que, dentro da faculdade concedida ao juiz, este deve verificar a plausibilidade de recuperação da empresa, antes de decidir, quiçá ouvindo, para além dos credores, o administrador judicial, o qual, diante de sua idoneidade e especialização, poderá opinar, já que vem acompanhando o andamento da empresa.

---

<sup>137</sup>SALOMÃO FILHO, In: SOUZA JR. e PITOMBO, op. cit., p.49.



### 1.2.5.1.1 A recuperação para empresas de pequeno porte e microempresas

Relegando a qualificação de microempresa e empresa de pequeno porte à legislação própria<sup>138</sup>, a LRE criou uma subespécie de recuperação judicial para esses empresários, na qual mitigou a participação dos credores e outorgou maiores poderes ao juiz. Tal recuperação, por meio de **Plano especial**, vem regulada nos artigos 70 a 72, formando um sistema uno com o procedimento de recuperação judicial, eis que está regulado dentro desse capítulo da Lei. Nela, os credores não poderão instalar AG para deliberar sobre a aceitação ou ajuste do Plano apresentado, cabendo ao juiz conceder a recuperação. No entanto, se o juiz receber objeções de titulares de créditos que representem mais de 50% do passivo quirografário do devedor, indeferirá o pedido e declarará a falência.

Importante dizer que o legislador previu que o empresário, ao requerer a recuperação, deve, de plano, esclarecer que pretende apresentar Plano especial. Tal informação deve vir acompanhada da petição referida no artigo 51 da Lei e não no momento subsequente, em que se apresenta o próprio plano, quando ficaria clara a forma de pagamento desejada pelo devedor. A consequência da falta dessa informação no momento oportuno pode induzir o pensamento de que a recuperação seguiria o rito comum e não o especial. Caberia, neste caso, ou requerer ao juiz a adaptação ou a desistência do pedido, para novamente formulá-lo de modo correto.

Os contornos do Plano especial de recuperação são fechados, não cabendo ao devedor definir qual a modalidade a adotar, salvo no que diz respeito ao prazo de cumprimento de seus compromissos. Em outras palavras, há uma redução da margem de discricionariedade do devedor, que fica condicionado à **moratória**, como forma de resolução de sua crise. Segue-se, em alguma medida, a mesma

---

<sup>138</sup>Tais entes estão qualificados na Lei n.º 9.841/99 e o parâmetro utilizado pelo legislador para sua identificação é o fator '*receita bruta anual*'. Também qualificam tais entes, a Lei n.º 9.317/96, que criou o sistema integrado de pagamento de tributos (SIMPLES), bem com os estados-membros, e o SEBRAE. Este último, ao invés do critério '*receita bruta*', usa o número de pessoas ocupadas na indústria, no comércio e em serviços.

solução encontrada para as concordatas preventivas, com a diferença que, agora, não é possível se falar em remissão para pagamento do débito em prazo menor que o máximo estabelecido em lei. A opção do devedor é ofertar aos seus credores o pagamento em até 36 (trinta e seis) parcelas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de 12% (doze por cento) ao ano, podendo obter carência, para início dos pagamentos, de até 180 (cento e oitenta dias).

Outra peculiaridade do Plano especial, que o aproxima da concordata, é a **sujeição passiva**. Como naquele instituto, este é dirigido aos credores quirografários, com exclusão daqueles expressamente mencionados nos parágrafos 3.º e 4.º do artigo 49 da Lei, bem como aqueles provenientes de repasse de recursos oficiais.

Considerada a importância de que se revestem as pequena e microempresas na economia nacional, bem como o percentual delas que são criadas e desaparecem em um curto espaço de tempo, parece ter sido valioso, como iniciativa, mas tímido, como regulamentação, o espaço a elas dedicado na lei, especialmente no que diz respeito à sujeição passiva.

#### 1.2.5.2 A recuperação extrajudicial

Tratando da **recuperação extrajudicial**, Francisco Satiro de Souza Jr. concebe-a como "um meio formal de acordo especial com certos credores, que pode eventualmente ser imposto a uma minoria resistente. A par de certos efeitos específicos, diferencia-se de um simples acordo do devedor com credores em razão da sua 'causa', qual seja, a preservação da empresa e os diversos interesses a ela relacionados".<sup>139</sup>

Por seu turno, Rachel Sztajn afirma que a "recuperação extrajudicial é negócio jurídico consensual entre devedor e uma ou algumas classes de credores,

---

<sup>139</sup>SOUZA JR., Francisco Satiro, na obra de SOUZA JR., Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências**: Lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.511.

um negócio de cooperação, de repactuação na divisão de riscos, que, em alguma medida, se assemelha aos negócios plurilaterais".<sup>140</sup>

Essa qualificação da recuperação extrajudicial como acordo ou negócio jurídico privado, é, de certa forma, sustentada até pelo legislador, eis que este, no artigo 167<sup>141</sup> estabelece um paralelo entre a recuperação extrajudicial e *outras modalidades de acordos privados* que possam ser levadas a cabo entre o devedor e seus credores.

É interessante a sua qualificação como *extrajudicial*, apesar da faculdade prevista pelo legislador da **homologação do Plano** em juízo (art. 162). Naturalmente, sua negociação se dá, integralmente, no âmbito privado, mas, uma vez homologada em juízo, a *sentença de homologação* constituirá *título executivo judicial*. Com essa faculdade, cujo exercício parece claro que os credores exigirão cumprimento, pode-se falar de **duas formas** de recuperação extrajudicial: aquela cujo acordo foi objeto de homologação e, assim, a sentença constitui título executivo judicial; e aquela que não obteve homologação e a solução das eventuais pendências se dará por meio da forma estabelecida no título criado para o ajuste entre as partes.

De qualquer sorte, pode-se concluir que o ajuste firmado entre as partes acarretará **novação** das obrigações. A dúvida que remanesce refere-se às suas conseqüências. Verifica-se, no item 1.2.5.1 (supra) que, em face dos artigos 49, parág. 1.º, 59 e 61, parág. 2.º da Lei, o sentido da novação da LRE é distinto daquele traçado no CCB. No entanto, ao tratar do tema, referidos dispositivos sempre mencionam a recuperação judicial, a qual não é negociada diretamente com os credores, mas sim com a sua omissão (art. 58, primeira parte) ou decisão assemblear (art. 58, segunda parte). Na recuperação extrajudicial, especialmente naquela em que não há vinculação de credores (ver abaixo), os ajustes foram

---

<sup>140</sup>ABRÃO e TOLEDO, op.cit, p.418.

<sup>141</sup>Inserido no capítulo próprio da recuperação extrajudicial.

expressamente negociados entre devedor e credores, estabelecendo-se novas condições para as obrigações. Assim, em princípio, entendemos que a novação, nestes casos, terá a produção de efeitos nos termos do CCB (arts. 364 e segs.)

Da recuperação extrajudicial pode-se dizer, ainda, que ela **não se aplica** aos credores tributários, trabalhistas, por acidentes do trabalho, a adiantamentos a contratos de câmbio, àqueles previstos nos artigos 49, parág. 3.º e 86, II da LRE. Considerando-se tratar de um negócio jurídico entre as partes, não produz efeitos quanto a terceiros, salvo na hipótese expressamente prevista no artigo 163. Nessa dimensão, a apresentação do plano para homologação, ao contrário do que ocorre com o de recuperação judicial, não acarretará suspensão de ações, execuções ou pedidos de falência, por créditos não sujeitos aos seus efeitos.

Importante ressaltar que, para propor e negociar com seus credores o Plano de Recuperação Extrajudicial, é necessário que o devedor preencha os **requisitos do artigo 48**. No entanto, se não os preencher, em princípio, não há qualquer penalidade que se lhe aplique. Isto porque, nem o artigo 94, que trata das causas para decretação da falência, nem o artigo 73, que menciona os motivos da convalidação da recuperação em falência, enumeram o desatendimento àquele artigo como um dos motivos ensejadores da decretação da quebra. Quer antes parecer que, se houver composição entre devedor e credores, sem que se leve a juízo para homologação, este Plano terá eficácia interpartes.

Quanto à **administração** do devedor, não há qualquer alteração em sua estrutura, salvo se do contrário ficar acordado com os credores. É que o administrador ou o devedor continuará a exercer o poder na sua atividade, não sendo nomeado administrador judicial, nem conselho de administração e tampouco assembleia-geral.

Em que pese o procedimento inicial revestir-se de caráter meramente comercial, em concluindo as partes que há necessidade de homologação do Plano, reveste-se ele de formalismo judicial intenso, eis que, como não há participação dos órgãos antes referidos, muitas das suas funções serão supridas pelo juiz. Assim é que, examinando essa questão, Mauro Rodrigues Penteado alerta caber ao magistrado

convocar os credores (art. 164, 'caput'), receber, mandar processar e decidir sobre as impugnações apresentadas, verificar a existência de fundamentos para a ação revocatória de que trata o art. 130, examinar se há simulação de créditos ou vício de representação dos credores que subscreveram o plano – somente então podendo decidir, no prazo de 5 dias – notoriamente irreal – se homologa ou não o plano (art. 164, parágs. 5.º e 6.º).<sup>142</sup>

Feitas essas breves considerações sobre a recuperação extrajudicial, é de dizer que a lei admite **duas espécies** desse negócio jurídico. É sobre elas que falaremos a seguir.

#### 1.2.5.2.1 Não vinculativa de todos os credores

A primeira espécie dessa modalidade de recuperação, a que designamos de não vinculativa, é tipicamente convencional e obriga, exclusivamente, os signatários do termo, homologado ou não. Ou seja, essa espécie é aquela regulada nos artigos 161 e 162 da LRE, que faz com que estejam obrigados todos os credores que tiverem efetivamente negociado com o devedor. Não se vinculam ao Plano, portanto: (a) os créditos de natureza tributária, trabalhista e decorrentes de acidente do trabalho, bem como aqueles previstos nos arts. 49, parág. 3.º e 86, II; e (b) os credores que não aderirem ao plano.

Para que a obrigação do devedor exista, não há necessidade de homologação do Plano em juízo e essa só ocorrerá na hipótese de as partes desejarem outorgar ao instrumento caráter de título executivo judicial.

Nessa espécie, entre os credores aderentes, ainda que sejam da mesma classe, poderá haver tratamento desigual, eis que há expressa aceitação da situação pelos signatários do Plano.

---

<sup>142</sup>PENTEADO, In: SOUZA JR. e PITOMBO, op. cit., p.86.

#### 1.2.5.2.2 Vinculativa de todos os credores

A segunda espécie de recuperação de empresas extrajudicial é aquela tratada no artigo 163. Depois de ter regulado a primeira espécie nos artigos que o precederam, o legislador utiliza o advérbio "*também*" para se referir à outra modalidade. Neste caso, ficam sujeitos ao Plano todos os credores, "*desde que assinado por credores que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos*".

Duas questões, para além da vinculação de todos os credores, são distintas nessa espécie, se comparada àquela analisada no item anterior: (a) sua eficácia depende de homologação judicial; (b) todos os credores, de uma mesma classe, devem receber tratamento equitativo. Quanto à questão da eficácia depender da homologação judicial, é ela decorrência do artigo 165. Nesse dispositivo, o legislador deixou claro que o Plano só produz efeitos após sua homologação. Ora, se a homologação é opcional nos casos do artigo 161 (art. 162), ao estabelecer que a produção de efeitos dela depende (art. 165), o legislador só pode estar se reportando aos casos do artigo 163, ou às hipóteses em que as partes queiram usar o instrumento como título executivo judicial. Outra interpretação não teria, com todo o respeito, nexa. Assim, ou a homologação judicial da recuperação é opcional, e, de conseqüência, opera efeitos desde a sua assinatura, ou ela é obrigatória e, nessa condição, só opera efeitos após a realização do ato. Como há duas espécies de recuperação, a melhor interpretação é alocá-las, cada qual, em uma das hipóteses. Nesse sentido, pode-se invocar o parágrafo 1.º do artigo 165, que admite a eficácia do Plano antes de sua homologação, desde que seja em relação aos credores signatários. Por outro lado, quanto ao tratamento equitativo às partes, é ele decorrência da vinculação que o Plano vai exercer sobre quem não o aceitou expressamente. Este (que não o aceitou), certamente, por não ter feito a opção, não pode ser prejudicado. Razão suficiente para que o tratamento entre os detentores de crédito de uma mesma classificação seja isonômico.

### 1.2.5.3 Acordos com credores

Para além da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial, que têm âmbito de abrangência mais elástico, o legislador facultou ao devedor a "*realização de outras modalidades de acordo privado*" com seus credores (art. 167). Segundo Fábio Ulhoa Coelho, esta seria uma norma inútil, porque a lei não precisa dizer que as manifestações de vontade continuam a ser vinculantes.<sup>143</sup>

Quer parecer, no entanto, que o legislador andou bem ao regradar tal possibilidade. Ocorre que, nos termos do inciso III, do artigo 2.º, do Decreto-lei n.º 7.661/45, caberia a decretação de falência do devedor que convocasse credores, para com eles negociar seu passivo. Com a norma estabelecida no art. 167, o legislador afasta, por completo, aquela forma de raciocinar, servindo tal dispositivo como norma de sentido da nova lei. Ou seja, deixa aberta a possibilidade de as partes comporem seus interesses, com o que Francisco Satiro de Souza Jr. chamou de *acordo simples* ou *workout agreement*.<sup>144</sup>

Assim, todas as formas, desde que lícitas, de ajuste entre devedor e seus credores, que possibilitem a recuperação da empresa, são passíveis de implementação, salvo se caracterizarem um dos motivos ensejadores de decretação de falência, previstos no inciso III, do artigo 94.

## 1.3 ALGUMAS ANOTAÇÕES DA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Não obstante nosso trabalho esteja centrado no direito brasileiro, é importante trazer algumas notas das reformas ocorridas em algumas leis de quebras nesses últimos tempos, as quais podem ter servido de inspiração para o nosso legislador.

---

<sup>143</sup>COELHO, **Comentários**..., op. cit., p.405.

<sup>144</sup>SOUZA JR., op. cit., p.512.

Fique claro, no entanto, que este não é um trabalho de direito comparado. Nosso objetivo é, tão-somente, formular algumas comparações entre os modos de recuperação de empresas utilizados nos países que serão a seguir mencionados.

Quanto à escolha da legislação estrangeira referenciada, é ela decorrente de pesquisa que adotou por sistema, em primeiro lugar, verificar na Comunidade Européia alguns países que implementaram mudanças legislativas, com implantação de leis de recuperação de empresas, passando, após, à legislação latino-americana. Para além desses países, abordamos a legislação norte-americana, tida, por muitos, como a antecessora dos programas de saneamento empresarial. Feita essa ressalva preliminar, passa-se às análises. Antes, porém, deve-se contextualizar a questão da **ideologia sociopolítica**.

A introdução de uma nova política, que visa, antes da decretação da falência, a recuperação da empresa em crise, e que ambiciona proteger outros interesses que não só os dos credores, foi bem detalhada por Piero Pajardi<sup>145</sup>. É o que se vê deste trecho do capítulo "*Lo stato di diritto e le ideologie sócio-politiche*":

*Attorno all'inizio degli anni '70, in coincidenza con una congiuntura economica internazionale particolarmente difficile, caratterizzata tra l'altro della crisi petrolifera, dalla saturazione di molti mercati occidentali, dall'inizio della cosiddetta "rivoluzione tecnologica o informatica", dalla forte ripresa dell'inflazione e dalle prime avvisaglie della graduale contrazione del comparto industriale a vantaggio di quello dei servizi, si manifestò anche in Italia come negli altri Paesi industrializzati la necessità di procedere a profondi e rapidi interventi di 'ristrutturazioni aziendale' al fine di adeguare le imprese alla nuova realtà economica, mantenendole competitive. Il fenomeno provocò una serie di gravi crisi industriali che scossero profondamenti il tessuto economico e sociale del Paese.*

(...)

*Ciò costrinse l'esecutivo ed il legislatore ad intervenire in modo ancor più massiccio in economia e, particolarmente, nella mediazione della relazioni industriali, creando strumenti volti ad attutire l'impatto delle crisi e delle ristrutturazioni, con l'obiettivo primario de mantenere il più possibile elevato il livello occupazionale.*<sup>146</sup>

---

<sup>145</sup>Pajardi foi o professor italiano encarregado das alterações legislativas acerca dessa disciplina.

<sup>146</sup>PAJARDI, op. cit., p.99



Esse foi, sem dúvidas, o ideal sociopolítico que levou a França a adotar, em 1984/85, o "sistema concursal mais inclinado à salvação de empresas, de quantos se encontravam em vigor até 1994".<sup>147</sup> Seguindo esta mesma torrente, em 1994 é editada outra legislação, que também vai servir de parâmetro para outros países da Comunidade Européia. Trata-se da InsO, Lei de insolvência da Alemanha. Estas duas legislações, que têm bases no Capítulo 11 da Lei de Bancarrotas norte-americana, são tidas como baluartes das demais legislações européias sobre o tema. Por isso, tem-se dito que, ao avaliar os modelos a serem implementados nos diversos países, os parâmetros são o modelo francês, mais liberal, que foi forjado em meados dos anos 80, e o modelo alemão, mais consentâneo com a realidade da Comunidade Européia, promulgado em 1994, e, portanto, mais fechado.<sup>148</sup>

Com base nessa necessidade sociopolítica já relatada, a Comunidade Européia fez promulgar o Regulamento CE n.º 1.346/2000, do Conselho, de 29 de maio de 2000, sobre procedimentos de insolvência, em vigor desde 2002, impondo uma linha de coordenação desses procedimentos, a qual serve de tutorial da legislação concursal dos Estados membros. Dessa linha de coordenação, pode-se extrair uma *"doble orden de objetivos materializado no sólo ya en la satisfacción del interés de todos los acreedores sino también en el saneamiento orientado a la conservación de la empresa y consiguiente protección del empleo"*.<sup>149</sup>

---

<sup>147</sup>Tradução livre de Álvaro Espina Montero (**Crisis de Empresas y Sistema Concursal: La reforma española y la experiencia comparada**. Madrid: Consejo Económico y Social, 1999. p.51).

<sup>148</sup>Para tanto, ver: Álvaro Espina Montero (op. cit.); Francesco Galgano (**I contratti di impresa. I titoli di credito. Il fallimento**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1985); Juana Pulgar Ezquerra (Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación. In: VILLAVARDE, R. G.; UREBA, A. A.; EZGUERRA, J. P. **Derecho Concursal Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal**. Madrid: Dilex, 2004); Piero Pajardi (op. cit.); Karsten Schmidt (Fundamentos del nuevo derecho concursal alemán. La Ley alemana de Insolvencia de 1994 (InsO). In: VILLAVARDE, Rafael García; , Alberto Alonso; EZQUERRA, Juana Pulgar (Dir.). **Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001**. Madrid: Dilex, 2001. p.16-39).

<sup>149</sup>Conforme Carolina Castillo Martinez (El Proyecto Español de Ley Concursal en el Marco de la Armonización del Derecho Europeo: El principio de universalidad y la clasificación de los créditos en el concurso. **Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial**, Navarra, n.10, p.85, 2003).

Não obstante essa linha de raciocínios, que deve envolver os procedimentos de insolvência, no direito europeu há um princípio que supera o da própria recuperação, que é o da proteção à **liberdade da concorrência**.

Verifica-se, no artigo 87, do tratado constitutivo da Comunidade Européia, justamente esse princípio, disposto da seguinte maneira:

*1. Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.*

Como forma de dispor de auxílio às empresas em crise, é usada uma exceção a essa regra, estabelecida na alínea c do item 3, do mesmo artigo 87. Nessa exceção, permitem-se as ajudas, sempre que forem facilitadoras do desenvolvimento de certas atividades ou de determinadas regiões econômicas. Com isso, na Comunidade Européia o tratamento da crise das empresas deve sempre conjugar o fato social com a liberdade de concorrência, bem maior a ser preservado.

Assim, passa-se à análise de algumas dessas legislações, não perdendo o foco, no entanto, no objeto, que é a análise dos modos de recuperação permitidos, bem como a verificação se há, em algum deles, similitude com a implementação de SPE para a transferência de ativos.

### 1.3.1 Legislação Norte-Americana – *Chapter 11*

O capítulo 11 da lei norte-americana de bancarrotas tem sido mencionado como o provável inspirador dos processos legislativos que passaram a adotar o princípio da recuperação de empresas. Plasmado em uma economia de mercado e sob os ditames da *common law*, os dispositivos que compõem aquele capítulo da *Bankruptcy* são, em dados aspectos, mais permissíveis que a LRE brasileira.

Verifique-se, por exemplo, a legitimidade ativa para requerimento do plano de recuperação. Enquanto no direito brasileiro ela cabe ao devedor, no direito norte-

americano essa faculdade é outorgada a qualquer interessado, incluídos os credores, os representantes dos credores de valores mobiliários emitidos pelo devedor, o *trustee*, ou outra pessoa que demonstre interesse. Revela, tal dispositivo, que a pretensão vai para além do devedor, eis que outras partes que têm com ele relações, as quais podem ser atendidas com a recuperação da empresa, estão aptas a formular o pedido.

Quanto ao conteúdo do plano, exigindo, apenas, que ele seja equânime para todas as partes de uma mesma classe, salvo se houver expressa aceitação daquela que vier a ser prejudicada, o legislador estabeleceu elenco exemplificativo, que consiste em:

- (A) retention by the debtor of all or any part of the property of the estate;*
- (B) transfer of all or any part of the property of the estate to one or more entities, whether organized before or after the confirmation of such plan;*
- (C) merger or consolidation of the debtor with one or more persons;*
- (D) sale of all or any part of the property of the estate, either subject to or free of any lien, or the distribution of all or any part of the property of the estate among those having an interest in such property of the estate;*
- (E) satisfaction or modification of any lien;*
- (F) cancellation or modification of any indenture or similar instrument;*
- (G) curing or waiving of any default;*
- (H) extension of a maturity date or a change in an interest rate or other term of outstanding securities;*
- (I) amendment of the debtor's charter; or*
- (J) issuance of securities of the debtor, or of any entity referred to in subparagraph (B) or (C) of this paragraph, for cash, for property, for existing securities, or in exchange for claims or interests, or for any other appropriate purpose.<sup>150</sup>*

Conforme pode se extrair desse elenco, a hipótese de que se está tratando – SPE para recebimento de ativos do devedor – seria uma daquelas que se encaixaria na moldura da alínea (b) acima. Ou seja, pode-se admitir que o legislador norte-americano, ao estabelecer algumas formas de recuperação de empresas, nelas incluiu indiretamente aquela com a qual se vai trabalhar no próximo capítulo.

---

<sup>150</sup>Parágrafo 1.123, 5.

Outro exemplo de soluções abertas existente nessa legislação, diz respeito ao momento de solicitação do plano. Segundo o disposto no parágrafo 1.125, ela pode ocorrer antes ou durante um processo judicial, sendo vedado, neste último caso, apenas ao demandante a sua apresentação. Com isto, o plano de recuperação pode não só prevenir o estado de dificuldade do devedor, como, também, resolver aquele que já esteja instalado.

Quanto à sua aceitação, está condicionada à aprovação de dois terços dos credores de cada classe. Se alguns credores já tiverem promovido alguma demanda contra o devedor, além do primeiro requisito, será igualmente necessária a aprovação de mais da metade desses credores. O plano poderá incluir também débitos junto ao governo norte-americano. Nestes casos, a Secretaria do Tesouro é que tem competência para analisar o pedido.

Sempre no mesmo percurso da liberdade, após a apresentação, o plano poderá ser alterado, desde que ainda não tenha sido consumado. Ocorrendo tal hipótese, serão novamente os credores ouvidos, para sobre o mesmo se pronunciarem.

Finalmente, quanto à sua homologação, será ela dependente, basicamente, de duas condições: (a) que os credores de uma determinada classe o tenham aceito; e (b) fique demonstrado que o montante a ser recebido não será menor que no caso de liquidação do devedor (parágrafo 1.129, 7). Dentro dos contornos da economia de mercado, esse dispositivo arremata o limite da liberdade. Vale dizer, o plano de recuperação tem possibilidade de ser implementado com ampla liberdade, desde que não fira o direito de crédito dos interessados no que diz respeito ao seu montante quantitativo.

### 1.3.2 A Reforma Francesa

A legislação francesa de insolvência resulta da reforma ocorrida em 1984 e 1985. Segundo Álvaro Espina Montero, o principal propósito da legislação francesa

é o estabelecimento de meios para preservar o potencial industrial das empresas e os empregos.

O processo de recuperação é dividido em **duas fases**. A primeira é chamada fase de observação e normalmente dura seis meses, podendo, contudo, ser estendida a até 18 meses, em circunstâncias excepcionais. Durante o período de observação as ações judiciais contra o devedor são suspensas e o administrador (***administrateur judiciaire***) nomeado pelo juiz realiza a avaliação econômica da empresa e prepara um plano de reabilitação (art. 621-54, C. Comercial francês).

A segunda fase do processo de recuperação da empresa tem início quando o juiz aceita o plano de reabilitação, que pode consistir na continuação de seus negócios, na alteração de seus administradores (art. L621-59), na modificação de sua forma legal, na mudança da estrutura de seu capital, ou ainda na venda total ou parcial do negócio.

A liquidação da empresa ocorre quando sua situação econômica está totalmente comprometida, inviabilizando sua reabilitação. Isto pode se dar imediatamente, com ou sem a incursão na fase de observação.<sup>151</sup>

No sistema francês, parte substancial da administração da empresa durante o período de reabilitação fica a cargo do administrador apontado pelo juiz. O administrador é o único que pode falar sobre o desempenho dos contratos em andamento, determinar a dispensa de empregados e promover medidas judiciais referentes aos bens da empresa, particularmente ações que visam anular atos praticados próximos ao momento de formulação do pedido de reabilitação e ações contra os administradores da empresa (C. Comercial francês, art. L621-28, L621-35, L621-36, entre outros).

Na França, no *plano de suspensão de pagamentos* ou de *continuidade ou cessão da empresa*, não há assembleia ou comitê de credores, estando severamente limitada a participação dos credores em todo o processo (art L621-54, L621-55 e L621-56). Feita a proposta aos credores, inclusive aos trabalhistas, se estes não se

---

<sup>151</sup>Síntese obtida conforme Montero (op. cit. p.51-52).

manifestarem expressamente e por escrito de forma negativa, a proposta será tida por aceita e válida (art. L621-60, com redação que lhe foi dada pela lei de 2003).

Quanto às **medidas de saneamento**, que se encontram dentro das três possibilidades básicas – continuidade dos negócios, cessão da empresa, continuidade dos negócios com cessão parcial do estabelecimento – estão elas bastante regulamentadas no Código Comercial francês, no seu artigo 621, a partir do inciso 54.

O que se percebe é que há liberdade para a propositura do plano de saneamento, mas quem dispõe dessa liberdade é o administrador nomeado pelo juiz e não o empresário devedor. O plano será aprovado após a oitiva do devedor, dos credores e dos empregados, mas o plano básico é do administrador judicial. Assim, o **critério publicístico da recuperação** é marcante.<sup>152</sup>

Portanto, para finalizar, é possível até se falar em transferência de ativos para sociedade formada por credores, como meio de sanear a empresa em crise, desde que essa proposta parta do administrador judicial e que esses credores assumam compromissos com o desempenho estabelecido do plano de recuperação.

### 1.3.3 A Lei Alemã de Insolvência de 1994

O direito concursal alemão foi aprovado por meio da Lei de Insolvência de 1994, mas só entrou em vigor em 1999. Tal demora se deveu ao receio de que a entrada em vigor prematura acabasse trazendo problemas à organização da administração da justiça dos estados federados, em face da reunificação da Alemanha.<sup>153</sup>

---

<sup>152</sup>São, também, dessa opinião, Jorge Lobo e Sérgio Pimentel, conforme suas conclusões estabelecidas em "A recuperação da empresa em crise no direito francês" (**Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico Financeiro**, n.113, p.153, 1999).

<sup>153</sup>Conforme Schmidt (op. cit. p.17).

A reforma legal começou a ser desenhada nos anos 80, por motivos que avultavam à questão sociopolítica. A própria prática judiciária vinha demonstrando que o direito concursal, lastreado na Lei Concursal de 1877 e na Lei de Convênio Preventivo de 1935, não era suficiente para resolver as questões que vinham surgindo. Dentre elas, Schmidt cita o fato de que, mais de 75% dos procedimentos falimentares não chegavam a ser instaurados, eis que os ativos do devedor eram todos entregues em benefício dos credores com garantia real, credores trabalhistas e fisco, não havendo qualquer remanescente para os demais credores. Cita, ainda, que como os Tribunais vinham atribuindo responsabilidade de administrador aos síndicos das massas falidas, havia dificuldades de detectar interessados em assumir as funções. Com essas dificuldades, entre outras, havia premência na reforma da legislação concursal.<sup>154</sup>

Feita a reforma, foi ela **estruturada** diferentemente da forma anterior, em que a opção entre o *convênio preventivo* ou o *procedimento concursal* se dava no momento inicial da solicitação. Na lei atual, há uma única entrada, que pode levar ao saneamento da empresa, ou à sua liquidação. Com isso se evita a demora no procedimento inicial, o que pode ser fatal em caso de crise na empresa. Assim, inicia-se o procedimento de qualquer forma com o pedido, para depois poder se avaliar qual a melhor solução a aplicar: saneamento ou liquidação.

Quanto aos **objetivos** do procedimento concursal, Schmidt, que foi um dos responsáveis pelo projeto aprovado, diz que o artigo 1.º continua indicando que o principal objetivo é a satisfação dos credores. No entanto, entende que satisfazer aos credores pode ter dois caminhos: (a) executar o patrimônio do devedor e, na continuação, repartir o resultado; (b) adotar um plano de insolvência, com o fim

---

<sup>154</sup>SCHMIDT, op. cit., p.20.

específico de sanear a empresa do devedor. Entende que essas duas opções têm o mesmo peso.<sup>155</sup>

Dentro dessa perspectiva, aponta ainda para o tratamento isonômico dos credores, dizendo que foram derogados os benefícios que tinham a fazenda pública e os trabalhadores, bem como as garantias reais, para que todos tivessem a mesma perspectiva de recebimento, se adotado o concurso de credores.

No entanto, em caso de trespasse de estabelecimento empresarial, os credores trabalhistas têm vantagens em relação aos demais credores, eis que os contratos de trabalho são cedidos junto com o mesmo, de tal sorte que seus direitos, dali emergentes, são mantidos em relação ao adquirente.

Quanto aos **planos de insolvência** (Insolvenzplan), Schmidt afirma que o legislador alemão inspirou-se no *Chapter 11* do *Bankruptcy Code* dos Estados Unidos da América. Desta forma, são respeitadas as igualdades e as desigualdades das partes, promovendo-se votações em separado para cada classe, bem como para todas as classes envolvidas.

Considerou-se, especialmente, a proibição de obstrução, prevista no artigo 245 InsO, tendente a reduzir o potencial *chantagista* dos credores que pudessem se sentir na condição de fiéis da balança. Para tanto, podem ser aprovados os planos, ainda que não tenham obtido maioria, se: (a) a posição dos credores desse grupo não seja pior do que se não se aprovasse o plano; (b) os credores desse grupo obtenham uma razoável satisfação econômica; e (c) a maioria dos grupos tenha aprovado o plano.<sup>156</sup>

Tais planos, após aprovados, para sua eficácia, dependem da homologação pelo tribunal. Como estabelecido pelo legislador, eles podem ter um conteúdo muito variado. Fala o já citado doutrinador, da possibilidade de implementação de qualquer

---

<sup>155</sup>SCHMIDT, op. cit., p.26.

<sup>156</sup>SCHMIDT, op. cit., p.30.



medida de saneamento, desde que aprovada pelo tribunal. Como exemplo, cita implementação de planos que digam respeito à redução ou perdão de dívidas, bem como a alterações nas estruturas societárias. Diz, mais, ser possível estabelecer ambas as situações no mesmo caso. Por fim, ainda que o procedimento de concurso já se tenha iniciado, explica, é possível implementar o saneamento.<sup>157</sup>

Como visto, o legislador alemão não chegou a detalhes como o brasileiro, no que diz respeito a conteúdo dos planos de recuperação, mas, em face da abertura franqueada, é possível prever que o saneamento se dê por meio de medida similar àquela proposta no inciso XVI, do art. 50 da LRE.

#### 1.3.4 As Alterações da Lei Italiana de 1942

Pajardi já alertava que, nos anos 70, em face das crises sofridas pelo Estado e que acabavam se transferindo às empresas, iniciava-se uma fase de reestruturação legislativa, não só na Itália, como em todos os países industrializados.<sup>158</sup>

Falando dessa crise, outro ícone da doutrina jurídico-empresarial italiana, Francesco Galgano, diz que é ela motivo de **alarme social**, por vários aspectos. Um primeiro motivo seria a incapacidade de pagamento aos credores. Considerando que as empresas vivem do crédito dos seus fornecedores, sua crise acarreta a de seus fornecedores, que não conseguem receber por inteiro aquilo que puseram à disposição do devedor. Um segundo motivo é o descompasso que a crise acarreta nos postos de trabalho. Este, enquanto o primeiro é um motivo de alarme social que vem de longo tempo, seria um motivo mais recente, eis que a crise de empregabilidade é bastante atual. O terceiro motivo de alarme, compreendendo os dois primeiros, está na repercussão econômica que a crise empresarial pode acarretar.<sup>159</sup>

---

<sup>157</sup>SCHMIDT, op. cit., p.32.

<sup>158</sup>Conforme transcrição feita no item 1.3.4.

<sup>159</sup>GALGANO, **I contratti di impresa...**, op. cit., p.99.

Em razão desses problemas, já dizia o professor italiano, na década de 1980, que a tendência mais moderna, ao invés de admitir-se simplesmente a insolvência, era a de sanear a empresa por meio de novos instrumentos jurídicos e econômicos. E esses novos instrumentos tinham por escopo uma tendência generalizada de "socialização" do risco de empresa, que seria "*le note dominanti dell'economia capitalistica contemporanea*", decorrente da fórmula chamada de "*Capitalismo assistito*".<sup>160</sup>

Em uma primeira tentativa de resolver o problema social criado pela crise das empresas, especialmente daquelas de grande porte e de grande influência na sociedade onde atuam, foi estabelecido um procedimento concursal substitutivo da lei falimentar, denominado de "*liquidazione coatta amministrativa*". Aplica-se tal procedimento para empresas que tenham *importância para a coletividade*, especialmente bancos, sociedades seguradoras, sociedades cooperativas etc. (art. 194 e segs.)

Nesse procedimento, o legislador ainda não tinha por objetivo o saneamento empresarial, mas, antes disso e com prevalência ao pagamento dos credores e seu tratamento isonômico, tinha por escopo o "*preminente interesse pubblico, di eliminare dal mercato l'impresa dissestata*".<sup>161</sup>

Em 1978, com a mudança produzida na Lei de Falências de 1942, introduziu, o legislador italiano, a primeira novidade em termos de saneamento de empresas<sup>162</sup>. Trata-se da "**administração controlada**", que tem por pressuposto a dificuldade temporária do devedor de adimplir suas obrigações (art. 187). Ou seja, o devedor, ao requerer ao tribunal o procedimento, deve comprovar que sua dificuldade é

---

<sup>160</sup>GALGANO, I **contratti di impresa**..., op. cit., p.100-101.

<sup>161</sup>GALGANO, I **contratti di impresa**..., op. cit., p.141.

<sup>162</sup>Para além da concordata, que já era originalmente prevista no artigo 160 e seguintes da Lei.

temporária e que o tempo máximo de que precisa para resolver seus problemas é de dois anos (prazo máximo do procedimento).<sup>163</sup>

Consiste, a administração controlada, em uma multiplicação, temporária, dos órgãos da empresa, os quais são agregados com órgãos judiciais. O exercício da empresa e dos seus bens é do empresário ou do administrador da sociedade. No entanto, é nomeado um *comissário judicial*, com funções de supervisão dos atos do devedor, bem como um *juiz delegado*, com funções de direção do processo.

O processo, em essência, está calcado em duas bases: a moratória concedida ao devedor, pelo prazo de dois anos; e o controle judiciário sobre a administração. A cada dois meses são apresentados relatórios da administração do devedor que, se não andar bem, pode ser substituída, ou decretada a falência.

Tal instituto, segundo Pajardi, está no "vértice" da atual tendência publicística que impregna a recuperação da empresa em crise. Tendência que coloca a empresa como centro de imputação de uma pluralidade de interesses, *"tra i quali assumono il ruolo di protagonisti assoluti la tutela dell'organizzazione aziendale e la tutela dei lavoratori"*.<sup>164</sup>

No entanto, apesar dos elogios ao instituto, Pajardi comenta que, de fato, o mesmo não teve êxito. Segundo o referido professor, os operadores utilizavam-no somente quando a empresa já estivesse em crise irreversível, em uma espécie de *morte anunciada*. Há, na prática, uma sucessão cronológica: administração controlada, concordata preventiva, declaração de falência.<sup>165</sup> Por isso, o direito italiano continuou buscando soluções adequadas para a crise das empresas e para o problema do *alarme social*.

---

<sup>163</sup>GALGANO, *I contratti di impresa...*, op. cit., p.146.

<sup>164</sup>PAJARDI, op. cit., p.137.

<sup>165</sup>PAJARDI, op. cit., p.136.

Nesse contexto, foi promulgada a Lei n.º 95, de 1979, com o objetivo de promover o "*risanamento programmato dell'impresa*". O pressuposto subjetivo para fazer jus a essa recuperação, no entanto, é bastante restrito. Trata-se de procedimento destinado a sanear o estado de insolvência de sociedades de capital, que tenham débitos junto a bancos, cuja origem dos recursos seja dinheiro público.

Nesses casos, são nomeados de um a três *comissários*, cuja função é formar um programa de recuperação que deve ser aprovado e autorizado pelo Banco d'Italia.<sup>166</sup>

Ao lado desses procedimentos concursais de recuperação de empresas, o direito italiano dispõe, ainda, da **concordata preventiva**, que foi objeto de recente reforma, mediante o Decreto-lei n.º 35, de 2005, aprovado em 11 de março de 2005, sendo promulgada a Lei n.º 80, de 14 de maio de 2005. Referida Lei reescreveu as normas ditas nos artigos 160, 161, 163, 171 e 181, todos da Lei de Falências de 1942. A partir daí, passou a se chamar, o capítulo legal que trata do tema, de "*Del Concordato Preventivo e Degli Accordi di Ristrutturazione*". Fica claro, portanto, que a reestruturação passa a ser preocupação específica do legislador.

Segundo Domenico Posca, é possível a concordata em todos os casos em que esta possa ser vantajosa aos credores, e se dá mediante um acordo de reestruturação a ser homologado em juízo.<sup>167</sup>

Os modelos de recuperação não são restritos e estão delineados, exemplificativamente, pelo legislador, no artigo 160, que assim estabelece:

---

<sup>166</sup>GALGANO, I *contratti di impresa*..., op. cit., p.147-148.

<sup>167</sup>POSCA, Domenico. **Prime riflessioni sulle principali novità in materia fallimentare introdotte dal D.L. 35/05**. Nápoles, 2005Disponível em: <<http://www.ilfallimento.it/dottrina>>. Acesso em: NOV. 2005. p.13.

*L'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere: a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito; b) l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato a un assuntore; **possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate a essere attribuite ai creditori per effetto del concordato**; c) la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei; d) trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse. (grifo nosso)*

Esse caráter aberto do plano de saneamento, o qual vem sendo adotado pela maioria das legislações que tratam do tema, é positivo, permitindo aos devedores, em conjunto com os credores, estabelecerem um plano suficientemente adequado para resolver a situação de crise da empresa.

Na alínea *b* do artigo 160 pode-se reconhecer, de certa forma, situação similar àquela prevista pelo legislador brasileiro, que permite a transferência dos ativos do devedor à sociedade constituída pelos credores. Certamente essa hipótese deve levar em conta os direitos e interesses dos demais credores, bem como do fisco, o qual deve, nos termos do artigo 182-ter, receber tratamento isonômico em relação aos credores com mesma classificação.<sup>168</sup>

Portanto, apesar de não ter havido, na Itália, uma verdadeira reforma na legislação falimentar, o que é constatado com certo inconformismo por Posca<sup>169</sup>, com as alterações havidas, obteve-se a tão esperada legislação que admite a reestruturação da empresa em crise.

---

<sup>168</sup>No direito italiano, os tributos não são todos da mesma classe, existindo, inclusive aqueles quirografários. Isto fica claro no mencionado dispositivo legal.

<sup>169</sup>POSCA, op. cit., p.03.

### 1.3.5 O "Direito Concursal" Espanhol

Entre as leis recentemente reformadas, encontra-se a espanhola. Sua reforma, no entanto, ao contrário do que foi dito para as demais legislações europeias, não veio baseada em critérios ideológicos, mas sim em necessidades materiais de harmonização legislativa.

Extrai-se da exposição de motivos, publicada com a Lei Concursal (22/3003, de 9 de julho), o seguinte excerto:

*El arcaísmo y la dispersión de las normas vigentes en esta materia son defectos que derivan de la codificación española del siglo xix, estructurada sobre la base de la dualidad de códigos de derecho privado, civil y de comercio, y de la regulación separada de la materia procesal respecto de la sustantiva, en una Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero también contribuye a aumentar esos defectos y a dificultar la correcta composición del sistema la multiplicidad de procedimientos concursales...*<sup>170</sup>

Provavelmente em função dessa outra natureza ou orientação legal, é que o objetivo declarado pelo legislador, para o concurso<sup>171</sup>, é "*la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso*". Mesmo quando trata do *convênio*, que é, dentro da lei, a categoria específica para a recuperação da empresa, o objetivo maior é ainda a satisfação dos credores.<sup>172</sup> Segundo Juana Pulgar Ezquerria, essa orientação é advinda do modelo seguido pela legislação espanhola, que está mais vincado aos ordenamentos de origem anglo-saxão (EUA, Inglaterra e, especialmente, Alemanha), onde os interesses privados dos credores são mais relevantes que o interesse na conservação, contrariando o modelo dos ordenamentos jurídicos latinos

---

<sup>170</sup>In *Civitas Biblioteca de Legislación – Código de Comercio y Leyes Complementares*, p.1744.

<sup>171</sup>A expressão "concurso", segundo a exposição de motivos, é utilizada tanto para o *convênio* como para a liquidação. Tal expressão já está enraizada na Jurisprudência espanhola, para significar procedimentos falimentares, segundo o legislador.

<sup>172</sup>Nesse sentido, ver Juana Pulgar Ezquerria (op. cit., p.437).

(França, Itália e Portugal), nos quais o valor manutenção da empresa vem em primeiro lugar.<sup>173</sup>

Assim, naturalmente o olhar analítico sobre a legislação espanhola deve absorver esse sentido, diverso, por exemplo, do objetivo desenhado na legislação brasileira, que sempre focalizou a questão da função social. Portanto, na aplicação da lei, os princípios norteadores serão diferentes.

De qualquer sorte, voltando à análise do *convênio* e suas formas, cabe antes aclarar que o legislador espanhol entende, como Mauro R. Penteadó, que a natureza jurídica do convênio é de negócio jurídico. Em sua exposição de motivos, o referido legislador define-o da seguinte maneira: *"El convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud."*<sup>174</sup>

Por isso, tendo essa natureza jurídica, há liberdade para promover o convênio, tendo a lei regulado aqueles que sejam judiciais, deixando à margem os convênios extrajudiciais. Por outro lado, só se admite a modalidade de convênio solutório, isto é, dentro do concurso declarado, não se concebendo o convênio preventivo. O modelo, aqui, ajusta-se com aquele referenciado na legislação alemã, em que se inicia pelo processamento do concurso e, após, faz-se a opção entre o concurso e a liquidação.

Sobre a proposta de convênio, merecem destaque os incisos 2 e 3 do artigo 100 da Lei espanhola:

2. *La propuesta de convenio podrá contener, además, proposiciones alternativas para todos os acreedores e para los de una o varias clases, incluidas las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos.*

---

<sup>173</sup>EZQUERRA, op. cit., p.437.

<sup>174</sup>In *Civitas Biblioteca de Legislación – Código de Comercio y Leyes Complementares*, p.1755.

*También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada. Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio. En todos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores.*

3. *En ningún caso la propuesta podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de clasificación de créditos establecida por la Ley, ni de cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de posibilidad de fusión o escisión de la persona jurídica concursada, y sin perjuicio asimismo de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 5 de este artículo.*

Se, de um lado, o inciso 2, do artigo 100, estabelece alternativas aos devedores em crise, de negociarem e comporem com seus credores os seus débitos, de forma aberta e exemplificativa, dentro dos modelos modernos de recuperação, nos quais o legislador opta por não trabalhar com critérios rígidos, de outro, o inciso 3 acaba por criar certas restrições, que são bem típicas da lógica impregnada no exercício de proteção aos credores.

No inciso 2 permite-se a transferência de bens a terceiros, desde que não sejam credores e que assumam a posição de devedores, para que paguem os débitos do devedor originário. No inciso 3 obsta-se a dação em pagamento, o que, certamente, excluiria a possibilidade de transmitir ao credor/receptor a obrigação pelos demais encargos e dívidas do devedor.

Aparentemente, com tal alternativa, o legislador atingiria os dois objetivos: (1) os interesses de todos os credores e (2) a continuidade da atividade empresarial. No entanto, não é possível compreender por que o legislador não permite aos próprios credores darem continuidade às atividades empresariais, mediante o recebimento dos ativos do devedor para pagamento das dívidas. Isto especialmente nos casos em que o concurso diga respeito a devedor empresário.<sup>175</sup>

---

<sup>175</sup>Lembrando que o Direito Concursal Espanhol aplica-se a qualquer classe de devedores.



A professora Ezquerra concorda que essa não é uma norma muito clara da legislação concursal espanhola, afirmando que o legislador foi muito prolixo na regulação do conteúdo dos convênios, "*limitando excesivamente la autonomía de la voluntad de las partes, dificultando con ello la conclusión de um convenio y la pretendida finalidad prioritariamente conservativa del concurso*".<sup>176</sup>

Concluindo o raciocínio, diz que a norma não é muito lógica, pois não cumpre seu mister teleológico. Na condição de norma estabelecida para o convênio, e não para a liquidação, deveria ser mais aberta, eis que, em muitos casos, o devedor não consegue dar conta de continuar a sua empresa, sendo isto possível somente por intermédio de terceiros que queiram assumi-la, mantendo sua atividade. Nestes casos, o terceiro pode ser, inclusive, credor. Assim, este critério de moralização, contido na norma, que veda a transferência dos bens a terceiros, poderia ser alcançado de outras formas, sem prejudicar o fim maior, que é o convênio e a continuidade da atividade.<sup>177</sup>

No entanto, como ficou posta a norma espanhola, há impossibilidade de se imaginar a solução adotada pelo legislador brasileiro e objeto deste trabalho, naquele país. Ou seja, não se pode pensar em criar uma SPE, para que os credores possam receber os ativos do devedor, no direito concursal espanhol, por expressa vedação legal.

### 1.3.6 A Legislação Portuguesa

O Código de Insolvência e Recuperação de Empresas Português foi aprovado pelo Decreto-lei n.º 53/2004, de 18 de março, alterando a legislação de 1996.

---

<sup>176</sup>EZQUERRA, op. cit., p.450.

<sup>177</sup>EZQUERRA, op. cit., p.450.

Sobre a nova legislação o Conselho de Ministros emitiu o Comunicado de 03 de dezembro de 2003, no qual se encontram as metas da reforma, entre elas, para o nosso estudo, devem ser ressaltadas as seguintes:

2. Tornar mais rápido o processo de insolvência quando não há recuperação, diminuindo o tempo de pendência e permitindo, desta forma, não só uma mais rápida satisfação dos credores como, sempre que possível, uma célere mudança na titularidade das unidades produtivas envolvidas.
3. Assegurar que os processos se iniciam atempadamente, fazendo com que a apresentação da empresa à insolvência ocorra em momento adequado, de forma a tutelar os interesses dos credores e a permitir uma eventual viabilização económica.
4. Criar condições para que haja efectivamente recuperação das empresas com viabilidade económica, impedindo, todavia, que este processo sirva para manutenção de situações de concorrência desleal ou perpetuação da má gestão das respectivas unidades produtivas.
5. Adequar o Direito nacional às exigências comunitárias e harmonizar a legislação falimentar com as disposições do novo Código do Trabalho.<sup>178</sup>

A partir dessa alteração, a legislação portuguesa voltou a priorizar o direito dos credores. Esta dedução é decorrência da interpretação puramente gramatical que se faça do artigo 1.º da Lei, que define *insolvência* nos seguintes termos:

*O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a liquidação do património de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores, ou a satisfação destes pela forma prevista num plano de insolvência, que nomeadamente se baseie na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente.*

Houve o abandono da visão publicista da lei, em que a função social da empresa teria maior relevância, voltando-se ao estado de defesa do interesse do credor.

Naquela visão anterior, dada pela reforma de 1986, os trechos da exposição de motivos pinçados por Jorge Lobo deixam clara uma posição diferente. Nesse documento, o legislador estabelece o raciocínio de que a falência deve ficar "reservada, por regra, às empresas cuja situação seja realmente irremediável", dizendo que os processos de recuperação de empresas "Não se dirigem à satisfação exclusiva do interesse dos credores", porém à "salvação imediata da

---

<sup>178</sup>Obtido no endereço eletrônico: <[www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Governos/htm](http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Governos/htm)>.

empresa, tendo em vista não apenas a sua estrutura jurídica e econômica, mas, e principalmente, sua dimensão social".<sup>179</sup>

Naturalmente, essa defesa dos credores assume, modernamente, outra forma, que não somente aquela de *liquidação do patrimônio e divisão entre os credores*, para poder recuperar o ente produtivo e este continuar a fornecer atividade no mercado. Em outras palavras, é a já mencionada forma de *reprodução do modo de produção capitalista*. Enquanto a empresa estiver ativa, melhor para seus credores, que continuarão, no mercado, a ser seus fornecedores e poderão, em algumas situações, receber seu crédito integralmente.

Relativamente ao processo em si, o artigo 198 possibilita a reestruturação societária, com aumento ou redução do capital social e até exclusão dos sócios, subscrição de capital social por terceiros (não sócios), sem direito de preferências. Contém, a Lei, ainda, a previsão de criação de nova ou novas sociedades para receberem total ou parcialmente os estabelecimentos da massa insolvente, desde que com a contrapartida inerente ao negócio (art. 199). Existe previsão de operação societária independente da vontade dos credores, convertendo seus créditos em participação na devedora ou em sociedade especialmente criada, conforme estabelece o artigo 203 da Lei. Para que isto ocorra, deve ter sido aprovado, previamente, o plano de reestruturação, o qual considerará, com certeza, o próprio interesse dos credores, como já dito.

Sendo assim, pode-se concluir que, no direito português, apesar do aspecto pró-credores assumido pela Lei após sua reforma, é possível encontrar medida de saneamento com características similares àquela contida no inciso XVI do artigo 50 da LRE.

---

<sup>179</sup>LOBO, **Direito...**, op. cit., p.185.

### 1.3.7 A Lei Argentina

Quanto ao direito argentino, foi ele objeto de reforma em 1995, mediante a Lei n.º 24.522, a qual introduziu o sistema de concurso naquele país. O referido diploma sofreu algumas adaptações, sendo a mais recente em 2002, pela Lei n.º 25.589.

Segundo essa Lei, o concurso é facultado a pessoas físicas ou jurídicas, bem como àquelas das quais participe o Estado como sócio (art. 2.º, Lei n.º 24.522, de 1995). Nele, o credor requer a abertura do procedimento e o juiz, verificando que o pedido está em ordem, manda processá-lo, determinando que o devedor apresente propostas aos credores.

Tais propostas podem consistir em:

*quita, espera o ambas; entrega de bienes a los acreedores; constitución de sociedad con los acreedores quirografarios, en la que éstos tengan calidad de socios; reorganización de la sociedad deudora; administración de todos o parte de los bienes en interés de los acreedores; emisión de obligaciones negociables o debentures; emisión de bonos convertibles en acciones; constitución de garantías sobre bienes de terceros; cesión de acciones de otras sociedades; capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada, o en cualquier otro acuerdo que se obtenga con conformidad suficiente dentro de cada categoría, y en relación con el total de los acreedores a los cuales se les formulará propuesta. (art. 43, com a redação que lhe deu a Lei n.º 25.589, de 2002.)*

Essas propostas podem ser formuladas aos credores quirografários, ou a outras classes de credores, aos quais a lei designa de privilegiados. Para a aprovação do plano, depende de anuência de dois terços do total dos créditos e de cada classe em particular. Pode o devedor formular a proposta aos privilegiados, sem condicionar a sua aceitação. Nestes casos, ainda que estes não aceitem o concurso, não será declarada a quebra. No entanto, quanto aos quirografários, a oferta não poderá ser condicional e, se dois terços deles não aceitarem, a quebra será declarada.

Em se tratando de pedido de concurso formulado por sociedade limitada, sociedade anônima, sociedade cooperativa e naquelas em que o Estado participe como sócio, o juiz não decretará de pronto a quebra se os credores não aceitarem a

proposta, mandando previamente ouvir os credores para saber se há algum deles interessados em adquirir a empresa, mediante a aquisição das quotas ou ações do capital social da sociedade devedora. Se houver interessados, estes deverão apresentar proposta de composição dos débitos da sociedade aos demais credores, que serão ouvidos para esse fim.

Percebe-se, nesse particular, uma tendência similar àquela exposta por F. K. Comparato, e de certa forma adotada na legislação italiana, de focalizar o interesse social nas empresas de maior importância econômica, já que, apesar do procedimento de concurso ser facultado a todas as pessoas jurídicas e físicas, só as economicamente mais importantes são apanhadas por esse procedimento especial, estabelecido no artigo 48 da Ley Concursos y Quiebras.

Por outro lado, retornando à questão dos meios de recuperação de empresa selecionados pelo legislador argentino, que passam pelas propostas feitas pelo devedor e, neste último caso, pela proposta feita pelo próprio credor, pode-se dizer que há, no direito argentino, hipótese similar à do direito brasileiro, de solucionar o problema de dificuldades do devedor, pela transferência de ativos aos credores, que constituirão uma SPE para recepcioná-los. Pode-se dizer que essa hipótese se encaixaria dentro da "*entrega de bienes a los acreedores*" e/ou "*constitución de sociedad con los acreedores quirografarios, en la que éstos tengan calidad de socios*".

### 1.3.8 A Lei de Concursos Mercantis do México

O Direito Concursal mexicano, aparentemente utilizando a mesma ideologia da Lei de Recuperação de Empresas brasileira, foi totalmente reformado em maio de 2000, introduzindo o conceito de *conservação da empresa* como sendo de *interesse público* (art. 1.º). Com a finalidade da preservação, o legislador mexicano visa, declaradamente, não só a empresa do devedor, mas também de todos aqueles que com ele se relacionam.

O concurso de credores foi separado em duas partes, ditas sucessivas: a conciliação e a quebra. A primeira, com o propósito de convênio entre o devedor e seus credores. A segunda, de venda da empresa e de suas unidades produtivas, para pagamento dos credores.

A abertura do concurso se dará por requerimento do próprio devedor, de seus credores ou do Ministério Público. O requisito material para abertura do concurso, é que estejam vencidas há mais de trinta dias pelo menos 35% de todas as obrigações do devedor, ou, alternativamente, que ele não tenha bens suficientes para responder por 80% de seus débitos (arts. 9 e 10). Nesse mesmo ato, se o requerimento houver sido feito pelo devedor, este poderá declarar que não tem condições de passar pela etapa da conciliação, reconhecendo, desde logo, sua quebra.

Declarado o concurso, inicia-se a fase de conciliação, a qual é marcada pela negociação entre devedor e seus credores. Nesta fase, salvo decisão judicial que afaste o administrador, o devedor continua na livre administração de seus negócios e bens, sob a supervisão de um *conciliador*. No entanto, se o *conciliador* entender prudente a paralisação das atividades da empresa, para diminuir os riscos dos credores, pode requerer ao juiz tal providência (art. 79).

A conciliação deverá ser feita no prazo de, até, 180 (cento e oitenta) dias, contados da data do início do processo de concurso. Tal prazo pode ser prorrogado por 90 (noventa) dias a requerimento dos credores e mais 90 (noventa) dias a requerimento do próprio devedor, em conjunto com 90% (noventa por cento) dos credores, não podendo, em qualquer dos casos, ultrapassar a trezentos e sessenta e cinco dias.

Nos termos dos artigos 152 e 153 da Lei mexicana, o convênio pode incluir negociação, para além dos credores comuns, com os trabalhadores e com o fisco. Em relação aos credores comuns, o percentual exigido de aceitação do convênio é de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento).

Ao contrário dos legisladores brasileiro e argentino, o mexicano não exemplificou as formas de convênio, só estabelecendo que se ela previr o aumento de capital social, os sócios terão direito de preferência no seu aporte. De resto, admitiu que as partes negociassem e chegassem ao melhor entendimento para atingir ao objetivo legal: a preservação da empresa.

### 1.3.9 Bolívia – Lei de Reestruturação Voluntária de Empresas

Como método alternativo àquele existente no Código de Comércio, foi sancionada em 04 de agosto de 2003, na Bolívia, a Lei de Reestruturação Voluntária de Empresas, sob número 2.495.

O legislador boliviano definiu, como "acordo de transação", *"o convênio em virtude do qual, o devedor e seus credores dirimem direitos de conteúdo patrimonial mediante concessões recíprocas e reconhecimentos mútuos conforme o procedimento e as maiorias estabelecidas n(a)esta Lei"*.<sup>180</sup>

Seguindo parcela da legislação estrangeira, para fins de estabelecer a forma desse *acordo de transação*, adotou o sistema de disponibilizar elenco exemplificativo, deixando claro, no entanto, que quaisquer matérias que os devedores e credores achassem necessárias contratar, para reestruturar a empresa, seriam permitidas.

O procedimento é de caráter não judicial. Tem início com o de requerimento formulado pelo devedor à Superintendência de Empresas, entidade autárquica pertencente ao Sistema de Regulação Financeira do Governo, o qual, se aceito, acarretará a suspensão de todos os processos judiciais, administrativos e arbitrais de e contra o devedor, relacionados a conteúdo patrimonial, pelo prazo de 90 (noventa) dias. Esse prazo não caracterizará moratória e poderá ser prorrogado, por mais uma vez, a requerimento da Junta de Credores (art. 6.º).

---

<sup>180</sup>Tradução livre (art. 1.º).

O Superintendente de Empresas nomeará um Síndico de Reestruturação, que terá, entre outras, a função de convocar e presidir a Junta de Credores, impulsionar o procedimento estabelecido na lei, avaliar o requerimento feito pelo devedor, bem como o plano de reestruturação, opinando sobre o mesmo e, sendo o caso, propondo alternativas.

A Junta de Credores, por seu turno, tem competência exclusiva e não derogável para tratar dos assuntos relativos à reestruturação, delas não participando os trabalhadores, o Estado e os credores com créditos vinculados, assim definidos em lei (art. 13). Sendo competente para tratar desses assuntos, suas decisões são obrigatórias para o devedor e para os demais credores, sendo tomadas em assembléia convocada por seu presidente, que se instalará, em primeira convocação, com a presença de credores que representem a maioria absoluta dos créditos do devedor. Em segunda convocação, basta que haja presença de credores com créditos registrados na contabilidade do devedor. As deliberações serão vinculativas se adotadas por, pelo menos, dois terços dos presentes na assembléia, contados os votos de acordo com o valor do crédito (art. 15)

Sendo aprovado o *acordo de transação*, será ele lavrado e assinado pelo devedor e seus credores, bem como homologado pelo Superintendente de Empresas, constituindo, então, novação, tendo efeitos de coisa julgada, impedindo sua ulterior modificação, mesmo judicial.

Esse procedimento, portanto, não guarda similitude com o estabelecido no direito brasileiro, nem com a recuperação extrajudicial, eis que sua homologação se dá por órgão da administração pública, que não o Judiciário, sendo uma outra forma de reestruturação.



### 1.3.10 Chile – Lei n.º 20.073

Sem ter *ab rogado* a lei anterior, mas nela introduzindo modificações, o legislador chileno, mediante a Lei n.º 20073, de 29/11/2005, com entrada em vigor após 60 (sessenta) dias de sua publicação, alterou o regime do chamado convênio judicial preventivo.

Considerando-se que a lei base dessa alteração é de 1865, naturalmente a ideologia nela impregnada ainda é a de preservação dos interesses dos credores e não da preservação da empresa, na sua concepção mais moderna. De qualquer sorte, alguns dispositivos permitem, desde que haja concordância com os credores, que se dê efetividade ao princípio da continuidade da atividade produtiva.

Interessante assinalar, no sentido de proteção dos interesses dos credores, o conteúdo da norma da alínea "b", do artigo 174. Nesse dispositivo, há determinação para que o síndico, nomeado no início do processo, verifique as contas do devedor e avalie se o convênio é mais interessante para os credores do que a quebra do devedor. Se a quebra for mais eficaz para os créditos, essa será decretada, apesar do interesse que poderia decorrer da manutenção da empresa.

Nessa mesma linha de raciocínio, o pedido de convênio não suspenderá as ações contra o devedor, a realização do ativo, nem qualquer dos procedimentos dos credores (art. 177). Só haverá suspensão do pedido de falência e de execuções, se o requerimento de convênio venha, preventivamente, assinado pelo devedor e por, pelo menos, dois credores que representem mais de 50% (cinquenta por cento) do total do passivo.

Quanto à forma do convênio, estabeleceu o legislador a liberdade de escolha, desde que seja lícita, mas una para todos os credores.

Diante dessas constatações, verifica-se que o legislador chileno não foi muito ousado, no sentido de buscar métodos de recuperação de empresas. Poder-se-ia se dizer, em verdade, que a sua preocupação maior é a recuperação dos créditos.

## CAPÍTULO 2

### DIREITO SOCIETÁRIO

#### 2.1 DOS ENTES JURÍDICOS

Ao tratar dos entes<sup>181</sup> jurídicos reconhecidos pelo direito privado brasileiro, assim entendidos aqueles sujeitos de direito que se distinguem dos indivíduos que o constituíram, ou, para usar a expressão do direito português, "*peças colectivas*"<sup>182</sup>, o Código Civil Brasileiro expressamente reconheceu a existência das associações, das sociedades, das fundações, das organizações religiosas e dos partidos políticos. Para além desses entes, a Consolidação das Leis do Trabalho admitiu, em seu artigo 511, a existência e o funcionamento dos sindicatos, o que foi confirmado pela Constituição Federal de 1988. Poder-se-ia ainda citar as cooperativas, regidas pela Lei n.º 5.764, de 16 de dezembro de 1971, conquanto estejam elas inseridas no âmbito das sociedades, por expressa disposição legal, como estabelece o art. 3.º do referido diploma legal: "*Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de*

---

<sup>181</sup>O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 44, denominou tais entes de *peças jurídicas de direito privado*. No artigo seguinte o diploma estabelece, para a "*existência legal das peças jurídicas*", a necessidade da inscrição do ato constitutivo no registro que for próprio. A dedução lógica da análise desses dois dispositivos seria a de que, todos os entes mencionados no artigo 44 somente teriam existência legal se obtivessem a devida inscrição de seus atos constitutivos e, naturalmente, pudessem ser designados de peças jurídicas. No entanto, conforme estabelecido nos artigos 986 a 996 do mesmo diploma legal, é reconhecida a legalidade de sociedades organizadas sem a observância desse requisito. Estas, é verdade, não recebem a designação de peças jurídicas. Por isso, optou-se pela expressão "entes jurídicos" ao invés de peças jurídicas, pois há sociedades que, apesar de legalmente constituídas, não são peças jurídicas.

<sup>182</sup>"As *peças coletivas* são organizações constituídas por uma *colectividade de peças* ou por uma *massa de bens*, dirigidos à realização de interesses comuns ou colectivos, às quais a ordem jurídica atribui a personalidade jurídica. Trata-se de organizações integradas essencialmente por peças ou essencialmente por bens, que constituem centros autónomos de relações jurídicas – autónomos mesmo em relação aos seus membros ou às peças que actuam como seus órgãos." (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p.267).

*uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro*". Também o Código Civil de 2002, apesar de prever a ressalva de manutenção da regência das cooperativas pela lei que lhes é própria – art. 1.093 –, insere-as no capítulo específico das sociedades e as qualifica como *sociedades cooperativas* (Capítulo VII, Título II, Livro II, do CCB).

Tais entes, criados ou reconhecidos pelo direito privado, guardam características próprias, permitindo estabelecer seus traços distintivos, apesar de estarem todos dentro do arcabouço desse mesmo ramo do direito.

Quanto às associações, sociedades e fundações, o próprio Código Civil já estabelece quais seriam seus elementos característicos. Ou seja, tal Diploma estabelece o caráter de *discrimen* existente entre os entes jurídicos reconhecidos pela Lei. Os demais, ou a lei que lhes é própria define seu conteúdo, ou a doutrina, considerando seu objetivo, permite fixar seu âmbito de atuação.

Relevando e revelando os traços distintivos entre as associações, sociedades e fundações, passa-se ao próximo item do trabalho, sem que se analisem os sindicatos, as organizações religiosas e os partidos políticos, por não serem estes dotados das características próprias que permitam servir como referencial para o presente trabalho.

### 2.1.1 Das Associações

Conforme demonstrado acima, o legislador brasileiro de 2002 utilizou as expressões sociedade e associação, qualificando-as e classificando-as de modo distinto. No entanto, pode se dizer que nem sempre essa distinção impressionou nossos doutrinadores, no que diz respeito aos critérios que hoje são utilizados para balizar essas distinções. Na obra de Pontes de Miranda<sup>183</sup>, fica clara essa posição,

---

<sup>183</sup>MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. Tomo I. p.318-319.

pois, como diz o autor, "*As leis e a doutrina empregam as expressões 'associação' e 'sociedade', sem dar-lhes os conceitos (arts. 16, I, 22 e 23)*". E mais adiante: "*Nem as distinguiria o fim econômico ou não-econômico: há associações de fim não-econômico e associações de fim econômico; sociedades de fim econômico e sociedades de fins não econômicos*".

Usando os critérios do Código Civil de 1916, Washington de Barros Monteiro<sup>184</sup> parece discordar de Pontes de Miranda. Segundo o referido autor:

As sociedades civis subdividem-se em sociedades de fins econômicos e sociedades de fins não-econômicos. Nas primeiras, existe ordinariamente um capital, como nas comerciais, formado pela contribuição dos sócios; elas constituem-se para obtenção de lucro (como a formada para a exploração de uma fazenda), ou para a atenuação ou repartição de despesas (por exemplo, a sociedade de socorros mútuos).

Nas segundas, inexistente aquele propósito de ganho, ou este objetivo de coibir e diminuir perdas. Elas colimam exclusivamente interesses imateriais e seus matizes podem ser os mais diversos: religiosos, literários, científicos, artísticos, recreativos, beneficentes, desportivos, políticos, culturais...

(...)

As sociedades civis de fins não econômicos também se denominam associações e corporações. Elas não têm finalidade especulativa; propõem-se, não a proporcionar lucro a seus associados, mas a propiciar-lhes o gozo de bens imateriais ou espirituais, ou então visam a ser úteis e agradáveis.

Ainda, analisando a questão sob o enfoque do Código Civil de 1916, Waldemar Ferreira afirma que o legislador usou indistintamente as expressões associação e sociedade, não lhes definindo contornos distintos. No entanto, já naquela época, em termos de doutrina estrangeira, acentuava que se pronunciava a distinção que veio a ser adotada no Brasil em 2002. Após reconhecer que a lei francesa de 1.º de julho de 1901 definiu a associação como aquela em que "duas ou mais pessoas põem em comum, permanentemente, seus conhecimentos ou atividades para fim

---

<sup>184</sup>MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1980. 2.ª parte. p.302.

outro que não o da partilha de lucros"<sup>185</sup>, o doutrinador descreve o pensamento da doutrina alemã sobre a distinção entre esses entes:

...as sociedades propriamente ditas, definidas quase nos mesmos termos do art. 1363 do código civil brasileiro; as associações, de significado e intuítos inteiramente altruísticos ou extra pecuniários; e as cooperativas, de fins monetários, lucrativos, mas repassadas de superior sentimento coletivista.<sup>186</sup>

Por outro lado, para o direito português, segundo Vital Moreira, a associação é "uma entidade baseada numa colectividade de pessoas reunidas em função de um interesse comum".<sup>187</sup> O professor de Coimbra classifica essas entidades como corporativas, ou seja, decorrentes da reunião de pessoas, para distinguí-las das fundações, que se organizam a partir de um determinado patrimônio.

No direito italiano, a questão da partilha dos lucros, como forma de identificar a sociedade e diferenciá-la das associações, em que o fim altruístico é determinante, já era apontado por Navarrini e Faggella, em seus estudos acerca das sociedades e associações comerciais<sup>188</sup>. Neste caso, os autores utilizam a expressão *associação* em seu sentido mais geral de comunhão de pessoas e não no seu sentido técnico, atualmente empregado no direito brasileiro.

Ainda no direito italiano mais recente, interessa apontar a posição de Galgano<sup>189</sup>. Segundo o eminente professor, é de difícil afirmação a distinção entre sociedade e associação, eis que o legislador não definiu associação, tendo-o feito

---

<sup>185</sup>FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de direito comercial**. São Paulo: Freitas Bastos, 1947. v.1. p.277.

<sup>186</sup>FERREIRA, **Instituições...**, op. cit., p.277.

<sup>187</sup>MOREIRA, Vital. **Administração autônoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p.398.

<sup>188</sup>NAVARRINI, U.; FAGGELLA. G. **Das sociedades e das associações comerciais**. Trad. Valentina Borguerth Loehnefinke. Conferido com o original, revisto e anotado por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950. v.1, n.13.

<sup>189</sup>GALGANO, **Diritto...**, op. cit., p.17-22.

apenas em relação às sociedades. A definição de associação deve ser feita, então, em termos negativos.

Verificam-se os elementos colocados na lei para definir sociedade – exercício de atividade econômica e distribuição dos resultados entre os sócios – para se poder buscar a definição de associação.

Segundo ele, o elemento distintivo entre as duas formas ainda não está bem assentado na técnica jurídica. Na tentativa de encontrar essa distinção, apresenta duas fórmulas: (a) para haver associação, o grupo não deve exercitar tarefas definidas como "atividades econômicas"; (b) para haver associação, bastaria não haver distribuição dos resultados decorrentes da atividade econômica.

A jurisprudência italiana inclinou-se no sentido da solução (a), tendo permitido a falência de ente que explorava atividade econômica, ainda que não tivesse como objetivo a obtenção de lucro a ser distribuído entre os sócios.

Galgano<sup>190</sup> objeta essa orientação doutrinária de qualificar a associação pela não prática da atividade econômica. Segundo o autor, a associação pode ter atividade econômica, porque o fenômeno da empresa coletiva é maior que o fenômeno da empresa social. Desta sorte, se a falência vier a ser decretada, ela é decretada contra o empresário – neste caso coletivo – ainda que seja associativo, pois não importa mais o ente que explora a empresa e sim a atividade que se está a explorar. Trata-se de alteração de foco, sendo a distribuição dos resultados o grande balizador, para se distinguir entre a sociedade e a associação.

Voltando ao direito brasileiro contemporâneo, verifica-se que o artigo 53 do Código Civil conceituou associações como aqueles entes em que haja *"união de pessoas que se organizem para fins não econômicos"*.

Desse conceito, pode-se dizer que a questão que está por definir ou identificar a associação é o propósito com o qual as pessoas se reúnem em torno de uma determinada organização. Neste caso, poderiam ser considerados dois objetos:

---

<sup>190</sup>GALGANO, *Diritto...*, op. cit., p.17-22.

um imediato e outro mediato. O objeto imediato perseguido pelos sujeitos que se reuniram, seria a atividade organizada. O objeto mediato, neste caso, não poderia ser o fim econômico, mas outro qualquer, como o filantrópico, o religioso, o de lazer, enfim, não especulativo.

Além disso, pode-se dizer das associações, acompanhando Gonçalves Neto, que elas só podem se constituir com pluralidade de pessoas<sup>191</sup>. É que, além de existir a previsão expressa do artigo 53 do CCB, da necessidade de união de pessoas, inexistente qualquer exceção a essa regra na legislação em vigor. Portanto, a caracterização das associações, no direito brasileiro hodierno, seria feita por meio desses dois pontos principais: a) a reunião de duas ou mais pessoas; b) com objetivos não especulativos.

### 2.1.2 Das Fundações

Quanto às fundações, o legislador, apesar de ter estabelecido todos os seus requisitos específicos, preferiu não definir o instituto. No Código Civil, criou um capítulo (III) próprio para elas, dentro do título Pessoas Jurídicas, disciplinando sua constituição e funcionamento nos artigos 62 a 69.

Criada a partir de destinação patrimonial feita pelo instituidor, não está ela vinculada à reunião de pessoas para sua constituição. Seu ato constitutivo, portanto, não é o contrato, mas um **ato complexo**, formado pelo ato de vontade do instituidor, **destinando o patrimônio**, seguido do ato formalizador daqueles a quem o instituidor incumbiu a aplicação do patrimônio, para o fim de elaboração do estatuto e, finalmente, a aprovação da autoridade competente.<sup>192</sup>

---

<sup>191</sup>GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário**. Curitiba: Juarez de Oliveira, 2004. p.12.

<sup>192</sup>Arts. 62 e 65 do CCB.

Segundo Gonçalves Neto<sup>193</sup>, o fato de ser criada por uma vontade única as aproximaria das sociedades unipessoais. Ocorre que, delas se diferenciam pelo fim obrigatoriamente altruístico das fundações, enquanto nas sociedades unipessoais o fim é de produção de lucros. Ao lado disso, nas fundações, para se alterar o estatuto, é necessária a deliberação de dois terços dos competentes para geri-la, com aprovação do representante do Ministério Público, enquanto nas sociedades unipessoais, vale a vontade isolada do sócio, já que a sociedade criada se mantém como seu *alter ego*.

Fundação e sociedade, portanto, não se confundem, podendo ser destacados como pontos fundamentais de distância entre os dois entes: a) a sociedade é criada pelo contrato entre duas ou mais pessoas<sup>194</sup>, enquanto a fundação é decorrência da dotação patrimonial feita pelo instituidor; b) a as sociedades possuem finalidade aberta, enquanto as fundações somente poderão ser constituídas para *fins religiosos, morais, culturais ou de assistência*<sup>195</sup>.

### 2.1.3 Das Sociedades

As sociedades encontram-se reguladas, atualmente, no Título II do Livro II (Do Direito de Empresa) do Código Civil Brasileiro. O artigo 981 da referida Lei cuidou de definir o instituto: "*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*".

No direito anterior, não havia definição de sociedades no Código Comercial e o Código Civil de 1916 a fazia nos seguintes termos: "*Celebram contrato de sociedade*

---

<sup>193</sup>GONÇALVES NETO, **Lições de direito societário**, op. cit., p.13-14.

<sup>194</sup>Sem se desconhecer a possibilidade das sociedades unipessoais originárias, designadas de subsidiária integral, regulada no artigo 252 da LSA.

<sup>195</sup>Art. 62, parág. único.



*as pessoas, que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns.*"<sup>196</sup>

Da análise comparativa entre esses dois dispositivos, verifica-se que essa duplicidade de aspectos vieram a se incorporar na definição de **sociedade: a economicidade da atividade e a necessidade de partilha dos resultados**.

Na lei anterior, nenhum desses dois elementos estava presente. Houve, nesse caso, aproximação das sociedades à definição que lhes emprestavam os estudiosos no âmbito do direito comercial. Rubens Requião, nas primeiras edições de seu "Curso de Direito Comercial", já expunha a diferença entre associação e sociedade, dizendo que esta designava a "*entidade constituída por várias pessoas, com objetivos econômicos*".<sup>197</sup> Para o Direito Comercial, a atividade econômica, portanto, já era imprescindível. Ao Direito Civil anterior, no entanto, esse requisito não impressionava, já que as sociedades civis por vezes eram confundidas com associações. Quanto à partilha dos resultados, relativamente ao Direito Comercial, era ela decorrente de expressa disposição legal<sup>198</sup>. A falta de partilha de resultados entre a totalidade dos sócios, era tida como causa de nulidade da sociedade.<sup>199</sup> Para o Direito Civil pretérito, como não havia o requisito do fim egoístico, nem a necessidade de aporte de capital pelos associados, não se obrigava à partilha de resultados.

Analisando as distinções entre associação e sociedade, colocando aquela na condição de gênero de que esta seria espécie, Brunetti destaca, no direito italiano, essas

---

<sup>196</sup>Art. 1363 do CCB/1916.

<sup>197</sup>REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. Curitiba: Saraiva, 1972. p.212.

<sup>198</sup>Art. 288 do Código Comercial: "*É nula a sociedade ou companhia em que se estipular que a totalidade dos lucros pertença a um só dos associados, ou em que algum seja excluído...*"

<sup>199</sup>Nesses casos a sociedade era designada pela doutrina de *sociedade leonina*.

duas características – também destacadas no direito brasileiro – como essenciais para a identificação desta última: objetivo econômico e partilha dos resultados.<sup>200</sup>

Promovida a alteração legislativa, com a unificação do direito que o legislador chamou de "Pessoas Jurídicas" e "Direito de Empresa", a distinção entre associação e sociedade ficou mais clara, não sob o aspecto do gênero para a espécie, mas de duas espécies de entes separados pelos objetivos perseguidos por seus sócios ou associados.

Nesse contexto, contrariando entendimento de Atila de Souza Leão Andrade Jr., o Professor Alfredo de Assis Gonçalves Neto ressalta que as "associações e as fundações... não podem ser classificadas como espécies de sociedade, possuindo, inclusive, regramento distinto".<sup>201</sup>

## 2.2 DO ATO CONSTITUTIVO DAS SOCIEDADES

Considerando a metodologia empregada neste trabalho, importa apresentar algumas definições e, também, as estruturas que serão adotadas a respeito do ato constitutivo das sociedades.

Diversas teorias procuram desvendar a natureza jurídica do ato constitutivo das sociedades.

Lecionando sobre o assunto, Rubens Requião<sup>202</sup> afirma existirem **teorias anticontratualistas e teorias contratualistas**. Cita, entre as primeiras, a do "Ato

---

<sup>200</sup>"La società sta all'associazione come la specie al genere. La nozione di associazione è però vastissima abbracciando ogni unione volontaria, duratura e organizzata, de persone che mettono le loro forze in comune per conseguire uno scopo determinato. In senso lato i due concetti potrebbero dire equivalenti ma la tecnica giuridica há fatto della società un tipo a sè qualificato da uno scopo economico più intenso, quanto basta per distaccarlo da quello dell'associazione, dappoichè l'economicità è contraddistinta dalla volontà di spartire un guadagno conseguito com mezzi associati." (BRUNETTI, op. cit., p.1).

<sup>201</sup>GONÇALVES NETO, **Lições de direito societário**, op. cit., p.44, nota de rodapé n.67.

<sup>202</sup>REQUIÃO, **Curso de direito comercial**, 1972, op. cit., capítulo XII.

Coletivo" e a do "Ato Complexo". Naquela, haveria uma pluralidade de vontades, originadas dos declarantes, que, unidas, formariam a sociedade, mas que seriam absolutamente perceptíveis em sua individualidade. Nesta, ao contrário, haveria uma fusão das vontades dos declarantes, de tal sorte que surgiria uma vontade unitária.

Segundo Tullio Ascarelli, o ato complexo se diferencia do contrato eis que, no primeiro, "as partes apresentam-se animadas por idêntico interesse"<sup>203</sup>, enquanto, no segundo, elas têm interesses contrapostos. Nas sociedades, basicamente em sua constituição, as partes têm interesses antagônicos, exatamente como nos contratos. Todavia, uma vez constituída a sociedade, existe uma finalidade comum a animar todos os sócios<sup>204</sup>. Esse conflito de interesses entre os sócios é que permite falar em contrato e excluir o ato complexo. Em relação a este, é possível identificar diversas pessoas, mas uma única parte.

Fala, ainda, Requião, da Teoria do Ato Corporativo, defendida por Von Gierke, para quem as vontades individuais dos declarantes não têm interesse jurídico, visto que somente a união dessas declarações é que têm existência e valor jurídico. E a esta união é que se denomina ato corporativo. Para esta doutrina, da constituição da sociedade surge uma nova pessoa jurídica. "Chega-se a ver, na constituição do novo sujeito jurídico, um ato de natureza especial, unilateral, de fundação."<sup>205</sup>

Essa superestimação do valor da constituição da pessoa jurídica é criticada por Ascarelli, já que várias sociedades podem ser criadas sem constituir pessoa jurídica. Ao invés dessa criação, poder-se-ia cogitar, então, de separação patrimonial. Ocorre que, como a personificação, a separação patrimonial é uma consequência

---

<sup>203</sup>ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva, 1969. p.258.

<sup>204</sup>Não é negada a existência de fins diversos visados pelos sócios durante a vida em sociedade, como ocorre com os acionistas empresários, especuladores e poupadores.

<sup>205</sup>Apud ASCARELLI, **Problemas...**, op. cit., p.261.

particular decorrente da ordem jurídica. Portanto, pode a sociedade ser criada sem que se observe a sua personificação ou a separação patrimonial.

Pessoa jurídica e patrimônio separado são técnicas de disciplina da responsabilidade dos sócios pelos atos praticados pela sociedade. Não podem explicar, portanto, a natureza jurídica do ato constitutivo, como leciona Ascarelli.

Há que se mencionar, ainda, a teoria eclética. Defendida por Salandra, esta doutrina "vê na constituição da sociedade ou um negócio jurídico, que seria, ao mesmo tempo, contrato enquanto se encaram as relações entre os sócios - e ato unilateral (de todos os sócios) enquanto se encaram as relações para com terceiros; ou dois atos simultâneos (um contrato e um ato unilateral)"<sup>206</sup>. Critica Ascarelli a referida teoria, sob o argumento de que é inaceitável atribuir duas naturezas diversas a um único ato.

Lembrando Hauriou, Requião cita, ainda, a Teoria da Instituição. Essa instituição seria "uma organização social, estável em relação à ordem geral das coisas, cuja permanência é assegurada por um equilíbrio de forças ou por uma separação de poderes, e que constitui, por si mesma, um estado de direito".<sup>207</sup>

Em clara adoção dessa teoria, o representante do Ministério da Fazenda brasileiro fez constar na exposição de motivos 196, de 24 de junho de 1976, que tratou da futuramente aprovada Lei das Sociedades Anônimas, que a referida Lei seguiria seus rumos, como modelo de ato constitutivo deste tipo societário<sup>208</sup>.

Partindo do pressuposto de que em algumas sociedades, efetivamente, não se pode explicar o seu ato constitutivo como sendo um contrato, Fran Martins<sup>209</sup>

---

<sup>206</sup>Apud ASCARELLI, **Problemas...**, op. cit., p.264.

<sup>207</sup>REQUIÃO, **Curso de direito comercial**, v.1, op. cit., p.369.

<sup>208</sup>No item 5 da Exposição de Motivos, foi claramente estabelecido tal princípio, eis que, após descrever os objetivos do Projeto, o Ministro da Fazenda asseverou que esses objetivos constituíam a "base institucional das Sociedades Anônimas".

<sup>209</sup>MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p.210-211.

admite a teoria da instituição, em especial para as sociedades anônimas e para as sociedades unipessoais.

Explica que há sociedades em que as pessoas dos sócios têm interesse preponderante para a sua vida. Suas existências e capacidades são pontos fundamentais para a permanência do ente, que pode vir a se dissolver, se o sócio assim desejar ou se vier a morrer ou se tornar incapaz. Neste tipo de sociedade, normalmente para que o participante possa ceder suas quotas, depende de autorização dos demais, sob pena da ineficácia do ato.

No entanto, diz Martins, a tendência atual é de desvinculação da sociedade em relação aos seus sócios, aumentando sua autonomia. Com isso, tem-se permitido até a criação de sociedades por uma única pessoa. Nestes casos fica difícil conjecturar de contrato, eis que uma pessoa não pode contratar consigo mesma.

Diz o Autor que o ato constitutivo que explica o nascimento de sociedades unipessoais e sociedades anônimas, em que a pessoa dos sócios não tenha preponderância, é o ato institucional.

Hernani Estrella, por seu turno, entende que a teoria institucional, aplicada nas disciplinas das relações internas das sociedades anônimas<sup>210</sup>, faz aparecer um interesse superior da sociedade, como organismo dotado de vontade própria, contraposto ao interesse comum dos acionistas. "Em face, pois, da hierarquia daquela, estes teriam de sacrificar-se".<sup>211</sup>

A instituição seria um ato criador, no qual prevaleceria o "interesse coletivo" ou "superior", como salienta Jaeger.<sup>212</sup> O interesse coletivo deve constituir o substrato da empresa em si. O que caracterizaria este interesse coletivo seria a acentuação

---

<sup>210</sup>Nas relações entre os acionistas.

<sup>211</sup>ESTRELLA, Hernani. **Direito comercial (estudos)**. São Paulo: José Konfino, 1969. p.187.

<sup>212</sup>JAEGER, op. cit., p.25.

das obrigações de "transparência" e de "informações".<sup>213</sup> Instituir, portanto, não teria um caráter passivo, mas ativo, no sentido de criar, estabelecer, fundar, como esclarecem Hugot e Richard.<sup>214</sup>

Realmente, ao confessar que teria o Projeto de Lei das Sociedades Anônimas se filiado à teoria da instituição (como já dito), ressaltou, o então Ministro da Fazenda, na Exposição de Motivos, que o projeto assegurava ao acionista minoritário o respeito a regras definidas e eqüitativas. Afirmou, ainda, que à liberdade dos administradores corresponderiam regras estritas de responsabilidade, informações ao público, deveres de lealdade para com a comunidade e para com o país etc.

No entanto, todas essas teorias são criticadas por Requião<sup>215</sup>, sob o fundamento de que o ato constitutivo das sociedades é mesmo um contrato. E no direito pátrio, não se pode distanciar do pensamento do professor paranaense, pelo menos levando-se em consideração o direito posto, uma vez que a lei, ao definir o ato constitutivo das sociedades, o faz referindo-se a contrato. Nesse sentido, o artigo 981 do Código Civil, seguindo a mesma linha da Lei de 1916, estabelece: "*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.*"<sup>216</sup>

Sendo assim, já que a própria Lei estabelece que o ato constitutivo da sociedade é um contrato, resta saber qual a forma desse contrato.

Em primeiro lugar, considerando-se a consistência que tomaram as teorias contratualistas, é lícito dizer que, atualmente, não mais se discute se o contrato que

---

<sup>213</sup>JAEGER, op. cit., p.79.

<sup>214</sup>HUGOT, J.; RICHARD, J. **Les Sociétés Unipersonnelles**. Paris: LITEC, s.d. p.7, item 1.11.

<sup>215</sup>REQUIÃO, **Curso de direito comercial**, v.1, p.370.

<sup>216</sup>O mesmo se dá no direito italiano, pois o Código Civil, em seu artigo 2.247, define: "*Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili*". Até a adoção dessa posição pelo legislador italiano, muito se discutia acerca da natureza jurídica do ato constitutivo, como lembram Jaeger e Denozza (**Appunti di Diritto Commerciale – I – Impresa e Società**. Milão: Giuffrè, 1992. capítulo 1, n.2).

origina as sociedades seria bilateral. A não aceitação do ato como contrato bilateral<sup>217</sup> tomou bastante corpo<sup>218</sup>.

Em contraposição, ganhou força a teoria do contrato plurilateral, que consegue explicar uma série de nuances do ato constitutivo, as quais não podem ser explicadas pelo contrato bilateral. É o caso, por exemplo, da questão de participação de mais de duas partes e a possibilidade de uma delas descumprir o contrato, sem que isto, obrigatoriamente, tenha repercussão na vida da sociedade.

Tullio Ascarelli<sup>219</sup>, que tem o mérito de propor a teoria do contrato plurilateral como explicativo do ato de constituição das sociedades, estabelece os característicos formais dessa espécie de contratos. Dentre eles, podem-se citar: a) a possibilidade de participação de mais de duas partes; b) a existência de direitos e obrigações para todas as partes; c) a função instrumental do contrato<sup>220</sup>; d) o prazo caracterizado pela execução continuada do contrato; e) ao contrário do que ocorre nos demais contratos, no plurilateral as partes têm uma finalidade comum, como ocorre em relação ao lucro. A diferença pode ser quantitativa e não qualitativa; f) as prestações podem ter conteúdo diverso, sem que cada prestação tenha um conteúdo típico constante; g) inexistência de equivalência entre as prestações de cada parte. No contrato plurilateral cada parte pode contribuir com uma determinada prestação, sem que haja necessária equivalência nas prestações postas pelas partes; h) o vício de

---

<sup>217</sup>A tal ponto que o art. 2247 do Código civil italiano permitiu expressamente a participação de mais de duas partes.

<sup>218</sup>Navarrini e Faggella (op. cit., p.18), no entanto, afirmam que o ato constitutivo das sociedades é um contrato bilateral, porque existem antagonismos entre as partes.

<sup>219</sup>ASCARELLI, **Problemas...**, op. cit., p.255 e segs.

<sup>220</sup>Sobre a instrumentalidade do contrato plurilateral, Ascarelli diz que: "a função do contrato plurilateral não termina, quando executadas as obrigações das partes; a execução das obrigações das partes constitui a premissa para uma atividade ulterior; a realização desta constitui a finalidade do contrato; este consiste, em substância, na organização de várias partes em relação ao desenvolvimento de uma atividade ulterior" (**Problemas...**, op. cit., p.291, alínea g).

manifestação de vontade de uma das partes não vicia a constituição do contrato plurilateral. O vício só irá afetar a vontade da parte, mas não o contrato em sua totalidade.

O primeiro característico é explorado rapidamente por Ascarelli<sup>221</sup>, afirmando, no entanto, serem duas o mínimo de partes presentes no ato constitutivo. Quanto ao segundo característico, pode-se dizer que cada uma das partes não assume obrigações para com *uma* outra, mas para com *todas* as outras; igualmente, adquire direitos, não para com *uma* outra, mas para com *todas* as demais.

Dada a participação de várias partes, e tendo em vista a circunstância de que os interesses contrastantes delas devem ser unificados, afirma Ascarelli que os contratos plurilaterais aparecem como "contratos com comunhão de fim"<sup>222</sup>. Enfocando esta questão, Jaeger e Denozza deixam claro que, no entanto, em ao menos dois momentos existem conflitos de interesses entre as partes do contrato plurilateral: quando se conferem os bens ou serviços e quando da divisão dos lucros. Ocorre, no entanto, que ao lado desses conflitos existe a comunhão de interesses na realização de um objetivo comum.<sup>223</sup>

Outra questão importante a ser mencionada acerca do contrato plurilateral é sua peculiaridade quanto aos vícios de constituição. Em se tratando de contratos bilaterais, o vício de vontade de uma das partes constitui vício de todo o contrato. O mesmo não se verifica naquele.<sup>224</sup>

---

<sup>221</sup>ASCARELLI, **Problemas...**, op. cit., p.266.

<sup>222</sup>Explica Ascarelli que o fim ou escopo do contrato plurilateral é "o elemento 'comum', 'unificador' das várias adesões, e concorre para determinar o alcance dos direitos e dos deveres das partes".

<sup>223</sup>JAEGER e DENOZZA, op. cit., p.103 e segs.

<sup>224</sup>O artigo 1420 do Código Civil italiano estabelece expressamente que "*nei contratti con più di due parti, in cui le prestazioni di ciascuno sono dirette al conseguimento di uno scopo comune, la nullità che colpisce il vizio di una sola delle parti non importa nullità del contratto, salvo che la partecipazione di essa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale*";



Ainda característica do contrato de sociedade é a possibilidade da participação dos sócios não ser igualitária. No caso dos contratos bilaterais, ao contrário, é necessário que as partes tenham contribuições equivalentes. O que aparece como obrigatório (no ato associativo) é que todas as partes contribuam para a formação do chamado capital social<sup>225</sup>, mas tais contribuições não precisam ser, necessariamente, equivalentes.

A aceitação da teoria do contrato plurilateral confronta, em face da primeira característica apontada, com a admissibilidade da sociedade unipessoal, como já lecionavam Jaeger e Denozza.<sup>226</sup>

Para resolver essa questão, Calixto Salomão Filho propõe a adoção, em substituição à teoria do contrato plurilateral, da teoria do "contrato-organização".<sup>227</sup> Segundo essa teoria, a base da construção estaria na diferença entre os contratos associativos e os contratos de permuta. Para os contratos associativos, a função seria a criação de uma organização, enquanto para os contratos de permuta a função é a criação de direitos subjetivos. Organização, na concepção jurídica, "significa a coordenação da influência (jurídica) recíproca entre atos".<sup>228</sup>

Sendo assim, seria outorgada maior valorização à questão da organização do que aos interesses pessoais das partes envolvidas. Com esse raciocínio, Salomão Filho empresta a esse valor-organização importante contribuição, útil para a solução de

---

<sup>225</sup>Sob pena de se caracterizar o que vem sendo chamado de sociedade leonina.

<sup>226</sup>Os referidos doutrinadores anotam a necessidade de analisar a natureza do ato constitutivo das sociedades unipessoais (op. cit., n.5, capítulo I). Orientação similar adotou José Lamartine Corrêa de Oliveira (**A dupla crise da pessoa jurídica**. Curitiba: Saraiva, 1979. Capítulo V, 1.2, p.565), em relação às sociedades de pessoas, utilizando-se de um duplice fundamento: "o caráter contratual do ato jurídico de constituição e a fundamental rejeição, por nosso sistema jurídico, da possibilidade de existência de empresários individuais atuando com limitação de responsabilidade".

<sup>227</sup>SALOMÃO FILHO, **A sociedade...**, op. cit., p.57-61.

<sup>228</sup>SALOMÃO FILHO, **A sociedade...**, op. cit., p.58.

algumas questões que serão levantadas no capítulo principal desta tese, relacionada aos interesses dos sócios. A lição do professor paulista vai vazada nos seguintes termos:

A especificidade da causa do contrato de sociedade, a diferenciá-lo do sinalagma dos contratos de escambo, não está no fim comum (de lucro) a ser buscado, mas sim na criação de uma organização, apta a atribuir individualidade e perpetuidade ao patrimônio a esse fim destinado.<sup>229</sup>

Com a organização criada, identifica-se nela um interesse próprio de autopreservação, distinto dos interesses individuais dos sócios (lucro empresarial), o que lhe empresta estabilidade jurídica. Essa dialética entre os interesses da sociedade e dos sócios é que direciona a atividade social.

Pode-se afirmar, então, que essa organização se desprende da necessidade de análise dos interesses subjetivos que lhe dão suporte, razão pela qual seria aplicável tal teoria à formação das sociedades unipessoais. É que, se o contrato não é um ato de criação de direitos subjetivos para os sócios, "o interesse social não mais pode ser justificado exclusivamente a partir da conjugação de seus interesses". E continua Salomão, em sua perspectiva: "Existe outro interesse, definido em função da vontade da parte(s) e das disposições legislativas." A vontade do único sócio pode ser identificada no ato organizacional, independentemente da existência de uma outra vontade, permanente nesse mesmo e único sócio, da obtenção de resultados lucrativos na sociedade, com a limitação de suas responsabilidades.

Diante dos argumentos de autoridades, pode-se dizer que as teorias contratualistas são mais coerentes para explicar o ato constitutivo das sociedades. Entre elas, parece-nos que a teoria do contrato-organização, de fato, resolve questão que não é enfrentada pela do contrato plurilateral, que é a da sociedade unipessoal, a qual é admitida em nosso sistema jurídico. Sendo assim, considerando que entre elas não há verdadeira contradição, mas complementariedade, entendemos que a teoria do contrato-organização melhor explica o ato originário das sociedades.

---

<sup>229</sup>SALOMÃO FILHO, **A sociedade...**, op. cit., p.59.

## 2.3 CLASSIFICAÇÃO DAS SOCIEDADES NO DIREITO BRASILEIRO

Para se adequar à metodologia proposta ao presente trabalho, entende-se como necessário promover a classificação das sociedades, considerando-se alguns fatores que guardam íntima relação com o seu tema central. Nessa perspectiva, trabalhar-se-á com as classificações relativas à responsabilidade dos sócios, à estrutura econômica, à personificação ou autonomia patrimonial.

Verifique-se que, para se adjudicar ativos como instrumento de recuperação de empresas, por via de sociedades de propósito específico, é necessário que se estabeleçam alguns pressupostos, os quais permitam saber se determinado tipo societário é adequado para o exercício da função. Ou seja, pergunta-se se determinada estrutura pode corresponder à função que se lhe quer emprestar.<sup>230</sup>

A classificação quanto à responsabilidade dos sócios faz sentido, eis que, se a pretensão é de recuperação de empresas feita pelos credores, é óbvio que estes já têm seu risco certo e determinado no montante a ser empregado na "adjudicação de ativos". Assim, não parece adequado pensar que uma estrutura de sociedade em que a responsabilidade dos sócios vá para além do capital aportado seja indicada para a função.

A classificação que considera a estrutura econômica tem por escopo verificar, teleologicamente, o elo entre os sócios das sociedades constituídas. Fala-se, aqui, de um maior ou menor vínculo entre os sócios, que acaba por afetar a vida em sociedade e, por vezes, a vida da própria sociedade. Considerando que haverá uma união de credores em torno de um objetivo comum – na sociedade de propósito específico – entendemos primordial verificar essa classificação e aplicá-la à função que deve desempenhar, para saber qual a estrutura societária adequada ao caso.

---

<sup>230</sup>Utiliza-se da expressão "função" na sua concepção teleológica, no sentido de "fim", como algo inerente ao modo pelo qual as necessidades humanas são satisfeitas, mediante a organização cultural das atividades sociais, conforme ensinamentos de Florestan Fernandes (**Fundamentos empíricos da explicação sociológica**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972. p.185 e segs.).

Repetindo o que havia feito o legislador anterior<sup>231</sup>, ao promulgar o Código Civil atual o legislador pátrio continuou a permitir a existência das sociedades não personificadas, outorgando-lhes contornos de licitude. Sendo assim, subsistem no sistema as sociedades, legalmente constituídas, com ou sem personalidade jurídica. No entanto, a falta de personalidade jurídica acarreta algumas restrições funcionais, as quais podem ser negativas para o atingimento do fim que se espera da estrutura que irá realizar a recuperação da empresa. Pode-se dizer, em especial, que faltará à sociedade a necessária autonomia patrimonial, quando não tenha ela personalidade jurídica. Sendo assim, justifica-se a utilização dessa classificação.

Por outro lado, serão considerados, na classificação, os tipos societários definidos em lei, especialmente aqueles previstos para as sociedades empresárias, além da sociedade cooperativa. Aplica-se, aqui, o princípio adotado pelo artigo 983 do Código Civil, em sua primeira parte<sup>232</sup>, eis que, relativamente às sociedades simples, tratadas na segunda parte desse mesmo dispositivo, a tipologia é aberta. Ou seja, o legislador adotou dois métodos distintos: tipologia fechada para as sociedades empresárias<sup>233</sup> e tipologia aberta para as sociedades simples.

---

<sup>231</sup>Conforme artigos 300 e 305 do Código Comercial, parcialmente revogado.

<sup>232</sup>Segundo Gonçalves Neto (**Lições de direito societário**, op. cit., p.45), em face do dispositivo legal, tem-se o "**princípio da tipicidade**, pelo qual as sociedades empresárias devem adotar um dos tipos previstos em lei... As partes não têm a faculdade de celebrar sociedades empresárias fora dos modelos oferecidos pela lei."

<sup>233</sup>Esse mesmo sistema, segundo Galgano, foi adotado pelo legislador italiano. As sociedades, no Código Civil italiano, formam um sistema composto de uma diversidade de tipos, com características sensivelmente distintas umas das outras, cada qual destinada a assumir uma função própria dentro do **sistema produtivo**. Previamente à regulamentação desses tipos societários, o legislador italiano introduziu duas normas de ordem generalizante: a) a que definiu contrato de sociedade como aquele em que "*due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili*"; b) outra (art. 2249) que tem por objeto fechar o sistema, estabelecendo que todas as sociedades que tiverem por objeto o exercício de uma atividade comercial deverão se constituir segundo um dos tipos regulados no capítulo III. Com esse sistema, o Código italiano optou por: a) introduzir as sociedades dentro da sistemática contratual, fazendo a elas serem aplicadas todas as regras contratuais do referido Código, eis que não faz qualquer restrição a essa aplicabilidade; b) derroga o princípio da autonomia contratual, ao estabelecer que, para as sociedades comerciais o sistema é fechado, sendo vedada a existência de sociedades atípicas. Como se vê das lições de Galgano, nosso direito societário adotou modelo similar ao italiano nesse aspecto, o que permite, em certas dificuldades, em face da juventude de nosso CCB, socorreremo-nos da doutrina italiana para solucionar eventuais problemas nesse sistema (**Diritto...**, op. cit., p.1-2).

Verifica-se no referido artigo, que a "*sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados*" em lei, enquanto "*a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias*" (grifo nosso).

A adoção dessa metodologia guarda certa similitude com o sistema anterior, em que as sociedades eram classificadas em civis e comerciais, tendo aquelas tipologia aberta e estas tipologia fechada.

Segundo Gonçalves Neto, o *princípio da tipicidade* teria o condão de fornecer garantias aos próprios sócios ou àqueles que contratam com a sociedade, eis que as regras são clara e previamente conhecidas por todos.<sup>234</sup>

Esclarecidos os motivos pelos quais se vai trabalhar com essas classificações e aplicá-las aos tipos societários indicados, passa-se à execução dessa tarefa.

### 2.3.1 Quanto à Responsabilidade dos Sócios

Nos termos do artigo 391 do CCB, "*Pelo inadimplemento da obrigação respondem todos os bens do devedor*". Essa regra há que ser observada, também, quando se fala em responsabilidade dos sócios. Desta sorte, quando se classificam as sociedades em diferentes modalidades, considerando a responsabilidade dos sócios, há que se ter cautela para não estabelecer confusão entre o dever da sociedade e a responsabilidade dos sócios.

De um lado, há o dever da sociedade para com seus credores, decorrente das suas atividades cotidianas e, nesse contexto geralmente não há qualquer limitação, salvo alguma regra contratual ou legal específica, como no caso de fiança até determinado valor. O artigo 391 do CCB é imperativo nesses casos.

---

<sup>234</sup>GONÇALVES NETO, *Lições de direito societário*, op. cit., p.45.

Nesse mesmo contexto pode ser encartado o dever do sócio para com a sociedade, relativamente ao aporte de capital social. Tido como o principal dever patrimonial do sócio, a contribuição para a formação do capital social é obrigação que não tem limites. Sob esta perspectiva, pode-se afirmar que o patrimônio<sup>235</sup> do sócio responde integralmente pelo valor comprometido com a integralização do capital social. É essa a inteligência do artigo 1004 do CCB, aplicável às sociedades personificadas, estabelecendo, inclusive, responsabilidade pelo dano emergente da mora.

Sendo assim, quando se classificam as sociedades, quanto à responsabilidade dos sócios, em *ilimitadas*, *mistas* e *limitadas*, como fazem Requião<sup>236</sup> e Ulhoa Coelho<sup>237</sup>, não se pode confundir, visto que a sociedade e os sócios não limitam seus deveres. A limitação é da responsabilidade do sócio, relativamente às obrigações assumidas pela sociedade. É que, há casos em que (a) "*Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais*"<sup>238</sup>, enquanto em (b) outras situações existem sócios responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais e aqueles que só respondem pelo valor de sua quota parte<sup>239</sup>, e finalmente uma terceira situação, (c) em que os sócios restringem sua responsabilidade ao valor de sua participação.<sup>240</sup>

---

<sup>235</sup>Assim entendido o "*complexo de relações jurídicas... dotadas de valor econômico*", conforme definição estabelecida pelo artigo 91 do CCB, para essa "*universalidade de direito*".

<sup>236</sup>REQUIÃO, **Curso de direito comercial**, v.1., op. cit., p.361.

<sup>237</sup>COELHO, Fabio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.116-119.

<sup>238</sup>Conforme arts. 990 e 1039 do CCB.

<sup>239</sup>Conforme arts. 1045 e, até certa forma, parágrafo único do art. 991, ambos do CCB e art. 281 da Lei n.º 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas).

<sup>240</sup>Conforme arts. 1052 e 1088 do CCB.

No primeiro caso (sociedades ilimitadas) estão inseridas as sociedades em comum, as sociedades simples *stricto sensu* e as sociedades em nome coletivo. As sociedades em comum, designação que não se aplicava ao tema no Código Comercial, são, na verdade, as antigas sociedades de fato e, em certa medida, as irregulares, como será visto no item 4.3.2, a seguir. A responsabilidade patrimonial dos sócios pelas dívidas da sociedade decorre da inexistência de sua autonomia patrimonial, já que, sem a inscrição de seus atos no registro que lhe seja peculiar<sup>241</sup>, esta não tem, juridicamente falando, patrimônio próprio, sendo titular apenas de *patrimônio especial*, constituído pelos bens e dívidas que lhe forem próprios (art. 988). De conseqüência, o patrimônio que deve responder pelas dívidas deve ser o dos sócios, sempre após o da sociedade.

Apesar de não haver designação expressa na lei, pode-se mencionar, também, as sociedades irregulares, cujo tratamento não possa ser adequado às sociedades em comum. Para nós, estas últimas são aquelas que nunca tiveram seus atos inscritos nos registros que lhes são próprios, enquanto as primeiras obtiveram sua inscrição, funcionaram regularmente por algum lapso de tempo e, por motivo superveniente, perderam sua regularidade. No entanto, se o motivo de sua perda de regularidade não for verificável de pleno direito, no interregno até que haja a declaração do vício, será ela irregular, mas não em comum.

Quanto à responsabilidade dos sócios nas sociedades irregulares, o acórdão a seguir transcrito é bastante esclarecedor:

DIREITO CIVIL – NULIDADE DE ATO JURÍDICO – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – NEGÓCIO CELEBRADO COM PESSOAS JURÍDICAS – INEXISTÊNCIA DE CONTRATOS SOCIAIS REGISTRADOS – CARACTERIZAÇÃO DE SOCIEDADES IRREGULARES SEM PERSONALIDADES JURÍDICAS – REPRESENTAÇÃO PELO SÓCIO – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 12, VIII, CPC – SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

Tanto as sociedades de fato como as irregulares não possuem personalidade jurídica, pois lhes falta a inscrição no registro peculiar, que é o Registro do Comércio. Mas convém esclarecer que essas entidades não perdem a sua condição de sociedades comerciais,

---

<sup>241</sup>Departamento Nacional de Registro de Comércio ou Registro Civil de Pessoas Jurídicas, a cargo das Juntas Comerciais e dos Cartórios de Registros de Títulos e Documentos, por exemplo.

valendo a advertência de Pedro Lessa de que a sociedade irregular é menos que a sociedade regular e mais que a comunhão de bens, tomada essa expressão em sentido restrito. **A responsabilidade dos sócios, no caso, é ilimitada, porém, subsidiária.** Os credores particulares dos sócios só podem executar os fundos líquidos que o devedor possuir na sociedade se não tiver outros bens desembargados, ou se, depois de executados, os que tiver não forem suficientes para o pagamento (Cód. Com. Art. 292). E, por igual, o credor da sociedade deve primeiro, pelas dívidas sociais, executar a sociedade, para, na falta de bens, realizar a responsabilidade ilimitada do sócio, que por isso é subsidiária (art. 350).<sup>242</sup> (grifo nosso)

As sociedades em nome coletivo, por sua vez, têm essa característica por força de lei, em decorrência do tratamento a elas estabelecido pelo legislador. O vínculo intra-societário é bastante forte, de tal sorte que duas características são marcantes: só podem dela participar pessoas físicas; e as alterações do contrato social, nos itens mencionados no artigo 997 do CCB, dependem da unanimidade dos sócios.<sup>243</sup>

Entre as sociedades mistas podem ser mencionadas as *em comandita simples*, as *em comandita por ações* e, em termos, as *em conta de participação*. Nesse contexto, em regra a doutrina incluía a *sociedade de capital e indústria*.<sup>244</sup>

Quanto às sociedades em comandita, simples ou por ações, os sócios comanditados, responsáveis pela administração da sociedade, são responsáveis ilimitadamente pelas suas dívidas, assim como o são os sócios das sociedades em nome coletivo. Os comanditários, outra categoria de sócios existente nesses tipos societários, têm limitadas suas responsabilidades no montante de sua participação. Verifique-se que esses sócios têm uma limitação de responsabilidade distinta daquela que se verá nas sociedades limitadas. Discordamos, nesse contexto, do Professor Ulhoa Coelho, para quem os comanditários das sociedades em comandita

---

<sup>242</sup>TJPR. 7.<sup>a</sup> CC. Ap.Civ. 135.970-8. Origem: Londrina – 4.<sup>a</sup> Vara Cível, Acórdão n. 2890, Relator Mario Helton Jorge.

<sup>243</sup>Art. 1040 c/c. Art. 999, ambos do CCB.

<sup>244</sup>Ver Requião (**Curso de direito comercial**, v.1, op. cit., p.362) e quadro comparativo apresentado em Ricardo Negrão (**Manual de direito comercial e de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1. p.236).



simples respondem até o total do capital social não integralizado.<sup>245</sup> A limitação fixada para essa modalidade de sócios é *pelo "valor de sua quota"*<sup>246</sup>, enquanto os sócios da sociedade limitada *"respondem (todos) solidariamente pela integralização do capital social"*.<sup>247</sup> Portanto, enquanto os quotistas respondem até o limite do capital social, os comanditários só respondem pela parcela que se comprometeram a aportar na sociedade. Por outro lado, a responsabilidade do comanditário na comandita por ações segue a mesma hermenêutica utilizada para aquele da comandita simples. A lei<sup>248</sup> não fixa exatamente sua responsabilidade, mas indiretamente estabelece que é ela equivalente à do acionista. Sendo assim, restringe-se ao preço da ação subscrita ou adquirida, ou seja, limita-se à parcela que se comprometeu a integralizar no capital social.

Ao serem mencionadas as sociedades mistas, foi dito que, em termos, as sociedades em conta de participação seriam inseridas nessa classificação. Esse tipo societário, em verdade, tem contornos que não permitem, *a priori*, dizer se *quanto a responsabilidade* é ela classificada como mista. Considerando-se que, perante terceiros, só aparece o sócio ostensivo e o sócio oculto se obriga para com este<sup>249</sup>, dependerá da análise do ajuste entre essas duas modalidades de sócios para se saber como classificar a sociedade. Poder-se-ia, no entanto, dizer que, na perspectiva dos terceiros que com a sociedade negociam, a responsabilidade do sócio ostensivo é ilimitada e a do oculto, limitada. No entanto, na perspectiva desses terceiros, não há sociedade, de tal sorte que não se poderia falar em responsabilidade do sócio. Trata-se, nesse caso, de dever do próprio devedor. Assim, como a sociedade só

---

<sup>245</sup>COELHO, **Manual...**, op. cit., p.118-119.

<sup>246</sup>Art. 1.045, segunda parte, CCB.

<sup>247</sup>Art. 1.052, CCB.

<sup>248</sup>Capítulo XXIII da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

<sup>249</sup>Conforme art. 991, parág. único, CCB.

existe no âmbito interno e não no externo, parece mais lógico lançar olhar sobre a mesma nesse aspecto. E nele, só se saberá se a responsabilidade dos sócios é ilimitada ou mista no caso concreto. Sim, eis que o sócio ostensivo responderá ilimitadamente. Depende do ajuste, portanto, estabelecer se o sócio oculto também responderá ilimitadamente perante aquele, ou se terá limitação de sua responsabilidade a determinado patamar.

Por fim, quanto às sociedades de capital e indústria, as quais eram regulamentadas pelos revogados artigos 317 a 324 do Código Comercial, também eram tratadas como sociedades mistas.<sup>250</sup> Presentemente esse tipo societário deixou de receber tratamento específico, apesar de o legislador permitir que, nas sociedades simples, os sócios contribuam com serviços.<sup>251</sup> No entanto, nestes casos não há na lei qualquer limitador à responsabilidade do sócio de serviço. Ao contrário, há previsão expressa de que os sócios, independentemente da forma de sua participação no capital social, devem responder pelas perdas, nos termos dos artigos 1007 e 1008 do CCB. Sendo assim, é de supor que, quando venham a ser constituídas essas sociedades, sob a modalidade de sociedades simples, serão classificadas como *sociedades ilimitadas*, quando contratualmente não houver limitação de responsabilidade de uma espécie de sócios, ou como *sociedades mistas*, quando houver essa previsão.<sup>252</sup>

No entanto, antes de passar-se às *sociedades limitadas*, é importante destacar que, em todos os casos em que há extensão da responsabilidade aos sócios, por dívidas da sociedade, essa responsabilidade é subsidiária. Ou seja, para que os credores possam executar o patrimônio dos sócios devem, antes, buscar o patrimônio social. Se no direito precedente essa era norma decorrente da omissão legislativa,

---

<sup>250</sup>Por todos, ver Requião (**Curso de direito comercial**, v.1., op. cit., p.362).

<sup>251</sup>Art. 997, inciso V do CCB.

<sup>252</sup>Essa limitação está prevista no artigo 1007, não para todos, mas para uma classe de sócios.

eis que a solidariedade não se presume, atualmente é ela imperativa e originária do texto legal.<sup>253</sup>

Por fim, quanto à responsabilidade dos sócios, cabe falar das sociedades nas quais todos têm limitação de sua responsabilidade. São elas as sociedades limitadas e as anônimas.

Em que pese a limitação, há diferença de um e outro caso. Nas sociedades limitadas, "*a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social*".<sup>254</sup> Tais sociedades eram, anteriormente, disciplinadas pelo Decreto n.º 3.708, de 10 de janeiro de 1919, o qual já previa essa limitação de responsabilidade dos sócios, mas tinha como deflagrador da busca pelos bens dos sócios, para completar o capital social, a decretação de falência da sociedade.<sup>255</sup> Ou seja, já se entendia que cada sócio era responsável pela sua quota, mas todos eram solidariamente responsáveis pelo preenchimento do capital social. Em caso de falência, se a sociedade não tivesse o capital social integralizado, caberia ao síndico promover a busca da integralização, por meio do patrimônio dos sócios. Na legislação vigente não vigorou tal previsão, remanescendo a dúvida acerca da causa e da legitimidade para buscar-se a responsabilização pela integralização do capital social. Veja-se que os sócios têm ação própria para tomar do remisso as quotas não pagas, bem como buscar do mesmo indenização.<sup>256</sup> Pensa-se, assim, que não têm eles legitimidade para promover a medida judicial a qual, igualmente, imputar-lhes-ia responsabilidades. Por outro lado, não há mais exigência legal da falência para demonstrar insolvência da sociedade, de tal sorte que se necessite dela para imputar responsabilidades aos

---

<sup>253</sup>Conforme artigo 1.024 do CCB.

<sup>254</sup>Art. 1.052 do CCB.

<sup>255</sup>Art. 9.º do Decreto n.º 3.708/19.

<sup>256</sup>Art. 1.058 c/c. art. 1.004, ambos do CCB.

sócios. Portanto, entende-se que os credores sociais é que têm legitimidade para pleitear a responsabilidade dos sócios, sempre que ficar demonstrado que a sociedade não disponha de bens suficientes para responder pelas suas dívidas e o capital social não esteja integralizado.

Finalmente, em relação às sociedades anônimas, a responsabilidade dos acionistas fica limitada ao preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir. Isto quer dizer que sua responsabilidade não está vinculada à fração que a ação representa no capital social, mas à quantia necessária para a aquisição desse documento. Difere tal responsabilidade daquela existente para a sociedade limitada.

Antes de encerrar este tópico, cabe esclarecer que a sociedade cooperativa não pode ser, previamente, definida como sendo de responsabilidade limitada ou ilimitada, eis que cabe aos cooperados, ao estabelecerem as cláusulas do estatuto que lhes rege, definir se terão responsabilidade limitada ao montante de suas contribuições ou ilimitada até o valor das perdas da atividade. Neste último caso, vale lembrar: a responsabilidade dos cooperados não será solidária.

### 2.3.2 Quanto à Estrutura Econômica

Quanto à estrutura econômica, os doutrinadores costumam classificar as sociedades em sociedades de pessoas e de capital.<sup>257</sup> Como já dito, tal classificação é fixada em consideração com a análise que se faz do momento constitutivo da sociedade, fazendo-se a indagação se há, ali, maior ou menor importância da qualidade pessoal dos sócios.

Na doutrina italiana, Galgano aponta elementos objetivos para poder estabelecer essa classificação. Segundo o professor de Bologna, caracterizariam as sociedades de pessoas (a) a responsabilidade ilimitada e solidária; (b) o poder de

---

<sup>257</sup>Gonçalves Neto (**Lições de direito societário**, op. cit., p.46); Negrão (op. cit., p.236); Requião (**Curso de direito comercial**, v.1, op. cit., p.362); Gladston Mamede (**Direito societário: sociedades simples e empresárias**. São Paulo: Atlas, 2004. p.89).

administração vinculado diretamente à qualidade de sócio e, em particular, ao sócio ilimitadamente responsável; e (c) a vedação de transferência das quotas sociais, salvo com expresse consentimento de todos os sócios. Por outro lado, as características das sociedades de capital seriam (a) a possibilidade dos sócios gozarem de limitação de responsabilidade; (b) a dissociação do poder da administração da qualidade de sócio; e (c) a liberdade de transferência da qualidade de sócio.<sup>258</sup>

Baseado nesse princípio, Galgano entende que seriam classificadas como de pessoas as sociedades simples, as em nome coletivo, as em comandita simples e, indiretamente, as sociedades cooperativas. Já como sociedades de capital, aponta as sociedades anônimas, as em comanditas por ações e as limitadas.<sup>259</sup>

Não há dúvidas de que em alguns tipos societários a classificação é claramente de pessoas. Veja-se, neste sentido, as sociedades simples *stricto sensu*<sup>260</sup>, sociedades em nome coletivo, em comandita simples e em conta de participação<sup>261</sup>. As regras gerais do CCB aplicáveis a essas sociedades delineiam bem esse caráter *intuitus personae*, especialmente aquelas que: impedem que o sócio seja substituído em suas funções, sem o consentimento dos demais (art. 1.002); vedam a cessão das quotas sociais sem a anuência dos demais sócios (art. 1.003); impedem a transferência da titularidade das quotas ao credor do sócio, permitindo, apenas, que este se cobre nos haveres daquele perante a sociedade (art. 1.026); e finalmente admitem a liquidação da quota do sócio em caso de morte, salvo as exceções legais (art. 1.028).

---

<sup>258</sup>GALGANO, **Diritto**..., op. cit., p.41-44.

<sup>259</sup>GALGANO, **Diritto**..., op. cit., p.41 e 57.

<sup>260</sup>Ainda que formadas com sócio(s) que contribuam com serviços.

<sup>261</sup>Salvo se houver estipulação contratual expressa em contrário, eis que, nos termos do artigo 995 do CCB, o sócio ostensivo não pode admitir novo sócio sem o consentimento dos demais.

Quanto às sociedades limitadas, no direito brasileiro, desde o Decreto n.º 3.708/19 há divergências doutrinárias acerca de sua classificação<sup>262</sup>. Para Fran Martins, partindo do princípio de que o artigo 2.º do Decreto n.º 3.708/19 determinou que o título constitutivo da sociedade fosse regulado pelas disposições dos artigos 300 e 302 do Código Comercial, a sociedade por quotas de responsabilidade limitada é sociedade de pessoas ou contratual. Reconhece, no entanto, que, em países como na Alemanha, ela constitui verdadeira sociedade de capital, eis que tem personalidade jurídica e, nesse país, só as sociedades de capital são personificadas.<sup>263</sup>

Cunha Peixoto, fazendo estudo pormenorizado do tema, entende definitivamente que a sociedade está incluída na classificação personalística, seja porque (a) a lei manda aplicar a forma de constituição das sociedades de pessoa, (b) os sócios são solidários, em caso de falência, pela parte que faltar para completar o capital social e (c) a Lei das S/A. só é aplicada supletivamente quando não houver incongruência entre esta e o Decreto-lei n.º 3.708/19.<sup>264</sup>

Waldemar Ferreira, igualmente, é partidário da doutrina de que a sociedade por quotas é sociedade de pessoas. O seu entendimento decorre, entre outros aspectos, pelo fato da lei das S/A. só se aplicar supletivamente ao contrato social da sociedade por quotas. Diz, expressamente, que: "Não há, pois, lugar para dúvidas. A lei da sociedade anônima é subsidiária da vontade das partes contratantes da sociedade por quotas, quando puder ser aplicada ao caso. Não é, de modo algum, subsidiária da vontade do legislador, que elaborou a lei de

---

<sup>262</sup>Ver estudo feito por Edgar Katzwinkel Jr. (**Dissolução de sociedade limitada pela vontade do sócio**. Curitiba, 1988. Dissertação (Mestrado) - UFPR. Seção II).

<sup>263</sup>MARTINS, **Curso...**, op. cit., n.230.

<sup>264</sup>CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. **A sociedade por cotas de responsabilidade limitada**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. n.58/69.

sociedade por quotas." E mais adiante, diz, expressamente, que a sociedade por quotas "É sociedade de pessoas".<sup>265</sup>

Edgar Katzwinkel Jr.<sup>266</sup> chama atenção para o artigo 15 do Decreto n.º 3.708/19 que, ao lado dos artigos 1.º e 2.º, daria contornos personalísticos à sociedade. Sim, porque se o sócio divergente das alterações contratuais pode, a qualquer momento, exercer o direito de recesso, é porque a *affectio societatis* é imperante neste tipo social. Portanto, segundo o autor, o sócio não estaria adstrito a regras preestabelecidas, mas teria direito de opção, o que caracterizaria o ajuste contratual próprio das sociedades de pessoas.

João Eunápio Borges diverge da posição dos doutrinadores que a vêem como sociedade de pessoas, classificando-a como de capital, argumentando que assim é, porque só oferecem elas aos credores, como garantia, após a integralização do capital, o patrimônio social.<sup>267</sup> Estaria, então, classificada como sociedade de capital.

Ressaltando a flexibilidade de que é portador o contrato social das sociedades por quotas, Rachel Sztajn diz que há um hibridismo, um misto de sociedade de pessoas e sociedade de capital.<sup>268</sup>

Rubens Requião, por seu turno, afirma que a sociedade por quotas de responsabilidade limitada é sociedade de pessoas. Confessa, no entanto, que algumas características aproximam-na das sociedades de capital, como é o caso da cessibilidade das quotas, o que faz com que se afaste a *affectio societatis*. Baseado

---

<sup>265</sup>FERREIRA, Waldemar Martins. **Tratado das sociedades mercantis**. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1958. v.3, n.7.

<sup>266</sup>KATZWINKEL JR., op. cit., p.68.

<sup>267</sup>BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p.315.

<sup>268</sup>SZTAJN, Rachel. **Contrato de sociedade e formas societárias**. São Paulo: Saraiva, 1989. n.75.

nisso, sustenta que o contrato social poderá, conforme o caso, inculcar-lhe um estilo personalista ou capitalista.<sup>269</sup>

Por fim, anotando não serem pacíficas a doutrina e a jurisprudência a respeito dessa classificação das sociedades limitadas, Gonçalves Neto posiciona-se ao lado daqueles que as vêem como sociedade de pessoas.<sup>270</sup>

A questão, como visto, é intrincada, não se podendo anotar uma corrente uníssona.

As sociedades de capital, por seu turno, são aquelas em que o ato constitutivo está impregnado de interesses dos sócios mais voltados ao aspecto econômico do que pessoal. Mais realce se dá, nesses tipos societários, à reunião dos capitais para a realização de um objetivo do que aos eventuais laços existentes entre as pessoas que estão por se vincular. Sendo assim, há maior liberdade nas alterações das posições societárias e pouca importância se dá à capacidade e à vida dos sócios integrantes da sociedade. Estão incluídas nessa espécie de sociedades as anônimas e as em comandita por ações.

Quanto às cooperativas, pode-se dizer que são sociedades de pessoas, eis que suas características as aproximam dessa classificação, especialmente por serem sociedades simples, nos termos do parágrafo único do artigo 982 do CCB. Mas, para aprofundar a questão, pode-se usar os critérios de verificação apontados por Galgano, conforme acima descrito. Para tanto, deve-se analisar as questões da responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais, do poder de administração e da cessibilidade das participações societárias.

A responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais não pode conceder uma resposta adequada à pergunta acerca da classificação, nem tem sido fator determinante utilizado pela doutrina brasileira para formular a distinção. Diversos

---

<sup>269</sup>REQUIÃO, **Curso de direito comercial**, v.1., op. cit., p.362 e 468.

<sup>270</sup>GONÇALVES NETO, **Lições de direito societário**, op. cit., p.46.



autores têm classificado a sociedade limitada como sociedade de pessoas, apesar da limitação da responsabilidade dos sócios.

Passando à segunda questão, percebe-se que a administração das cooperativas está intimamente ligada aos sócios. O número mínimo de sócios é aquele *necessário a compor a administração da sociedade*.<sup>271</sup> Isto, segundo Galgano, caracterizaria uma sociedade de pessoas.

A terceira questão suscita, igualmente, na visão de Galgano, a classificação da sociedade como sendo de pessoas. Nos estritos termos do inciso IV do artigo 1.094 do CCB, as quotas do capital da sociedade são intransferíveis a terceiros estranhos, ainda que por herança.

De fato, as sociedades cooperativas estão mais focadas no aspecto pessoal dos sócios, nas suas qualidades ou habilidades, ou, ainda, em algum traço comum entre eles. Interessa menos o aporte econômico que possam fazer no projeto a ser desenvolvido. Por essa razão, as sociedades cooperativas serão tratadas como sociedades de pessoas.

### 2.3.3 Quanto à Autonomia Patrimonial

Já se anotou<sup>272</sup> que o CCB apresenta certa confusão quando trata do tema personalidade jurídica.

É que o artigo 44, II, reza que são pessoas jurídicas de direito privado as sociedades, dando a entender que todas elas teriam personificação. Logo a seguir, no artigo 45, condiciona a *existência legal das pessoas jurídicas de direito privado* à inscrição de seu ato constitutivo no registro que lhe seja pertinente. A partir daí, então, poder-se-ia pensar que a sociedade sem personalidade seria ilegal. Finalmente, no Subtítulo I, do Título II, do Livro II (arts. 986 e seguintes), o Código

---

<sup>271</sup>Art. 1.94, II, do CCB.

<sup>272</sup>Em nota de rodapé n.180, acima.

destina vários dispositivos para tratar das *sociedades não personificadas*, ou seja, daquelas que (ainda) não tiveram seus atos constitutivos inscritos, não lhes imputando qualquer penalidade, mas, ao contrário, reconhecendo sua licitude. Não fosse isso, igualmente o Código de Processo Civil reconhece a existência das sociedades não personificadas, dispondo acerca de sua representação processual.<sup>273</sup>

A disputa acerca da concessão da personalidade jurídica é, também, acesa na Itália. Ao contrário do sistema brasileiro, que nesse particular usou da experiência francesa<sup>274</sup>, o legislador italiano preferiu conceder personalidade jurídica somente às sociedades de capital e às sociedades cooperativas. A distinção entre sociedades de pessoas e de capital emerge do artigo 2.498 do Código Civil, o qual trata da transformação de uma em outra classificação. Galgano, após analisar o sistema italiano, conclui que não há razão determinante para a divisão levada a cabo pelo legislador, eis que, apesar de inexistir personalidade jurídica nas sociedades de pessoas, essas têm autonomia patrimonial e são sujeitos de deveres e de direitos.<sup>275</sup>

Considerando, assim, que nesse particular o legislador brasileiro deixou de adotar o modelo italiano, não há como usar essa doutrina como critério balizador para a pesquisa.

Por outro lado, ao tratar-se da classificação das sociedades, relativamente à sua autonomia patrimonial, não se tratará de sociedades lícitas ou ilícitas, mas de sociedades que foram legalmente constituídas, tendo algumas autonomia patrimonial, em face de sua personalidade jurídica, enquanto as outras não dispõem de patrimônio próprio. E, ao mencionar o princípio da autonomia, está a tratar-se, como ensina Brunetti, das seguintes proibições:

---

<sup>273</sup>Artigo 12, inciso VII.

<sup>274</sup>Na legislação francesa (artigo 3.º da Lei n.º 537, de 24 de julho de 1966), todas as sociedades comerciais obtêm personalidade jurídica com o registro de seus atos constitutivos.

<sup>275</sup>GALGANO, **Diritto**..., op. cit., p.57-67.

*(a) ai creditori particolari dei soci, dia gire sui beni della società; (b) ai singoli soci di distrarre la rispettiva quota della destinazione impressa nel contratto di società; (c) agli stessi soci di procedere a spartazione di bene prima che siano soddisfatti tutti i creditori sociali; (d) ai creditori sociali dia gire sul patrimonio dei soci prima dia ver cercato di soddisfarsi sul patrimônio della società.*<sup>276</sup>

Com isso quer se esclarecer que, ter ou não personalidade jurídica, para fins empresariais, tem a ver com a questão da repercussão no âmbito da autonomia patrimonial e não, como poderia parecer, na licitude da existência do ente jurídico.

Entre as sociedades não personificadas e, portanto, em que não há autonomia patrimonial<sup>277</sup>, o Código inclui as sociedades em comum e as sociedades em conta de participação.

Relativamente às sociedades em comum, cabe lembrar que o Código assim define aquelas que *ainda não tiveram seus atos inscritos*. Ocorre que há sociedades que, apesar de terem tido seus atos inscritos, no curso de sua vida deixam de observar os requisitos necessários para a sua manutenção, passando à situação de irregularidade. Podem ser mencionadas nesta situação, as sociedades que continuarem em funcionamento, apesar de: (a) não restabelecerem a pluralidade de sócios no prazo de 180 (cento e oitenta dias); (b) tiverem extinta a autorização de funcionamento; (c) vencerem o seu prazo de duração e houver oposição de sócio para a sua continuação; e (d) tiverem declarada judicialmente a sua dissolução. Em todas essas

---

<sup>276</sup>BRUNETTI, op. cit., p.132-133.

<sup>277</sup>Apesar de não haver autonomia patrimonial, o CCB criou a chamada especialização patrimonial para esses tipos societários (art. 988). Essa especialização é uma co-titularidade de bens e dívidas sociais, para fins de garantia dos credores e das próprias relações entre os sócios. Não se quer com isso dizer que tal patrimônio seja da sociedade, eis que não há autonomia, mas será ele dos sócios em comum e com destinação específica para responder pelas obrigações assumidas em face da existência da sociedade. Naturalmente, se não houvesse tal especialização, esbarrariam os credores sociais na limitação imposta no artigo 1.231 do CCB, que estabelece que a propriedade *presume-se plena e exclusiva*. Assim, se os bens dos sócios não podem ser executados, senão depois de executados os bens sociais (art.1.024 do CCB), haveria o problema de se buscar o patrimônio do sócio, sempre que a dívida decorresse de ato da sociedade não personificada. Com a especialização do patrimônio, esse problema deixa de existir. Basta o credor comprovar que existe a sociedade com fins econômicos, que haverá essa especialização patrimonial.

situações, por expressa disposição de lei, há dissolução da sociedade. E se há dissolução da sociedade, a conseqüência lógica é a perda da personalidade jurídica.

Percebe-se que, pela descrição feita pelo legislador, as hipóteses são distintas. Em um caso, a sociedade ainda não levou os seus atos constitutivos a registro. No outro, ela os levou, mas, por motivo superveniente, eles foram afetados.<sup>278</sup>

Configurada a distinção, preferimos designar de forma diferente as duas situações. Seriam *sociedades em comum* aquelas estabelecidas conforme o programa legal, ou seja, as quais ainda não tiveram seus atos inscritos. As demais, aquelas que já funcionaram como sociedades personificadas, mas que, por motivos supervenientes vieram a ter sua vida afetada, de tal forma que seria imposta a dissolução da sociedade<sup>279</sup>, mas as quais continuam a operar, chamamos de *sociedades irregulares*<sup>280</sup>. Ambas, em nossa análise, são despersonificadas, não havendo assim autonomia patrimonial.

Os tribunais têm entendido que a irregularidade, no sentido anotado, leva à perda da personalidade jurídica. A propósito do tema, cabe transcrever a seguinte decisão:

CIVIL, COMERCIAL E PROCESSO CIVIL. PERSONALIDADE JURÍDICA. CAPACIDADE PARA SER PARTE E 'LEGITIMATIO AD CAUSAM'. ARTS. 18 CC E 12 VII CPC. INCORPORAÇÃO. ARQUIVAMENTO NO REGISTRO DO COMÉRCIO. SUCESSÃO PROCESSUAL. RECURSO ACOLHIDO.

---

<sup>278</sup>Essa distinção não foi feita pelos doutrinadores, no encontro promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, designado de *I Jornadas de Direito Civil*, os quais concluíram, na súmula n. 58, que a figura da sociedade em comum, compreendia as figuras das sociedades de fato e irregulares. Entenderam, ainda, que: "O art. 986 deve ser interpretado em sintonia com os arts. 985 e 1.150, de modo a ser considerada em comum a sociedade que não tenha seu ato constitutivo inscrito no registro próprio ou em desacordo com as normas legais previstas para esse registro (art. 1.150), ressalvadas as hipóteses de registros efetuados de boa-fé." (Súmula 209).

<sup>279</sup>Nos termos dos artigos 1.033 e 1.087, e 206 da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

<sup>280</sup>Já anotamos essa distinção, quando tratamos da classificação relativa à responsabilidade dos sócios.

I - O legislador de 1973, ao atribuir no art. 12, VII, CPC, capacidade para ser parte às sociedades sem personalidade jurídica, colimou, embora com desapego ao rigor científico, tornar menos gravosa a situação processual dos que com tais sociedades irregulares litigam, sem, com isso, subverter a ordem legal até então vigente, em particular no que diz com o disposto no art. 18, CC.).<sup>281</sup>

Para além dessas, são igualmente despersonificadas as sociedades em conta de participação, por força do artigo 993 do CCB.

Já, para o direito brasileiro, são personificadas todas as demais sociedades típicas, ou seja, sociedades simples, em nome coletivo, em comanditas simples, limitadas, em comanditas por ações, anônimas e sociedades cooperativas.

## 2.4 DAS SOCIEDADES EM ESPÉCIE

Tendo sido analisada a natureza jurídica do ato constitutivo das sociedades, bem como as classificações que importam para o presente trabalho, passa-se a traçar as características próprias das sociedades em espécie. Para tanto, como já mencionado, trabalharemos com as sociedades empresárias e com a sociedade cooperativa. Trataremos, igualmente, da estrutura da sociedade simples, mas não da sociedade simples em espécie.

Parece plausível tratar da estrutura da sociedade simples, uma vez que é dela o arcabouço técnico-jurídico utilizável subsidiariamente pelos demais tipos societários personificados previstos no CCB.<sup>282</sup>

Quanto à inserção das sociedades cooperativas nesse contexto, decorre do estreito vínculo que tem surgido entre as formas tradicionais de recuperação de empresas e a alternativa da utilização da chamada *economia solidária*.<sup>283</sup> Essa economia solidária, exercida por meio das sociedades cooperativas, vem sendo incrementada

---

<sup>281</sup>STJ. Resp. 14.180/SP.Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

<sup>282</sup>Nesses termos, ver arts. 1.040, 1.046, 1.053, 1.089 e 1.096, todos do CCB.

<sup>283</sup>Conforme Paul Singer (op. cit., p.87).

ao longo do tempo, razão pela qual não poderia ser ignorada no presente estudo, eis que, de regra, os trabalhadores acabam recebendo seus créditos justamente pelos ativos da sociedade em dificuldades financeiras, passando a geri-la.

Feitas essas justificativas, serão analisadas agora as estruturas e as sociedades em espécie.

#### 2.4.1 Estrutura da Sociedade Simples

O legislador, em regra, emprega termos técnicos e não utiliza palavras sem razão significativa. No que tange ao direito societário, é curioso observar que esse fato pode ser constatado em alguns pontos, apesar dos perceptíveis equívocos em outros setores.

Ao falar da estrutura das sociedades simples, é elogiável a técnica empregada pelo legislador. Diz-se isso, especialmente em relação ao fato de ter adotado o sistema de condutos de vasos comunicantes, em que, por remissão, se emprega às sociedades em espécie as regras da sociedade simples e, em alguns casos, as regras de algumas sociedades aplicam-se às demais. Esse método já havia sido empregado anteriormente entre o Código Comercial, o Decreto n.º 3.708/19 e o sistema da Lei das Sociedades Anônimas.

Verifique-se que, no artigo 997 do CCB, o legislador trata da *sociedade*, sem identificar qual o tipo societário que está corporificando. Há, claramente, um dispositivo aberto, adaptável a qualquer tipo societário.

Poderia ser objetado esse raciocínio, sob o argumento de que tal regra está inserida no capítulo próprio à sociedade simples e, portanto, a ela aplicável. Em contra-argumento, recolhe-se dos artigos 1.039, 1.045, 1.052, 1.088, 1.090 e 1.093, todos inerentes a capítulos específicos dos demais tipos societários tratados no CCB, a menção específica da sociedade objeto do preceito. Cada uma dessas normas traz inserida em seu contexto a sociedade da qual especifica as características.

Portanto, somente o artigo de entrada do capítulo referente à sociedade simples é que deixa de fazer menção ao tipo societário de que está tratando. Todos os demais capítulos, ao introduzirem ao regramento de determinada sociedade, esclarecem que o estão fazendo.

Diz-se que essa forma de trabalho já foi adotada pelo legislador de 1976, eis que, como sabido, a Lei das S.A. aplica-se subsidiariamente às sociedades limitadas. Para clarear quais os dispositivos próprios às S.A. e quais os que poderiam ser subsidiariamente aplicáveis às limitada, o legislador de 1976 utilizou expressões distintas na lei. Em certos dispositivos adota a expressão *sociedade*, em outros, *companhia*.

Como *sociedade* é expressão aberta, quando de sua utilização, seria, em tese, possível a aplicação subsidiária desse dispositivo à sociedade limitada. Quando o legislador emprega o termo *companhia*, a regra é de sua normatização exclusiva para as sociedades anônimas.

Naturalmente esse aspecto acabou por ser alterado com a promulgação do CCB, eis que novas regras foram estabelecidas para as sociedades limitadas. Verifique-se, somente à guisa de exemplo, a questão da administração e do conselho fiscal. A LSA tratava desses órgãos referindo-se a *companhia*. Isto porque, no Decreto n.º 3.708/19, as sociedades por quotas de responsabilidade limitada não poderiam ter administradores, mas sim gerentes, e não havia previsão para existência de conselho fiscal nesse tipo societário. Portanto, a LSA previa que os respectivos dispositivos eram para as sociedades anônimas.

Por outro lado, ao tratar das operações de transformação, incorporação e fusão, a LSA mencionava que a *sociedade* poderia sofrer essas operações, de tal sorte que elas se aplicavam, também, às sociedades limitadas.

Como já dito, há casos em que esse rigor cai por terra, como é o da operação de cisão, em que o legislador utiliza o termo *companhia*. Mas, também é exato dizer que a tecnicidade está presente em nossas leis até certo ponto, uma vez que, com relação a essa operação, no CCB o legislador acabou por se omitir.

Mencionou no cabeçalho do capítulo X de que trataria da operação, mas nos dispositivos inerentes a esse capítulo não há uma norma sequer a respeito dela.

No entanto, isto não invalida o registro que se faz da técnica adotada no CCB, de abrir o arcabouço das sociedades simples para a estrutura de qualquer tipo societário, já que, ao tratar do contrato social, só fala da *sociedade*, sem introduzir um tipo específico.

Dito isso, passa-se à análise dessa estrutura.

#### 2.4.1.1 O contrato social

Conforme já mencionado anteriormente, o ato constitutivo das sociedades pode ser qualificado como contrato ou outro ato não contratual. Adota-se, no presente, a teoria do contrato, conforme explicado no item "2.2" acima.

Dentro da teoria contratualista, apóia-se no *contrato-organização*, que se baseia na diferença entre os contratos associativos e os contratos de permuta. Naqueles, a função é a criação de uma organização, que "significa a coordenação da influência jurídica entre atos".<sup>284</sup>

Com lastro na organização, o interesse específico da estrutura é na autopreservação, que passa a se identificar como o elemento diferencial do contrato social. O objetivo da sociedade é o melhor ordenamento dos interesses nela envolvidos, sendo o interesse social identificado com "a estruturação e organização mais eficiente desse feixe de contratos e relações jurídicas".<sup>285</sup>

Sendo assim, a eficiência desse arcabouço contratual terá relação direta com o sucesso do empreendimento que se organizará.

---

<sup>284</sup>SALOMÃO FILHO, **O novo...**, op. cit., p.33.

<sup>285</sup>SALOMÃO FILHO, **O novo...**, op. cit., p.34.



Adotado o contrato como ato constitutivo da sociedade, conclui-se que, para sua existência<sup>286</sup>, seja necessário (a) agente capaz, (b) objeto lícito e possível e (c) forma prescrita e não defesa em lei.<sup>287</sup>

Poderia ser acrescido, ainda, a esses elementos gerais, que a "*liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*".<sup>288</sup> Essa interpretação é razoável, também, pela conclusão a que chegou o grupo de estudos que participou da *I Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, como pode se perceber do resultado que foi sumulado sob o n.º 53: "*deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa*".<sup>289</sup>

Passa-se, então, à análise desses elementos.

#### 2.4.1.1.1 Capacidade do agente

Quanto ao requisito da capacidade do agente para participar do contrato de sociedade, é importante que se frise que não é possível utilizar um único raciocínio para abranger todos os tipos societários. Também é importante que se perceba, desde já, que nem todos os credores sociais necessariamente serão capazes, de tal sorte que essa questão tem séria relevância para a criação da SPE que venha a receber os ativos da empresa em recuperação.

Por outro lado, a capacidade para participar de sociedade, em alguns casos e circunstâncias, não pode ser igualada à capacidade civil<sup>290</sup>, considerando-se

---

<sup>286</sup>Como requisito de validade.

<sup>287</sup>Art. 104 do CCB.

<sup>288</sup>Art. 421 do CCB.

<sup>289</sup>Obtido através do site <<http://www.justicafederal.gov.br>>. Acesso em: 19 dez. 2005.

<sup>290</sup>Arts. 3.º, 4.º e 5.º do CCB.

que há pessoas que não são civilmente capazes, mas que podem participar de sociedades, bem como há aquelas que são civilmente capazes, mas não podem participar de algumas sociedades.

Quanto ao primeiro aspecto, tem sido primordial descortinar a questão da responsabilidade do sócio, para saber de sua possibilidade de participar de sociedade. Isto porque o critério geral adotado é o de que, nos casos em que o sócio for responsável pelas dívidas da sociedade<sup>291</sup>, deve ter capacidade civil plena. Este raciocínio decorre do fato de que a capacidade para o exercício pessoal dos atos da vida civil estará vinculada à inexistência dos limites impostos pelos artigos 3.º e 4.º do CCB, ou por lei especial. E se para a prática pessoal dos atos da vida civil há que se observar tais requisitos, naturalmente para comprometer o próprio patrimônio há que se levar em consideração a liberdade de disposição sobre os mesmos.

Sendo assim, aquele que não estiver na livre disposição de seu patrimônio, em razão de limitações que lhe são impostas à capacidade, não pode participar de sociedade em que esse patrimônio possa vir a ser comprometido por dívidas do ente social, ou por dívidas suas para com a sociedade.

Nesses casos, para ser cotista de qualquer das sociedades reguladas no CCB, exceção feita aos sócios das sociedades limitadas, será necessária a capacidade civil plena.

Quanto às sociedades limitadas, nas quais, como visto, podem ser os sócios chamados a responder com solidariedade, desde que ainda não integralizadas as cotas sociais, a situação é condicional. Os incapazes – absoluta ou relativamente –

---

<sup>291</sup>Conforme visto acima (item 2.3.1), nos tipos societários em que há sócios com responsabilidade ilimitada e solidária, estes têm a si estendidas as obrigações da sociedade, quando esta não tenha patrimônio suficiente para responder pelas obrigações assumidas.

poderão dela participar, desde que o capital esteja integralizado<sup>292</sup> "e" eles não participem da administração<sup>293</sup> da sociedade.<sup>294</sup>

---

<sup>292</sup>Por capital integralizado, entenda-se todo ele e não apenas o referente ao dos sócios incapazes.

<sup>293</sup>Se a sociedade vier a criar conselho fiscal ou outro órgão, com modelagem similar aos da sociedade anônima, nos termos do parágrafo único do artigo 1.053, de qualquer deles o incapaz não poderá participar, eis que a assunção de cargo importa assunção de responsabilidades.

<sup>294</sup>Mediante da Instrução Normativa n.º 98, de 23/12/2003, o Departamento Nacional do Registro do Comércio estabeleceu os seguintes regramentos a respeito da capacidade para ser sócio de "sociedade limitada": "1.2.10 - CAPACIDADE PARA SER SÓCIO: Pode ser sócio de sociedade limitada, desde que não haja impedimento legal: a) maior de 18 anos, brasileiro(a) ou estrangeiro(a), que se achar na livre administração de sua pessoa e bens; b) menor emancipado; c) desde que assistidos, como segue, uma vez que são relativamente incapazes para a prática de atos jurídicos...; d) desde que representados, como segue, uma vez que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil...; e) pessoa jurídica nacional ou estrangeira. 1.2.11 - IMPEDIMENTOS PARA SER SÓCIO: Não podem ser sócios de sociedade limitada a pessoa impedida por norma constitucional ou por lei especial (vide Instrução Normativa DNRC n.º 76, de 28/12/1998), observando-se, ainda, que: a) português, no gozo dos direitos e obrigações previstos no Estatuto da Igualdade, comprovado mediante Portaria do Ministério da Justiça, pode participar de sociedade limitada, exceto na hipótese de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens; b) os cônjuges casados em regime de comunhão universal de bens ou de separação obrigatória, não podem ser sócios entre si, ou com terceiros; c) pessoa jurídica brasileira: em empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, exceto partido político e sociedade cujo capital pertença exclusiva e nominalmente a brasileiros e desde que essa participação se efetue através de capital sem direito a voto e não exceda a 30% do capital social. 1.2.12 - IMPEDIMENTOS PARA SER ADMINISTRADOR: Não pode ser administrador de sociedade limitada a pessoa: a) condenada a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perduraram os efeitos da condenação; b) impedida por norma constitucional ou por lei especial: brasileiro naturalizado há menos de 10 anos: em empresa jornalística e de radiodifusão sonora e radiodifusão de sons e imagens; estrangeiro: estrangeiro sem visto permanente; A indicação de estrangeiro para cargo de administrador poderá ser feita, sem ainda possuir "visto permanente", desde que haja ressalva expressa no contrato de que o exercício da função depende da obtenção desse "visto". natural de país limítrofe, domiciliado em cidade contígua ao território nacional e que se encontre no Brasil; em empresa jornalística de qualquer espécie, de radiodifusão sonora e de sons e imagens; em pessoa jurídica que seja titular de direito real sobre imóvel rural na Faixa de Fronteira (150 Km de largura ao longo das fronteiras terrestres), salvo com assentimento prévio do órgão competente; português, no gozo dos direitos e obrigações previstos no Estatuto da Igualdade, comprovado mediante Portaria do Ministério da Justiça, pode ser administrador de sociedade limitada, exceto na hipótese de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens; pessoa jurídica; o cônsul, no seu distrito, salvo o não remunerado; o funcionário público federal civil ou militar da ativa. Em relação ao funcionário estadual e municipal, observar as respectivas legislações. o Chefe do Poder Executivo,

Já nas sociedades anônimas basta que o incapaz tenha a sua parcela do capital subscrito integralizado, para que dela possa participar. Ou seja, como não há, nesse tipo societário, solidariedade entre os sócios, basta que o indivíduo cumpra com sua obrigação financeira, para que seja admitido a ingressar na sociedade.

O segundo aspecto trata daqueles que são civilmente capazes, mas que, por alguma razão não podem participar de sociedades empresariais. São, geralmente, limitações funcionais ou em razão de nacionalidade que são impostas aos sócios. Verifique-se que, apesar de não ser igual, há certa similitude de restrições com aquelas fixadas na segunda parte do artigo 972 do CCB. Nos termos desse dispositivo, para ser empresário é necessário estar em *pleno gozo da capacidade civil* e não ser *legalmente impedido*.

Para participação em sociedades, há certas restrições, como observado na Instrução Normativa n.º 98, de 23 de dezembro de 2003, do Departamento Nacional do Registro do Comércio.<sup>295</sup> Verifique-se, por exemplo, que os médicos têm restrições de participação em sociedades de farmácia, apesar de sua capacidade civil plena. Equivalente a essa restrição, é a do funcionário público, de participação na administração da sociedade empresarial. Além desses casos, o próprio CCB exclui o falido da participação de sociedades. Nos termos do parágrafo único do artigo 1.030, uma das causas de exclusão de pleno direito do sócio da sociedade é a sua falência. Mais, o estrangeiro não pode participar do capital social de sociedade que

---

*federal, estadual ou municipal; o magistrado; os membros do Ministério Público da União, que compreende: Ministério Público Federal; Ministério Público do Trabalho; Ministério Público Militar; Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; os membros do Ministério Público dos Estados, conforme a Constituição respectiva; o falido, enquanto não for legalmente reabilitado; o leiloeiro; a pessoa absolutamente incapaz: o menor de 16 anos; o que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática desses atos; o que, mesmo por causa transitória, não puder exprimir sua vontade; a pessoa relativamente incapaz: o maior de 16 anos e menor de 18 anos. O menor de 18 anos e maior de 16 anos pode ser emancipado e desde que o seja, pode assumir a administração de sociedade; o ébrio habitual, o viciado em tóxicos, e o que, por deficiência mental, tenha o discernimento reduzido; o excepcional, sem desenvolvimento mental completo. Observação: a capacidade dos índios é regulada por lei especial (Estatuto do Índio)."*

<sup>295</sup>Ver nota de rodapé acima.

explore empresa jornalística ou de radiodifusão, mesmo sendo capaz dos atos da vida civil.

Verifica-se, portanto, que a capacidade civil, nem sempre, significa possibilidade de participar de sociedade empresarial. Por outro lado, é equivalente a afirmativa de que, nem todo o que participa de sociedade empresarial é civilmente capaz. Destarte, para se analisar a capacidade do agente, há que se considerar esses elementos relativos à capacidade civil e a possibilidade em participar de sociedades.

Dentro desse mesmo tópico, vale ainda ressaltar a impossibilidade de contratarem sociedade os cônjuges casados sob o regime de comunhão universal ou de separação obrigatória, nos expressos termos do artigo 977 do CCB. Tal dispositivo, de certa forma, altera o rumo da tendência jurisprudencial e doutrinária, que vinha aceitando pacificamente a formação societária entre cônjuges casados com regime de comunhão universal.

Essa limitação à capacidade de contratar, objetiva, como é sabido, restringir as fraudes que se possam cometer ao regime de casamento, mediante a formação de sociedades, e parece adequada quanto ao item do regime obrigatório de separação de bens, mas não é apropriada à questão do de comunhão universal.

Como já foi visto, a partir da outorga da personalidade jurídica, a sociedade passa a ter patrimônio próprio, independente do patrimônio dos sócios. Ou seja, a partir da personificação da sociedade, é ela "pessoa" distinta de seus sócios, com ampla capacidade e autonomia, não havendo razão para que se restrinja a manifestação de vontade de dois sócios, pelo fato de serem casados no regime de comunhão universal. E nem se alegue que isto provocaria fraude ao regime de casamento, eis que cada qual seria detentor dos bens móveis "quotas", como quaisquer outros bens móveis que pudessem ser detentores. Nem se diga que isto contrariaria o princípio da constituição da sociedade com duas ou mais partes, já que, ainda que o seu patrimônio possa ser confundido, em face do regime de casamento, mantém cada qual (o casal) sua autonomia.

Importante dizer que essa restrição não se aplica às sociedades anônimas. Em que pese o regime do artigo 977 ser generalizante, não tem o condão de alterar as regras gerais da LSA. Essa posição está em absoluta concordância com o artigo 1.089 do CCB, que determina que as sociedades anônimas são regidas por lei especial, aplicando-se, **nos casos omissos**, as disposições do CCB.

Sendo assim, não há como promover a restrição de participação de cônjuges, qualquer que seja o regime de seu casamento, em sociedades anônimas.

Pode-se dizer, então, que essa restrição do artigo 977 nada acrescenta ao sistema societário.

Outro aspecto a considerar, é a **possibilidade de participação de sociedades em outras sociedades**.

Das disposições gerais do CCB (art. 981), verifica-se que o legislador, ao tratar genericamente de *peessoas*, possibilitou a participação nas sociedades tanto das *peessoas físicas* como das *jurídicas*.

Ocorre, no entanto, que, em alguns tipos societários, o legislador fez restrição expressa à participação de pessoas jurídicas em sociedades. Observa-se no artigo 1.039 essa regra: somente "*peessoas físicas podem tomar parte nas sociedades em nome coletivo*." Nas sociedades em comandita simples, por outro lado, na categoria de sócios comanditados e responsáveis solidários, somente podem participar pessoas físicas (art. 1045).

Nos demais tipos societários, no entanto, os sócios podem ser pessoas físicas ou jurídicas, salvo restrições existentes em lei especial.

#### 2.4.1.1.2 Licitude do objeto

A licitude do objeto é condição imposta a qualquer negócio jurídico, que também deve ser possível, determinado ou determinável.

Naturalmente, o tema da liceidade diz respeito a algo que não contrarie à lei. No presente estudo, trabalhamos com situação específica detalhada por lei, ou

seja, com objeto nela explicitado. Sendo assim, a direção que adotamos está acobertada pela previsão legal.

Por outro lado, faz-se expressa remissão ao segundo requisito legal. Este é, nos termos do artigo 104 do CCB, o objeto possível. Ao tratar da recuperação da empresa, verifica-se que ela só será admissível se a "empresa for recuperável". Ou seja, se isto não for possível, será decretada a falência do empresário. Essa foi a linha adotada pelo instituto, a qual vem expressa no inciso II do artigo 53 da Lei n.º 11.101/05. Segundo esse dispositivo, o plano de recuperação será apresentado em juízo, contendo a *"demonstração de sua viabilidade econômica"*.

Sendo assim, quando se trata de objeto possível, para os fins da "recuperação de empresas", fala-se de empresa efetivamente recuperável, por meio de plano adrede preparado para tal finalidade.

E esse requisito acaba por conectar-se com o último, qual seja, ser ele determinado ou determinável. Neste caso, irá se trabalhar com objetos previamente determinados.

Assim, ao se pensar abstratamente em criação de sociedade de propósito específico (SPE), para promover a recuperação de empresa em dificuldade, por certo pode-se ter presente que este é pretensamente um objeto lícito, possível e determinado ou determinável.

#### 2.4.1.1.3 Forma prescrita em lei

As sociedades, desde seu regramento pelo Código Comercial, tinham liberdade de forma de constituição. Na norma estabelecida no revogado artigo 305, pode-se certificar que até as sociedades verbalmente constituídas eram admitidas e, mais, revestidas de liceidade.

Inexiste no CCB qualquer norma equivalente àquela do Código Comercial, no entanto, da análise do artigo 987 da Lei nova, pode-se concluir que, também agora, é admissível a sociedade contratada oralmente, ainda que seja para garantir

direitos a terceiros. Nos termos desse dispositivo, os terceiros podem provar a existência da sociedade por qualquer meio, ainda que não escrito.

Tal assertiva legal permite ao intérprete a constatação de que a forma oral não é contra a lei, ainda que, entre os sócios e destes contra terceiros, a sociedade só se possa provar por escrito.

Por outro lado, sendo escrito, não há forma específica para o contrato das sociedades. Pode ser por escrito particular ou escritura pública e, tendo sido constituída a sociedade por instrumento público, suas alterações não ficam vinculadas a essa mesma forma, nos termos do artigo 53 da Lei n.º 8.934/94.

Sendo assim, pode-se afirmar que não há forma prescrita ou defesa em lei para o ato constitutivo das sociedades.

#### 2.4.1.1.4 Função social

A expressão "função social" tem sido utilizada, especialmente após 1988, com sentidos que podem nos levar a dizer que é ela polissêmica. Essa variação de sentidos decorre, em muito, de questões ideológicas dos que a empregam.

Dessa forma, ao falar da função social da empresa ou da função social do contrato social, correm-se sérios riscos de adotar posições que sejam variantes ideológicas.

No entanto, cabe esclarecer, desde logo, que a idéia, aqui, é o não enfrentamento da questão sob esse enfoque, dando tratamento absolutamente precário e superficial ao tema, já que não é ele objeto de nossa tese. Trata-se apenas de complemento ao sistema adotado, como que colmatando a lacuna deixada pelos elementos comuns aos contratos. Mais, de verificar como esses elementos devem ser conjugados, para fins de se harmonizarem com esse conceito.



E, para falar da função social, devem-se priorizar três elementos históricos em relação às sociedades empresariais<sup>296</sup>: (a) a motivação para a criação das sociedades; (b) a motivação para limitação da responsabilidade dos sócios nas sociedades; (c) o regime político-econômico que seja dominante.

As sociedades, conforme é conhecimento notório, são fruto do espírito inventivo do ser humano, no sentido de lhe auxiliar na consecução das tarefas que não consegue, ou tem maior dificuldade de realizar isoladamente.

Nos primórdios do Capitalismo, como anotado na Introdução, o desenvolvimento das atividades artesanais dava-se por intermédio do indivíduo e, quando muito, este era auxiliado por sua família. Com o crescimento do que se pode chamar de economia, com a indústria, veio a necessidade da disseminação das sociedades, em face das dificuldades enfrentadas pelos indivíduos, seja de força-tarefa, seja de capital empregado.

Naturalmente, não se desconhece que a origem das sociedades se deu em momentos mais remotos. As sociedades anônimas têm sua origem, segundo os historiadores, nas primeiras navegações. Mas, não obstante tal reconhecimento, o que se pode dizer é que a proliferação das sociedades se deu, justamente, com o crescimento do Capitalismo e na necessidade da burguesia de fazer maiores aportes pessoais e patrimoniais nos negócios que estavam surgindo. Esta, portanto, deve ser anotada como a razão para a origem das sociedades.

Ultrapassada essa questão, outra, que a ela se mistura, é a da origem da necessidade de limitar a responsabilidade dos sócios. Coloca-se essa questão, eis que, se não se fizer referência à limitação da responsabilidade dos sócios, pouco há a falar em função social. Nosso entendimento decorre do fato de que, se não se limita a responsabilidade dos sócios e estes respondem pelas dívidas sociais, a efetiva divisão entre sociedade e sócios é, em verdade, pouco produtiva. É ela fruto, exclusivamente, de determinação legislativa. Perceba-se que, se os sócios vão responder

---

<sup>296</sup>Anteriormente designadas de comerciais.

pelas dívidas contraídas pela sociedade, ainda que na condição de responsáveis subsidiários, não se faz uma separação efetiva entre eles. Tanto isto é verdade que, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, quando se levanta o véu da pessoa jurídica quem responde é o sócio. Ou seja, ao se desconsiderar a personalidade jurídica, acaba-se conseguindo aquilo que já acontece nas sociedades em que não existe limitação de responsabilidade. E essa questão é tão importante que o Código Civil italiano só atribui personalidade às sociedades anônimas, limitadas e cooperativas, nos termos do artigo 2.498.

Essa distinção, que não teria fundamento em uma visão sincrônica do sistema do direito das sociedades, encontra seu fundamento em uma consideração diacrônica desse sistema. Ou seja, não se pode analisar esses tipos societários – uns que mantêm sócios com responsabilidade pelas dívidas e outros que limitam essa responsabilidade – sob um mesmo momento histórico. Segundo Galgano, essa visão diacrônica permite perceber que as sociedades em que todos os sócios têm limitação em sua responsabilidade, são mais recentes no ordenamento jurídico.<sup>297</sup>

Perceba-se que a discussão acerca da função social é muito recente. Não havia essa necessidade, enquanto aquele que tinha a iniciativa pelo projeto corria os riscos da atividade. A idéia da função social só proliferou quando os grandes investidores deixaram de correr o risco de sua atividade.

Por essa razão é que se anotou, como ponto a descortinar, qual a motivação que levou a ser criada a limitação de responsabilidade. O motivo não é outro senão para poder desenvolver o comércio.

Analisando a origem histórica das sociedades limitadas, especialmente na Alemanha, Villemor Amaral afirma que desde 1882 o país buscava um novo tipo societário, o qual pudesse albergar os pequenos e médios empreendimentos, a fim de resolver os problemas do comércio, que se ressentia da falta de uma estrutura

---

<sup>297</sup>GALGANO, *Diritto...*, op. cit., n.3.2.

dessa natureza. E essa busca, necessariamente, deveria vir atrelada à limitação da responsabilidade dos sócios.<sup>298</sup>

Verifica-se, portanto, que, se desde o início do Capitalismo (séculos XIV e XV) os grandes investimentos já haviam migrado para as sociedades anônimas, buscando segurança em seus aportes, a partir do século XIX os pequenos e médios investidores (grande massa da nova burguesia) deixaram de aplicar seus recursos em sociedades nas quais tivessem que responder com seu próprio patrimônio pelas dívidas sociais.

Sendo assim, nasce a partir daí o interesse em se discutir a questão da função social do contrato de sociedade, eis que o interesse exclusivista do investidor havia sido deflagrado, apesar de não estar ele, obrigatoriamente, na administração de seus negócios.

Enquanto na relação das sociedades em que os sócios respondem com seus bens particulares pelas dívidas sociais essa responsabilidade é uma espécie de balança ao poder diretivo que lhes é conferido<sup>299</sup>, nas sociedades de capital – aí podendo ser incluída a *limitada* – há uma separação entre a propriedade e o controle das riquezas<sup>300</sup>. E, adotando a definição emprestada ao termo *controle de sociedade* por Comparato e Salomão, pode-se dizer que "Controlar uma empresa significa poder dispor dos bens que lhe são destinados, de tal arte que o controlador se torna senhor de sua atividade econômica".<sup>301</sup>

Com essa separação, pode ser explicada a razão da superação do problema do *risco da empresa*, que é assumido pelos sócios que participam de sociedades classificadas como de responsabilidade mista ou ilimitada. Enquanto nestas os

---

<sup>298</sup>AMARAL, Hermano de Villemor. **Das sociedades limitada**. 2.ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia., 1938. n.23.

<sup>299</sup>Nas sociedades de pessoa, excluída a *limitada*, a responsabilidade pessoal é sempre do sócio que exerce a administração da sociedade.

<sup>300</sup>Conferir em Galgano (**Diritto...**, op. cit., n.3.4).

<sup>301</sup>COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.124.

administradores assumem os riscos da atividade, por serem eles os beneficiários diretos do negócio, nas sociedades de capital os controlares *não são os beneficiários diretos* do negócio e representam os interesses dos proprietários, que podem ser em grande quantidade.

Sendo assim, o que explica a limitação da responsabilidade dos sócios é justamente a possibilidade de aplicar-se fundos em atividades com expressão que não seja diminuta, sem que haja necessidade de uma maior inter-relação entre os sócios, ou deles para com a atividade que se pretenda desenvolver. Em outras palavras, a vida e a pessoa dos sócios não têm importância fundamental para a sociedade. Daí a maior preocupação com a função social. Esse descolamento entre sócio e sociedade, entre propriedade e riqueza, faz surgir outras preocupações, as quais antes não tinham significado.

E, ainda em conexão com as duas questões colocadas, encaixa-se a terceira, que as revela: trata-se do regime capitalista. Naturalmente, se estivéssemos em face de regime político de outra natureza, como o socialista, o viés sob o qual olharíamos a questão da função social seria diverso. No entanto, o enfoque que devemos adotar, sem dúvidas, é o capitalista.

Sob esse aspecto, há quem fale do *interesse social*, em substituição à função social, para dizer que ele "não é redutível a qualquer interesse dos sócios e sim, unicamente, ao seu interesse comum de realização do escopo social". E o escopo social é decomposto em dois elementos: "objetivo final e o modo de sua realização". Esse escopo social seria a produção dos lucros e sua repartição entre os sócios.<sup>302</sup>

Tal visão, que é específica da empresa, pode ser ampliada, e essa é a nossa proposta, para dizer que, se o escopo final é a produção de lucros e a distribuição entre os sócios, de certa maneira está a considerar-se a perpetuação da sociedade e, conseqüentemente, a movimentação da economia.

---

<sup>302</sup>COMPARATO e SALOMÃO FILHO, op. cit., p.381-382.

Visto dessa forma, poderia ser cogitado que a função social, impregnada nos contratos sociais, é a da reprodução do modo de produção capitalista, geradora de riquezas para a nação e para a comunidade na qual a empresa esteja inserida.

Quando se fala em manutenção da empresa, é justamente essa tutela que se quer emprestar, ou seja, a preservação do modo de produção capitalista, o qual está baseado nas empresas, tal como atividades econômicas organizadas para a produção e a circulação de riquezas.

Verifique-se que é possível enxergar no relatório feito em 2004 pelo Senador Ramez Tebet, para apresentar o PLC 71<sup>303</sup>, exatamente esse âmbito. Selecionamos, para demonstrar tal assertiva, dois parágrafos daquele relatório, a saber:

*É nessa perspectiva que o projeto traz como grande novidade instrumentos, hoje inexistentes, que **permitirão às empresas recuperáveis a superação de conjunturas adversas**. Pode haver objetivo mais favorável aos trabalhadores do que esse? O que se **pretende é dar condições às empresas viáveis de se manterem ativas**. É claro que, muitas vezes, serão necessárias profundas reorganizações administrativas. Mas o importante é que os trabalhadores não sejam vitimados pelo efeito social mais deletério das falências: o desemprego que decorre da desintegração pura e simples de empresas falidas. (grifo nosso)*

E continua o Senador, em sua linha de raciocínio:

*A lei de falências que se analisa tem dupla natureza: por um lado, traz normas de direito processual, indispensáveis à boa condução das falências e das recuperações de empresas. Por outro, prevê regras de direito material, estabelecendo em que hipóteses e sob que condições **as pessoas e as sociedades em dificuldades têm direito à tutela do Estado para se recuperar** e, caso isso não seja possível, como deve ser conduzido o processo para que sejam afastadas das atividades empresariais. (grifo nosso)*

Ora, como declarado no Parecer enfocado, o que se pretende é dar condições às empresas viáveis de manterem-se ativas. Como empresa é, justamente, atividade, o que se pretende é que a atividade seja mantida, mediante a tutela que o Estado possa exercer.

---

<sup>303</sup>O qual teve como objeto a Lei n.º 11.101/05.

Sendo assim, retornado-se ao ponto de partida, ou seja, análise da função social a impregnar os contratos sociais, como referente obrigatório, tal qual seus elementos constitutivos, concluímos que, de fato, ela está inserida nesses elementos. Talvez não como um elemento isolado, mas como um que se acopla e alimenta os demais. Ou seja, quando falamos em manifestação da vontade, sobre um determinado objeto lícito e possível, que seja relativo à atividade econômica organizada, consideramos o cumprimento dessa função social. Por outro lado, à questão da forma, como visto, não há exigência prévia para constituição da sociedade. Mas igualmente neste plano, quando houver forma prescrita em lei, para a criação de uma determinada espécie de sociedade, essa especialização terá, certamente, substrato marcado pela função social.

Por esse motivo é que foi concebida a função social como um dos elementos obrigatórios dos contratos sociais.

#### 2.4.1.2 Elementos específicos do contrato de sociedade

Para além dos elementos gerais, os quais são obrigatórios em todos os negócios jurídicos, já analisados nos subitens anteriores, há alguns outros tidos como essenciais aos contratos de sociedade. Requião aponta como específicos desses contratos a "pluralidade de sócios, a constituição do capital social, a 'affectio societatis' e a co-participação nos lucros e nas perdas".<sup>304</sup>

Ao comentar o *ato constitutivo* das sociedades, Gonçalves Neto diz ser em vários países admitida a sociedade unipessoal originária, sendo a sociedade unipessoal derivada, ou seja, aquela que no curso de sua vida ficou com um único sócio, também admitida no Brasil. Com esses argumentos, deixa claro que a questão da *pluralidade de sócios* deixou de ser um elemento essencial desse contrato.<sup>305</sup>

---

<sup>304</sup>REQUIÃO, **Curso de direito comercial**, v.1, n.223/229.

<sup>305</sup>GONÇALVES NETO, **Lições de direito societário**, op. cit., p.53.

De fato, a esse elemento não deve ser dada a ênfase que a ele emprestava Requião, especialmente por verificar que tal posicionamento vem desde as primeiras edições de seu *Curso de Direito Comercial*.<sup>306</sup>

Certamente, quando das primeiras vezes que tal trabalho foi escrito, pouco se falava, no Brasil e no estrangeiro, das sociedades unipessoais. Hoje, no entanto, elas são uma realidade. E o são por força legislativa, como aponta Gonçalves Neto, ou por força dos fatos, com os *homens de palha* ou *sociedades de favor*, as quais não são ilegais ou de qualquer forma vedadas por lei.

Por outro lado, quanto à *affectio societatis*, Gonçalves Neto entende que tal conceito é volátil e arcaico, não servindo, atualmente, para fornecer substância aos contratos de sociedade, eis que, se assim o fosse, qualquer sócio majoritário, alegando sua quebra, poderia excluir o minoritário das sociedades de pessoas. Como isto é vedado atualmente, sendo necessária justa causa para a exclusão, não se poderia mais falar em *affectio* nas sociedades.<sup>307</sup>

Parece que, novamente, as lições de Calixto Salomão Filho sobre o *contrato organização* podem nos auxiliar. Se a questão passasse exclusivamente pelo viés da *affectio societatis*, naturalmente as sociedades estariam absolutamente restritas a situações episódicas e marcadas pela falta de profissionalismo.<sup>308</sup> Certamente há algo para além disso a manter a estabilidade das sociedades. Esse "algo a mais", em nosso entender, é justamente a *organização* criada, que promove a autonomia da sociedade em relação aos seus sócios, permitindo, mesmo na discórdia entre eles, que ela tenha seu curso normal, salvo se esses transtornos sejam de tal monta que acabem por comprometer a *organização*. Se isso chegar a ocorrer, ter-se-á a justa causa a dar ensejo, inclusive, à expulsão do sócio.

---

<sup>306</sup>Conferir em *Curso de Direito Comercial*, 1972, volume único.

<sup>307</sup>GONÇALVES NETO, **Lições de direito societário**, op. cit., p.54.

<sup>308</sup>Ainda que a marca da afeição societária fosse decorrência dos conhecimentos profissionais de um, alguns ou todos os sócios.

Nesses termos, a *affectio societatis* pode ser traduzida como um acessório da *organização* promovida pelos sócios, mas não como elemento do próprio contrato. Mas, como tais questões não serão abordadas, pelos motivos já expostos, passa-se a tratar da constituição de capital social e da co-participação nos lucros e perdas. Para tanto, abrem-se novos subitens.

#### 2.4.1.2.1 Da constituição de capital social

O capital social, elemento obrigatório nas sociedades, é, segundo Gonçalves Neto, "um valor referencial para a determinação de seu (da sociedade) resultado financeiro ao longo de determinado período" e decorre da "contribuição dos sócios, que consiste nos recursos que cada qual irá aportar à sociedade para compor o seu patrimônio, isto é, o patrimônio social".<sup>309</sup>

Segundo Carvalhosa, o capital social serve "não apenas à garantia dos credores e como índice econômico-financeiro da sociedade, mas também, e principalmente, como meio de realização da atividade empresarial".<sup>310</sup>

Essas definições não se afastam daquelas existentes no direito italiano. Lecionando sobre o tema, os professores Jaeger e Denozza dizem que capital social tem a mesma definição para sociedades de pessoas e de capital, variando apenas a garantia de sua integridade. Ensinam que tal expressão corresponde à "***somma del valore dei conferimenti effettuati dai soci***".<sup>311</sup>

---

<sup>309</sup>GONÇALVES NETO, **Lições de direito societário**, op. cit., n.39.

<sup>310</sup>CARVALHOSA, Modesto. Do direito de empresa. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). **Comentários ao código civil** (arts. 1.052 a 1.195). 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.13. p.62.

<sup>311</sup>JAEGER e DENOZZA, op. cit., p.141.



Destoando quanto ao entendimento de que tanto para as sociedades de capital quanto para as de pessoas, a questão é similar, Galgano afirma que, de fato, o capital social é a soma dos valores conferidos pelos sócios à sociedade, mas que, nas sociedades de pessoas, não há obrigatoriedade de constar no contrato social qual é a soma individual dessa contribuição. Assim, quando não houver essa individualização, para esse tipo de sociedades, entende-se que a contribuição é igualitária. No entanto, tal falta, nas sociedades de capital, provoca o defeito do negócio jurídico.<sup>312</sup>

No direito brasileiro, a questão vem tratada no artigo 997, III do CCB e no artigo 5.º da LSA. Enquanto no Código Comercial a questão era disciplinada apenas relativamente à *"quota com que cada um dos sócios entra para o capital"* (art. 302, 4), o atual dispositivo estabelece como cláusula obrigatória aquela que designe o *"capital da sociedade"*, utilizando a mesma fórmula adotada pelo legislador de 1976, o qual determinou que o *"estatuto da companhia fixará o valor do capital social"*.

Nos termos dos artigos 1004 do CCB e 106 da LSA, não se verifica no direito brasileiro a distinção apontada por Galgano e acima mencionada, eis que, tanto nas sociedades reguladas pelo CCB quanto naquelas objetos de previsão na LSA, há necessidade de individualização da quantia a ser integralizada pelos sócios no ato constitutivo das sociedades.

A constituição do capital social, como elemento obrigatório do contrato, importa em certas responsabilidades para o sócio, especialmente quando a sua integralização é feita em qualquer espécie de bens passíveis de avaliação em dinheiro.

Essas responsabilidades são similares àquelas assumidas pelo vendedor dos bens, respondendo o sócio, se a transferência for de crédito, pela solvência do devedor.<sup>313</sup>

---

<sup>312</sup>GALGANO, **Diritto**..., op. cit., n.4.4.

<sup>313</sup>Art. 1005 do CCB e art. 10 da LSA.

Por outro lado, nas sociedades reguladas pelo CCB, todos os sócios respondem pelo valor do bem integralizado, eis que aceitaram, de comum acordo, a integralização pelo valor ofertado pelo sócio protagonista da oferta.

Essa questão da responsabilidade dos sócios pelos bens integralizados, quando o capital não for constituído em dinheiro, é bastante relevante no presente trabalho, eis que, provavelmente estaremos diante, na hipótese do inciso XVI do artigo 50 da Lei n.º 11.101/2005, de (a) constituição de capital social com bens, por meio da transferência de ativos de um determinado devedor comum, cuja (b) solvência é, no mínimo, duvidosa.

Duas perspectivas poder-se-iam adotar nessas circunstâncias: (a) os bens a serem transferidos seriam aqueles pertencentes ao *estabelecimento* ou ao *fundo de comércio* do devedor; (b) os bens seriam os próprios créditos (a lei fala de ativos).

A primeira visão que se lança está em consonância com a tendência doutrinária, que não admite entre os elementos formadores do fundo de comércio as dívidas.<sup>314</sup> Tal tendência foi adotada pelo CCB, ao estabelecer que a eficácia da alienação do *estabelecimento* depende do pagamento dos credores ou do seu consentimento (art. 1145). Ora, se o alienante deve pagar ou obter autorização dos credores para vender seu estabelecimento, certamente é porque as dívidas não compõem esse estabelecimento. Assim, o *estabelecimento* seriam os ativos de que trata o dispositivo legal. Mas, se essa for a interpretação adequada, qual seria a diferença entre esse dispositivo e aquele estabelecido no inciso VII do mesmo artigo? Seria crível que a diferença fosse, tão-somente, a questão da adjudicação? A similitude de situações, nesse caso, seria bastante grande.

---

<sup>314</sup>Apenas para mencionar, ver em Requião (**Curso de direito comercial**, v.1, op. cit., p.287-288; Ferrer Correia (Reivindicação do estabelecimento comercial como unidade jurídica. In: \_\_\_\_\_. **Estudos de direito civil, comercial e criminal**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1985).

Naturalmente, poderia ser dada interpretação literal a tais dispositivos, para enxergar no inciso VII a transferência do estabelecimento como universalidade, tal qual o conceitua o artigo 1142 do CCB, enquanto, para o inciso XVI, a transferência seria de alguns ativos, e não de todos, de tal sorte que não ficasse caracterizado o trespasse.

De todas as formas, ao adotar essa primeira perspectiva, pensa-se em hipótese muito similar àquela alinhada pelo legislador no outro dispositivo já mencionado, mas com o afastamento dos inconvenientes de ter que se obter, para validade e eficácia do negócio, autorização dos credores.<sup>315</sup> No entanto, isso estaria superado com a aprovação do plano de recuperação. Assim, a hipótese legal é, de certo modo, confusa.

A outra conjectura é da cessão à sociedade em constituição dos créditos (*ativos*) que os credores têm junto à sociedade em recuperação, para que esta tenha em seu patrimônio tais *ativos*. Nessa linha de raciocínio, os credores passariam dessa condição para investidores, pois seus créditos seriam transformados em aplicações de capital junto à sociedade de propósito específico. A SPE, por sua vez, após sua constituição, passaria à condição de credora da sociedade em recuperação. Como houve o aporte de capital, ela seria a detentora de grande parte dos créditos da sociedade em recuperação e, assim, poderia ter a si adjudicados os créditos.

Ocorre que essa hipótese esbarraria nas questões da constituição do capital social, acima levantadas, quais sejam: (a) valor do capital social; (b) solvabilidade do devedor, em caso de transferência de créditos.

Quando a constituição do capital for em bens e ela ocorrer nas sociedades reguladas no CCB, o sócio pretendente ao ingresso faz a oferta de aporte, atribuindo valor prévio aos bens cuja transferência de propriedade, posse, uso, gozo, ou qualquer forma de direito aferível em dinheiro. A aceitação da oferta pelos demais sócios importa na concretização do negócio, por meio da transferência do direito à

---

<sup>315</sup>Arts. 1145 e 1146 do CCB; arts. 94, III, c e 129, VI da Lei n.º 11.101/05.

sociedade e das quotas ao sócio ingressante. Em razão dessa oferta e aceitação ocorrerem no âmbito interno da sociedade, o legislador previu, no parágrafo 1.º do artigo 1.055 do CCB, que "*os sócios respondem solidariamente pela exata estimação de bens conferidos ao capital social.*" Portanto, a responsabilidade não será apenas daquele que conferiu o bem, mas de todos os sócios, justamente pela aceitação do valor.

Por outro lado, quando a oferta for feita a sociedades anônimas, há alteração de procedimento. Nestes casos, o subscritor fará a oferta, e a avaliação dos bens deverá ser procedida por empresa especializada ou por três peritos nomeados em assembléia-geral. Feita a avaliação, será levada a conhecimento da assembléia para aprovação. Aprovada, será ouvido o subscritor para saber se a aceita. Ultrapassadas essas fases, poderá ser integralizado o capital. Como a avaliação é feita em caráter profissional, os avaliadores e o subscritor respondem por culpa ou dolo na avaliação.<sup>316</sup>

Em decorrência dos procedimentos acima anotados, percebe-se que o ato de transferir bens à sociedade, como forma de se tornar dela investidor, ou melhor, trocar um tipo de patrimônio (no caso cogitado, créditos) por outro (participação societária), acarreta responsabilidades desde o momento inicial àquele que o promove.

Feita a análise da questão abstratamente, impele verificar esses contornos em relação ao estudo que está a se desenvolver no presente trabalho.

Conjugando as responsabilidades com a necessidade de atribuir-se valor certo ao bem que se irá transferir à sociedade, bem como assegurar a solvência do devedor, cujo crédito está a se ceder, certamente há que se contornar essas questões, para que se pense na constituição de SPE para abrigar os ativos de devedor em recuperação.

Não há como atribuir valor certo a créditos junto a devedor em recuperação. Naturalmente, pode se acreditar no empreendimento e, conseqüentemente, na recuperação do devedor. Esta é a razão precípua para se participar da constituição da SPE. No entanto, em muitas oportunidades, o que se percebe, na prática, é que os credores preferem tentar remediar a quebra imediata, por meio de procedimentos

---

<sup>316</sup>Art. 8.º da LSA.

que possam ser viáveis, mas que não são completamente imunes a testes contábeis, econômicos e financeiros. Sendo assim, qual o valor a eles atribuível? O de face? Ou um certo valor com deságio? Nesta hipótese, qual o deságio a aplicar? Teria esse deságio alguma relação com a plausibilidade da recuperação? Não sendo aplicado, os sócios (e os avaliadores, em caso de S/A.) seriam responsáveis pela falta do capital social?

Por outro lado, mas sempre sob o mesmo caminho, na falta de cumprimento da obrigação pelo devedor em recuperação, seriam responsáveis os quotistas (art. 1.005 do CCB) ou os acionistas (art. 10, parág. único da LSA), pela sua solvência, sendo obrigados a repor o capital não integrado ao patrimônio da SPE? Teria, neste caso, o quotista ou o acionista dupla perda: com o crédito não recebido e o valor a integralizar?

As respostas às perguntas acima parecem cruzar-se. A razão para que haja a precaução quanto à real atribuição de valor aos bens que serão vertidos à sociedade, bem como que a sociedade efetivamente os receba, está em sintonia com a segurança da existência da sociedade e sua autonomia, mas, especialmente, com a garantia dos terceiros, como bem explicitou Carvalhosa na passagem acima transcrita. Segundo Corrêa-Lima, o "legislador procura prevenir e evitar, neste particular, o conflito de interesses, o abuso do direito de voto na assembléia-geral que aprovar o laudo de avaliação (art. 115) e, sobretudo, o denominado 'capital aguido', capaz de induzir eventuais credores a erro".<sup>317</sup>

Se a preocupação primordial é evitar que terceiros sejam lesados, faz-se necessário deixar claro, na constituição da sociedade, qual o seu objetivo e a razão de sua contratação. Nesse aspecto, estabelecer o contrato social com a cláusula de atividade para negócios determinados, como é o caso da SPE, teria o condão, a

---

<sup>317</sup>CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade anônima**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.41.

nosso ver, de afastar o eventual desconhecimento de terceiros de que a sociedade teria sido criada justamente com essa característica e com esse risco.

Faz-se necessário, no entanto, que no ato constitutivo, ou na assembléia-geral, fique absolutamente claro que os bens que estão sendo recebidos, o estão por conta do objetivo específico da sociedade, qual seja, de recuperação daqueles ativos que os credores têm junto ao devedor comum.

Parece que a solução encontrada pelo legislador de 1976, no parág. 6.º do art. 8.º, estabelecendo que a responsabilidade dos acionistas e terceiros se dará por culpa ou dolo, é mais consentânea com a questão que ora se coloca. Comentando jurisprudência que se consolidou nos EUA<sup>318</sup>, Corrêa-Lima afirma que naquele país os tribunais "passaram a responsabilizar os acionistas apenas naquelas hipóteses em que tenha ficado demonstrada a existência de uma superavaliação ou uma deturpação enganosas".<sup>319</sup> Ou seja, tal entendimento é subsumível àquele existente em nossa moldura legal, na LSA.

Resta saber se é possível promover interpretação contrária à expressa disposição legal (art. 1.005 do CCB e art. 10, parág. único, da LSA), no que diz respeito à responsabilidade pela solvência do devedor, pela entrada (integralização de capital) consistente em crédito.

Quer nos parecer que, também aqui, a resposta é positiva. Não se trata de situação padrão, daquelas emolduradas abstratamente pelo legislador. É consabido que o legislador segue modelos padrões, sem considerar certas peculiaridades do caso concreto. Na situação em análise, está a cogitar-se de possibilidade de recuperação de empresas, por meio de mecanismo próprio previsto exemplificativamente pelo legislador de 2005, a qual, sendo devidamente configurada, tem o condão de

---

<sup>318</sup>Isto, após decisão assaz criticada da Corte de New Jersey, determinando a reposição do capital social por avaliação que levava em consideração o aviamento de uma empresa, que, finalmente, não se consubstanciou.

<sup>319</sup>CORRÊA-LIMA, op. cit., p.43.

exonerar os quotistas e acionistas dessa responsabilidade, eis que, não fosse assim, como já dito, seriam eles duplamente penalizados. Como o interesse legal é de dar condições, as mais favoráveis, para que se promova a recuperação da empresa, certamente essa questão supera a outra, no aspecto do interesse social.

Claro que, também nesse caso, os terceiros que vierem a negociar com a SPE precisam estar cientes dessa condição, não podendo ser ela omitida, pois, nesse caso, haverá responsabilidade dos quotistas ou acionistas pela solvência. Mas não pelo fato de o devedor comum não ter cumprido com suas obrigações na empresa em recuperação, e sim porque estes agiram com culpa ou dolo relativamente aos que com a SPE contrataram.

Assim, na formação do capital social da SPE, com créditos, ou ativos da devedora em recuperação, os quotistas ou acionistas poderão fazê-lo, sem que tal transferência importe em assunção de responsabilidades quanto à efetividade do valor de face desses ativos ou créditos, bem como relativamente à solvência do devedor. E tal conclusão se impõe, ante o princípio da recuperação da empresa, que deve sobrepujar o teor do dispositivo legal que determina o contrário.

#### 2.4.1.2.2 Da co-participação em lucros e perdas

O outro tema que se deve abordar, no que diz respeito aos elementos específicos dos contratos de sociedade, é o da participação dos sócios nos lucros e nas perdas.

Viu-se no item 2.1.1 supra que no direito italiano o elemento diferenciador entre as associações e as sociedades, antes da questão da exploração de atividade econômica, é o da partilha dos resultados. Esta, pelo menos, é a visão de Galgano, Navarrini e Faggella.

Essa questão da participação nos lucros e nas perdas é, portanto, traço distintivo das sociedades. E tal característica, ou elemento, já era concreto na lei anterior. No Código Comercial de 1850, encontrava-se a determinação de nulidade

da sociedade ou companhia *leonina*, assim entendida aquela em que houvesse determinação de que os lucros pertencessem a um só sócio, ou que exonerasse um ou alguns das perdas sociais.<sup>320</sup> Ao lado desse dispositivo, o artigo 302, 4, de modo imperativo, determinava que o contrato social deveria estabelecer a quota com que cada sócio entrava no contrato social, bem como sua participação nos lucros e nas perdas.

Na legislação em vigor não é diferente. Verificando-se a partir da regra mais antiga, analise-se o disposto no artigo 202 da LSA. Nele consta a obrigatoriedade de distribuição de dividendos, mesmo quando o estatuto da companhia for omissivo.

O CCB manteve a disposição da Lei de 1850, tanto no artigo 997, VII, ao estabelecer a necessidade de inserção nos contratos sociais de cláusula que preveja a participação dos sócios nos lucros e nas perdas, como fixando a nulidade do dispositivo que crie sociedade *leonina*. No entanto, a abrangência da nulidade é diversa na lei atual. Enquanto na legislação revogada era "*nula a sociedade ou companhia*" em que se estabelecesse a condição proibida, no artigo 1.008 do CCB encontra-se a nulidade da "*estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas*".

Quanto à questão das perdas, é importante que se aclare que, tratando-se de sociedade na qual os sócios tenham responsabilidade limitada, essas perdas ficarão circunscritas ao montante fixado em lei e nos contratos, não se podendo pensar em perdas para além desse limite. Assim, falar em perdas nas anônimas, significa perder o que se aportou conforme determinado no ato da subscrição, e nada a mais.

Verificados os elementos constitutivos dos contratos de sociedade, volta-se à análise da estrutura da sociedade simples.

---

<sup>320</sup>Ou exonerasse as entradas de um ou alguns sócios dessas perdas – art. 288.



### 2.4.1.3 As deliberações societárias

Ao estudar a natureza jurídica da figura do administrador (ou gerente, usando a designação da lei anterior) das sociedades de pessoas, Requião passa pelos institutos do mandato, da representação, da locação de serviços, para adotar a *teoria do órgão*.<sup>321</sup>

Segundo o eminente professor, o "gerente, diretor ou administrador, é um **órgão** da sociedade comercial. Existe, nesse particular, perfeita identificação entre a pessoa jurídica e a pessoa física. O órgão executa a vontade da pessoa jurídica..."<sup>322</sup>

Seguindo tal teoria, somos levados a entender que, nessas sociedades, há efetiva divisão entre os órgãos societários, de tal sorte que cada qual exerce suas atividades, nos limites de suas funções.

Ocorre, no entanto, que não se visualiza no CCB essa separação de funções, entre os órgãos de deliberação e de administração, das sociedades de pessoas. Verifique-se, por exemplo, o artigo 1.010. Tal mecanismo é, sem dúvidas, de deliberação. No entanto, está inaugurando a seção própria da administração das sociedades. Trata, o referido dispositivo, da competência dos sócios, a respeito das decisões "*sobre os negócios da sociedade.*" Ora, decidir sobre os negócios da sociedade é atividade própria de *órgão de deliberação*, tanto que a lei fala em seguida sobre o quórum de deliberação. Após essa decisão, é emitida ordem para que o *órgão de execução*, responsável pela 'administração' da sociedade, promova as medidas de cumprimento dessa decisão. Ocorre que, apesar disso, o referido artigo trata da deliberação, bem como da análise do quórum da mesma, sem passar pela questão da administração.

Fica certo, portanto, que a teoria organicista, nas sociedades de pessoas, sofre certas restrições, como, aliás, alertam Comparato e Salomão Filho, ao dizerem

---

<sup>321</sup>REQUIÃO, **Curso de direito comercial**, v.1, op. cit., p.442-443.

<sup>322</sup>REQUIÃO, **Curso de direito comercial**, v.1, op. cit., p.442-443.

que: "Ao contrário do que sucede nos demais tipos societários, a economia interna da sociedade anônima não é deixada à livre decisão dos seus fundadores ou acionistas. O legislador discriminou poderes-funções considerados fundamentais, atribuindo-os a órgãos próprios..."<sup>323</sup> Ou seja, a teoria organicista só é efetivada na economia interna das sociedades anônimas, havendo certas restrições nos demais tipos societários.

Assim, ao se tratar de deliberações na estrutura da sociedade simples e, por conseqüência, nas demais sociedades de pessoas, é prudente não misturar deliberação com a administração da sociedade.

Quanto às deliberações, portanto, é importante ressaltar que, exceção feita às sociedades limitadas, nas demais reguladas pelo CCB não se aplica o princípio do majoritário. Nos exatos termos do artigo 999, as *"modificações do contrato social, que tenham por objeto matéria indicada no art. 997, dependem do consentimento de todos os sócios"*.

Para além dessa fixação de quórum, há, ainda, situação mais complexa, como a do artigo 1.019, que fixa como irrevogáveis os poderes outorgados ao sócio administrador no contrato, salvo por decisão judicial, comprovada a justa causa. Ou seja, nesses casos, somente com a vontade própria do sócio administrador ou com decisão judicial é que pode ser alterada a cláusula de administração da sociedade.

Tais dispositivos, que prestigiam a minoria societária, de certa forma engessam a criação de todos os tipos societários, que não sejam as limitadas e as anônimas, eis que obter a unanimidade em todas as deliberações parece medida que se afasta do próprio interesse societário, ferindo o princípio da autonomia do ente criado.

É de lembrar que o legislador possibilitou a existência de outros tipos societários não empresariais, tendo por base as disposições da sociedade simples. No entanto, com tais exigências, impede, por via transversa, sua criação. Por outro lado, torna deveras incômoda a situação daqueles que são obrigados, em face da

---

<sup>323</sup>COMPARATO e SALOMÃO FILHO, op. cit., p.30.

atividade exercida, a criar sociedade simples, por não ter objeto empresarial em seu contexto.

A exceção legal, ao permitir as deliberações por maioria, é feita por exclusão. A previsão é que, salvo nos casos do artigo 997 e salvo estipulação em contrário no contrato social, as alterações poderão ser feitas pela maioria absoluta dos sócios<sup>324</sup>. Ocorre que as hipóteses remanescentes são, naturalmente, de menor importância, já que as cláusulas obrigatórias estão todas especificadas no indigitado texto legal.

Assim, em nosso entendimento, a estrutura da sociedade simples é apropriada para as sociedades efetivamente de pessoas, nas quais o vínculo entre os sócios é absolutamente estreito, a possibilitar que as deliberações societárias sejam adotadas unanimemente.

#### 2.4.1.4 A administração

Acompanhando Ascarelli, ao estudar a organização das sociedades, devemos distinguir entre "o que diz respeito à formação da vontade social (deliberação assemblear, decisões do conselho dos diretores) e o que respeita à manifestação dessa vontade aos terceiros".<sup>325</sup> É necessário fazer tal distinção, já que nem sempre é permitido a quem concorre para a formação da vontade social poder manifestá-la a terceiros.

No item anterior, verificaram-se algumas questões da formação da vontade social; neste, o foco será a sua manifestação. Naturalmente não será possível estabelecer absoluta distinção entre os órgãos sociais de formação e manifestação de vontade, mesmo porque o objeto de análise neste item é a estrutura das sociedades simples. E, como diz Comparato, a "estrutura de poderes e funções é

---

<sup>324</sup>Art. 999, 2.<sup>a</sup> parte.

<sup>325</sup>ASCARELLI, **Problemas...**, op. cit., p.343.

mais ou menos amplamente modelada pela vontade dos fundadores, porque há tipos societários mais ou menos organizados pela lei".<sup>326</sup> E as sociedades simples não são reguladas ao extremo, como o são as anônimas, no que diz respeito à separação dos órgãos sociais.

Analisando a questão sob a ótica do Código Comercial, Waldemar Ferreira explicita que as sociedades de pessoas<sup>327</sup> "Apresentam-se com os seus diretores, de sócios gerentes chamados, habilitados a representarem-na, fazendo uso da firma social." E vai além no que diz respeito a atuação desses administradores, afirmando que não fazem "somente representá-la e organizar os seus serviços de contabilidade, de compras, de vendas, de publicidade e outros. Munidos se acham, pela própria investidura do cargo, de amplos poderes de administrar e dispor, indispensáveis para realizar o objetivo social".<sup>328</sup>

Duas questões emergem dessas assertivas do professor da USP. A primeira, é relativa à articulação que faz dos poderes do administrador das sociedades de pessoas, que vão desde a pura execução até, em certa medida, a deliberação. Isso, naturalmente, quando se refere a sociedades em que a administração é exercida pelos sócios, não se admitindo a nomeação de terceiros não pertencentes ao quadro social. Essa questão é de suma importância para a análise das sociedades simples. A segunda questão está relacionada a tema que acima já se levantou e se conecta com a natureza jurídica da figura do administrador. Ao que parece, sua perspectiva é de que o administrador é *representante* da sociedade e, conseqüentemente, a natureza seria de representação.

Sem polemizar, nem pretender esgotar o assunto, anotou-se no item anterior que o professor Requião afastou-se da teoria da representação e também

---

<sup>326</sup>COMPARATO, Fabio Konder. Eleição de diretores em companhia aberta. Validade e eficácia de reuniões do conselho de administração de sociedade anônima. 'Quorum' deliberativo em assembléias gerais de companhia aberta. In: \_\_\_\_\_. **Direito empresarial**. São Paulo: Saraiva, 1990. p.183.

<sup>327</sup>Das quais as sociedades simples podem ser seu tipo padrão.

<sup>328</sup>FERREIRA, **Instituições...**, op. cit., p.350.

da do mandato. No entanto, parece ser exatamente essa a teoria adotada por Comparato, pelo menos ao explicar o percurso histórico da administração das sociedades anônimas. Ao comentar o revogado artigo 295 do C. Comercial, o mestre paulista diz que os administradores eram considerados *mandatários dos acionistas*.<sup>329</sup>

Essa teoria do mandato foi a adotada pelo CCB. Verifique-se que, ao estabelecer o regramento desse órgão, o parág. 2.º, do artigo 1.011, estabeleceu que "*Aplicam-se à atividade dos administradores, no que couber, as disposições concernentes ao mandato*".<sup>330</sup>

De qualquer sorte, independentemente da teoria adotada, tem importância no contexto a lição de Waldemar Ferreira, eis que a vinculação dos sócios aos poderes de administração estará na exata medida da forma adotada pelos fundadores da sociedade. Sendo o tipo societário *sociedade simples* um tipo cujo esquema é aberto, o legislador não fixou forma prévia a respeito da participação dos sócios na administração social, como ocorre nas demais espécies societárias.<sup>331</sup>

---

<sup>329</sup>COMPARATO, Fabio Konder. Ineficácia de estipulação, em acordo de acionistas, para eleição de diretores, em companhia com conselho de administração. In: \_\_\_\_\_. **Direito empresarial**. São Paulo: Saraiva, 1990. p.175.

<sup>330</sup>Após criticar esse dispositivo do CCB, Carvalhosa diz que, para a sociedade limitada, em face da adoção do organicismo, ela não se aplica. É dele a lição: "Trata-se de **representação orgânica**, que na sociedade limitada caberá apenas aos administradores incumbidos dessa função no contrato social. Não há qualquer mandato na espécie, em que pese a possibilidade de aplicação das regras do mandato por força do art. 1.011, parágrafo 2.º, às sociedades limitadas regidas supletivamente pelas normas das sociedades simples. A representação é orgânica por inexistirem duas pessoas, o representante e o representado. Há apenas uma pessoa: a própria sociedade. Portanto, essa representação não é mandato, e sim função." (Do direito..., op. cit., p.109).

<sup>331</sup>É o que ocorre, por exemplo, no artigo 1.042 (sociedade em nome coletivo), o qual estabelece que a administração social cabe *exclusivamente aos sócios*. Também é de entender-se assim em relação à sociedade em comandita simples. Nos termos do art. 1.046, a ela aplicam-se as normas das sociedades em nome coletivo. Como há exclusão dos sócios comanditários da administração dos negócios sociais, aos comanditados caberá tal função. Esta assertiva comprova-se pelo disposto no art.1.051, único, que permite excepcionalmente a nomeação de terceiros, somente para não dissolver a sociedade. Cabe, ainda, mencionar a necessidade de pertencer aos quadros sociais para participar da administração das sociedades em comandita por ações, nos termos do art. 1.091 e, finalmente, nas cooperativas, em que o imperativo decorre da expressa disposição do art. 1.094, II. Escapa dessa regra a sociedade limitada. Nos termos da lei, mediante o contrato social ou por ato separado são nomeados os administradores (art.1.060), os quais podem ou não ser sócios da sociedade (art. 1.061).

E isso permite que, em certas situações, os fundadores deliberem que eles mesmos serão os administradores e que, assim, terão poderes, ao administrar, de deliberar sobre os negócios sociais. Trata-se, aqui, de conjugar a aplicação do inciso VI do artigo 997, com o artigo 1.010, ambos do CCB.

Por outro lado, mas ainda em relação à execução (*administração*) dos atos de deliberação, sejam eles provenientes de um conclave maior, qual seja, da reunião dos quotistas, sejam eles provenientes dos poderes do próprio administrador, na confusão que se faça de órgãos nas sociedades de pessoas, a representatividade da sociedade estará vinculada à nomeação feita no contrato social ou em ato separado, devidamente averbado no registro de empresas. E essa representatividade deverá levar em conta os poderes atribuídos ao administrador, ou administradores, os quais, não os cumprindo, poderão ser responsabilizados pelos atos praticados.

Inovando e contrariando a teoria da aparência, o CCB estabelece que só vinculam a sociedade, "*os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo*" (art. 47), além de permitir a oposição a terceiros do excesso cometido pelos sócios, quando: (i) "*a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade*"; (ii) "*provando-se que era conhecida do terceiro*"; (iii) "*tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade*". (art. 1.015).

Tal posição, como enfatizado, inova e parece não reconhecer a diferença entre o *excesso* e o *abuso*, que podem ser cometidos pelos administradores.

A figura do *abuso* está vinculada ao *objeto ou escopo social*. Já no *excesso*, o ato praticado tem relação com a atividade própria da sociedade, mas os administradores excedem aos poderes que lhes foram conferidos por lei ou pelo contrato.

Tratando do tema, Ascarelli defende a vinculação da sociedade nos atos praticados com *abuso*, enquanto afasta essa responsabilidade, imputando-a aos administradores, nos casos de *excesso*. É o que se denota da seguinte passagem:

...Por isso, quanto à tutela dos terceiros (em contraste, a respeito, com as exigências com a tutela dos acionistas), é preferível poder, a eventual desconformidade, ser invocada na ação de responsabilidade social contra os diretores; não, porém, para que a sociedade possa exonerar-se de sua responsabilidade perante os terceiros. Haverá, nesta hipótese, um 'abuso', não um 'excesso' de poderes por parte dos diretores, diversamente do que ocorre quando os diretores cumprem um ato que exorbita dos poderes que lhes são outorgados (p. ex. vendem um imóvel ao passo que não têm poderes para vender imóveis; emitem uma cambial com a assinatura de apenas um diretor, ao passo que os estatutos exigem a assinatura de dois diretores, e assim por diante) e que, portanto, obviamente, não vincula a sociedade.<sup>332</sup>

De qualquer forma, portanto, tratando-se de *abuso* ou *excesso*, só haverá vinculação da sociedade, em decorrência dos dispositivos legais acima invocados, quando, por qualquer forma, os terceiros não possam tomar conhecimento do contrato social. Nos demais casos, conjugando-se os artigos 47 e 1.015, parece ser inviável responsabilizar a sociedade por atos abusivos ou com excesso do administrador. Nessas situações, naturalmente, ficará aquele que praticou o ato vinculado e responderá pelo mesmo.

Sobre o tema, posicionaram-se os juristas que participaram da conclusão dos trabalhos da III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, adotando a seguinte ementa:

*n. 219 – Art. 1.015: Está positivada a teoria ultra vires no Direito brasileiro, com as seguintes ressalvas: (a) o ato ultra vires não produz efeito apenas em relação à sociedade; (b) sem embargo, a sociedade poderá, por meio de seu órgão deliberativo, ratificá-lo; (c) o Código Civil amenizou o rigor da teoria ultra vires, admitindo os poderes implícitos dos administradores para realizar negócios acessórios ou conexos ao objeto social, os quais não constituem operações evidentemente estranhas aos negócios da sociedade; (d) não se aplica o art. 1.015 às sociedades por ações, em virtude da existência de regra especial de responsabilidade dos administradores (art. 158, II, Lei n.º 6.404/76).*

#### 2.4.1.5 A responsabilidade dos sócios

Como mencionado, as sociedades simples podem ser interpretadas sob dois diferentes aspectos: tanto como tipo societário, e assim consideradas as mais

---

<sup>332</sup>ASCARELLI, **Problemas...**, op. cit., p.344, nota 91.

básicas e destinadas às atividades não empresárias; quanto como forma de estruturação dos demais tipos societários regulados no CCB, ou seu sistema jurídico.

Interessa, no presente contexto, essa segunda forma de apresentação da sociedade, ou seja, como arcabouço, ou sistema, e é nessa perspectiva que será estudada a responsabilidade dos sócios. Tal ressalva é necessária, ante a aparente antinomia existente entre o inciso VIII do artigo 997, o artigo 1.023 e o artigo 1.024, todos do CCB.

O inciso VIII, do art. 997, mencionando as cláusulas obrigatórias dos contratos sociais, permite que os sócios decidam se *"respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais."*

Por seu turno, ao tratar das relações da sociedade com terceiros, o legislador estabelece, não como faculdade, mas como obrigatoriedade, que: *"art. 1.023. Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária"*.

E, finalmente, o artigo 1.024 determina: *"Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais."*

A partir daí, dependendo da interpretação que se empreste aos dispositivos, pode-se chegar à conclusão que entre eles há contradição insuperável. Isto porque, enquanto na norma do artigo 997 há faculdade de os sócios regularem sua responsabilidade, de tal sorte que não respondam pelas dívidas sociais, naquela do artigo 1.023 essa responsabilidade é decorrência da qualidade de sócio. Por outro lado, se no artigo 1.023 os sócios podem optar por responsabilidade solidária, no artigo 1.024 é obrigatória a responsabilidade subsidiária.

A compatibilização e a harmonização desses dispositivos estão, justamente, na perspectiva que se empreste ao objeto da norma sob análise. Quanto àquela do artigo 997, trata-se de norma geral, destinada a todos os tipos societários regulados no CCB. Tal dispositivo é aplicável a todas as sociedades reguladas no Código, e, conseqüentemente, de acordo com o tipo adotado, os fundadores poderão prever se



responderão, ou não, pelas obrigações sociais. Assim, sendo sócios comanditários ou quotistas de limitadas, poderão definir que sua responsabilidade não passará de certo limite, enquanto que os quotistas da sociedade em nome coletivo e os comanditados, deverão estabelecer que sua responsabilidade vai para além do valor integralizado no capital.

Por outro lado, a regra do artigo 1.023 é específica para o *tipo* sociedade simples. Ou seja, para aquela sociedade que não seja empresária, nem tenha adotado uma das formas a elas estabelecidas. Nessa espécie de sociedade, como acontece nas em nome coletivo, todos os sócios respondem pelas dívidas sociais se a sociedade não dispuser de patrimônio suficiente para cumprir com suas obrigações. Por isso é que a lei dispõe que os sócios respondem pelo saldo das dívidas.

Finalmente, a questão de a responsabilidade ser subsidiária ou solidária, há que se definir em relação a quem. Em primeiro lugar, a responsabilidade dos sócios será sempre subsidiária em relação à sociedade. Ou seja, somente após a execução dos bens sociais é que os credores poderão se movimentar contra os bens dos sócios (art. 1.024). Em segundo lugar, entre os próprios sócios, estes têm a faculdade de definir se sua responsabilidade é solidária ou não (art. 1.023). Em não sendo solidária, os sócios responderão na medida de sua participação na sociedade. Isso, sempre considerando a sociedade simples em *espécie*.

Portanto, quanto à responsabilidade dos sócios, como já analisado no item reservado à classificação das sociedades, ela dependerá do tipo escolhido pelos fundadores.

#### 2.4.1.6 A resolução da sociedade em relação a um sócio

O C. Comercial permitia a dissolução total da sociedade especialmente pela expiração do seu prazo de duração, pela falência, pela vontade mútua dos sócios, pela morte de algum deles, salvo convenção em contrário dos supérstites e por vontade unitária de um dos seus integrantes, naquelas contratadas por prazo

indeterminado (art. 335). Por decisão judicial, poderiam, ainda, ser elas dissolvidas, por impossibilidade de consecução do objetivo social, por inabilidade ou incapacidade, ou, finalmente, por abuso, prevaricação ou falta de cumprimento de obrigação de algum dos sócios.

Em face do rigor legal e da tendência da preservação da empresa que se instalou em nosso país, foi sendo consolidado em nossas doutrina e jurisprudência o que se costumou designar de *dissolução parcial*<sup>333</sup>. Ou seja, em alguns casos, em que a lei previa a dissolução total da sociedade, mas era possível a sua manutenção, por intermédio de sócios remanescentes, a orientação era a de permitir que a sociedade continuasse, dissolvendo-se apenas a parcela relativa ao sócio pretendente à exclusão, ou àquele que não poderia continuar na sociedade.

Tal mecanismo, de forma melhorada, foi recepcionado pela legislação atual, por meio da seção legal designada "Da Resolução da Sociedade em Relação a um Sócio" (arts. 1.028/1.032).

No caso de morte do sócio, a liquidação da sua quota-parte é a regra. Essa disposição está em consonância com a vinculação existente nas sociedades de pessoas. Se o vínculo é pessoal, não há porque admitir, em princípio, os sucessores na sociedade. A exceção é admitida se houver previsão contratual prévia ou acordo entre sócios supérstites e sucessores. Pode ocorrer, também, de os remanescentes preferirem a dissolução total da sociedade, o que já seria permitido em qualquer hipótese de decisão unânime.

A lei alberga, ainda, a hipótese do exercício do direito de retirada, independente de motivação. Tal regra é mais ampla que aquela existente no ab-rogado Decreto n.º 3.708/19, o qual previa o *direito de recesso* dos sócios que divergissem de alteração do contrato social (art. 15). Essa regra do *recesso* foi repetida nas

---

<sup>333</sup>Conforme, por exemplo, decisões publicadas em RT 433/165, 479/114, 464/221, 426/229, 715/151 e RJTJESP, 130/253.

disposições relativas às sociedades limitadas, especificando o legislador os casos de alteração contratual, fusão e incorporação (art. 1.077, CCB).

Vê-se, portanto, para as sociedades simples, regra absolutamente ampla e potestativa, em que os sócios podem, a qualquer momento e sem motivação, deixar a sociedade, se for ela por prazo indeterminado. Nessas situações, os demais sócios podem optar pela dissolução da sociedade.

Indubitavelmente, por inexistir norma específica a respeito, tal delineamento aplica-se às sociedades não personificadas, em nome coletivo e em comandita simples. A questão afigura-se mais complicada quando se fala em sociedade limitada, para a qual o artigo 1.077 regula o direito de recesso. Desde já se anota que tal tema será tratado com mais vagar no item específico das sociedades limitadas.

Dentro, ainda, da resolução da sociedade em relação a um sócio, pode ela ocorrer por decisão judicial, decorrente de falta grave no cumprimento das obrigações sociais ou por incapacidade superveniente.

Lembrando que a maior falta que o sócio pode cometer é deixar de cumprir com o dever de integralizar o capital social<sup>334</sup>, desde já esclarecemos que essa situação não se encaixa na moldura legal do art. 1.030. É que ela foi expressamente estabelecida no artigo 1.004, permitindo aos demais sócios, além da exclusão do remisso, a possibilidade de manutenção dele na sociedade com cobrança da mora, ou, ainda, redução de sua participação na mesma.

Quanto à incapacidade superveniente, naturalmente não se está a mencionar a sociedade limitada, em que o sócio seja apenas quotista e esteja com seu capital integralizado. Como já visto no item 2.4.1.1.1, neste tipo societário a questão da capacidade das partes é relativizada. Quanto aos demais tipos, que se utilizam do arcabouço das sociedades simples, a aplicabilidade do texto é decorrência dos elementos necessários para a existência do contrato e, neste caso, a capacidade do agente.

---

<sup>334</sup>Salvo o sócio de indústria, excepcionalmente admitido nas sociedades simples (art. 1.006).

Outro motivo ensejador da resolução é a declaração da falência do sócio. Nos termos do artigo 102 da Lei n.º 11.101/05, o "*falido fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência*" e "*Desde a decretação da falência ou do seqüestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor*" (art. 103).

Não obstante a força da lei, não nos parece que, em se tratando de sociedade limitada, haja adequação para a exclusão do sócio. É claro que, nos demais tipos societários de pessoas, em face da responsabilidade assumida pelos sócios e da sua necessidade de capacidade negocial, esse imperativo é perfeito. No entanto, na sociedade limitada, há que se visualizar com reservas a disposição, em que pese nos parecer cogente. Assim, nestes casos restaria ao administrador judicial promover a arrecadação desse ativo e, caso fosse interesse da massa, a liquidação da quota do falido.

Há, ainda, a hipótese da liquidação da quota por força de débitos particulares do sócio, não passíveis de cobrança por meio de outros bens do devedor. Esta situação, como a de falência do sócio, é de sua exclusão de pleno direito. Claro que não há como manter o sócio, se este não tem capital. Com a liquidação da quota, sua participação se extingue, se exaure.

Como visto, essas são situações de resolução da sociedade em relação a um sócio, as quais são aplicadas, em geral, às sociedades de pessoas, por estarem vinculadas à estrutura das sociedades simples. Há, como dito, certas restrições aplicáveis às sociedades limitadas, as quais serão melhor apreciadas no capítulo próprio.

#### 2.4.1.7 A dissolução da sociedade

A dissolução da sociedade, segundo Mauro Rodrigues Pentead, "corresponde a um evento pontual que modifica o **status** da companhia por colocá-la em situação

jurídica típica de liquidação, na qual se instaura, com menor ou maior rapidez, o procedimento tendente a esse fim, previsto em lei".<sup>335</sup>

Portanto, a dissolução dá início a um procedimento que vai desembocar na liquidação da sociedade, eis que aquele é um *evento pontual*. Daí, não há que se confundir a dissolução com o procedimento total de liquidação, o qual vem regulado nos artigos 1.036 e seguintes.

Entre as causas de dissolução, pode-se dizer que o Código resolveu dividi-las em três espécies: (a) aquelas de *pleno jure* (art. 1.033); (b) as decorrentes de decisão judicial (art. 1.034); e (c) as contratuais.

Tal divisão, que guarda certa similitude com aquela existente na LSA (art. 206), foi criticada por Mauro Penteadado, especialmente nas questões que dizem respeito à classificação como sendo de pleno direito, da dissolução decorrente de deliberação dos sócios.<sup>336</sup>

É que, interpretada como de pleno direito, essa situação operaria efeitos imediatos, mesmo a quem desconhecesse o fato. Verifique-se, portanto, os itens II e III do artigo 1.033. Suponha-se que os sócios deliberem em reunião de quotistas que a sociedade está dissolvida. Suponha-se, ainda, que alguns sócios, ou alguém em seu nome, continuem a praticar negócios jurídicos. Suponha-se, por fim, que nenhum dos sócios requeira a liquidação judicial (parág. único do artigo 1.036). Como essa dissolução teria eficácia plena imediata, esses terceiros que negociaram com a (não mais) sociedade seriam prejudicados.

---

<sup>335</sup>PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Dissolução e liquidação de sociedades**. São Paulo: Saraiva, 2000. p.62.

<sup>336</sup>Diz o doutrinador que: "entre as hipóteses de dissolução de pleno direito incluiu a lei acionária vigente o caso clássico de dissolução facultativa ou voluntária, a saber, a dissolução por deliberação da assembléia-geral, a chamada dissolução antecipada (alínea c), que não se dá 'ope legis'" (PENTEADO, **Dissolução...**, op. cit., p.66).

Assim, o ideal seria que essas causas de dissolução fossem objeto de decisão judicial, como acontece com aquelas previstas para a anulação da constituição da sociedade, para a declaração do exaurimento do fim social, ou sua inexecutabilidade.

Não sendo assim, pode-se pensar na hipótese de tratar essas sociedades, nesse período, como *sociedades irregulares*, espécie do gênero *sociedade em comum*, como será analisado no próximo item deste trabalho.

#### 2.4.2 Sociedade em Comum

Analisada a estrutura das sociedades simples, como fórmula a ser aplicada subsidiariamente aos demais tipos societários regulados no CCB, passa-se à verificação desses tipos. Ressalte-se, no entanto, que o procedimento não terá como objetivo examinar detalhadamente cada espécie societária, mas levantar questões que possam, ao final, conduzir para as melhores opções aos credores, em caso de aplicarem a hipótese prevista pelo legislador no artigo 50, XVI, da LRE.

Com esse escopo, passa-se, então, ao estudo das outras espécies, a partir daquelas sem personalidade jurídica.

Promovendo divisão no Título (II) reservado às sociedades, do Livro II, do CCB, o legislador separou as sociedades em não personificadas e personificadas. Entre as não personificadas inseriu uma, a qual designou, de forma inovadora no direito brasileiro, de *sociedade em comum*. A essa sociedade não estabeleceu conceito, mas considerou que serão assim chamadas aquelas "*Enquanto não inscritos os atos constitutivos*".

Raciocinando de forma histórica, entendemos que as atuais sociedades em comum são, na realidade, as antigas *sociedades de fato* e as *irregulares*.<sup>337</sup>

---

<sup>337</sup>Esse entendimento está em consonância com as conclusões estabelecidas nos ENUNCIADOS APROVADOS na – I JORNADA DE DIREITO CIVIL, pelo CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL: 58 – Art. 986 e seguintes: *a sociedade em comum compreende as figuras doutrinárias da sociedade de fato e da irregular*. Disponível em: <<http://www.justicafederal.gov.br/>>. Acesso em: 19 dez. 2005.

As sociedades de fato são aquelas que não foram regularmente constituídas ou, se foram, por algum motivo superveniente tiveram abalado seu ato constitutivo, mas continuaram a funcionar. Em que pese inexistir, no texto legal, previsão expressa nesse segundo sentido, parece ser este o entendimento mais razoável, pois o regramento estabelecido na seqüência leva a tal conclusão.

Diante disso, se não estiverem observadas as formalidades de constituição, efetivamente as sociedades criadas não poderão ser tratadas como sociedades regulares ou personificadas. Tal entendimento vem desde o regramento da questão pela legislação antiga, ou seja, pelo ab-rogado Código Civil e pelo revogado Código Comercial. Segundo estudos desenvolvidos sob a égide dessas leis, se não são regulares ou personificadas, devem ser reconhecidas como sociedades de fato ou irregulares.

A terminologia, *sociedade de fato* ou *sociedade irregular*, que hoje abrangeria a *sociedade em comum*, pode ser tida como sinônima<sup>338</sup>, mas não é assim encarada por todos os doutrinadores que se ocuparam do tema.

Acompanhando a parte da doutrina que trata do assunto<sup>339</sup>, preferimos distinguir as duas categorias no presente trabalho, sempre as enfocando dentro do contexto da sociedade em comum. Seriam de fato, portanto, as sociedades que são formadas sem que se reduza a escrito seu contrato social ou, se reduzido a escrito, não é levado a registro.

Para Jaeger e Denozza, sociedade de fato é aquela que existe sem preventivo acordo reduzido a escrito. Afirmam que "*in queste ipotesi esiste una società (c.d. società di fatto) in tutti i casi in cui dal comportamento tenuto dai presenti soci risulti*

---

<sup>338</sup>João Eunápio Borges entende que não existe diferença entre sociedades irregulares e sociedades de fato, estabelecendo-se a sinonímia das duas expressões (op. cit., n.261); no mesmo sentido, Navarrini e Faggella (op. cit., n.124); do mesmo modo, Gonçalves Neto (**Lições de direito societário**, op. cit., p.50).

<sup>339</sup>Confira-se em Waldemar Martins Ferreira (**Compêndio de sociedades mercantis**. São Paulo: Freitas Bastos, 1940. p.58); Rubens Requião (**Curso de direito comercial**, v.1, p.381); e Rachel Sztajn (**Contrato...**, op. cit., p.151-155).

*che essi vollero gli elementi essenziali del contratto di società. E continuam: "Questi elementi sono indicati dalla giurisprudenza nei seguenti: formazione con i conferimenti dei soci di un **fondo comune**; **partecipazione dei soci ai guadagni e alle perdite**; **affectio societatis** (elemento generico che forse è di per sé sufficiente, in quanto sembra atto ad inglobare anche tutti gli altri)".<sup>340</sup>*

Pode-se falar, igualmente, de sociedades de fato, no ver de Fran Martins<sup>341</sup>, quando os sócios tenham lavrado um contrato especificando objeto, capital, atribuições e responsabilidades dos sócios etc., mas não o tenham levado a registro.

Esses conceitos de sociedade de fato, sem dúvidas, encaixam-se, perfeitamente, na moldura legal estabelecida para as sociedades em comum. Por outro lado, que fique claro não ser possível falar de sociedade em comum e, portanto, de fato, para as sociedades por ações. Desta opinião é Requião, ao afirmar que as sociedades anônimas sequer se constituem, se não for feito o registro obrigatório de seus atos constitutivos.<sup>342</sup> No sentir de Gonçalves Neto, as *companhias* em organização não são regidas pelo CCB, mas sim pela LSA<sup>343</sup>, razão porque a elas não se aplicaria a terminologia *sociedade em comum*.

Tais opiniões foram trazidas para o Código Civil atual, que estabeleceu exceção para as sociedades por ações em organização, as quais, portanto, não serão tratadas como sociedades em comum (art. 986).

Por outro lado, quanto às sociedades irregulares, considerando o pressuposto de sua distinção com as sociedades de fato, pode-se dizer que elas são: i) aquelas em que houver irregularidade de constituição; ii) quando houver uma eventual

---

<sup>340</sup>JAEGER e DENOZZA, op. cit., p.144.

<sup>341</sup>MARTINS, **Curso...**, op. cit., p.191.

<sup>342</sup>REQUIÃO, **Curso de direito comercial**, v.1, n.219. Na doutrina estrangeira o entendimento não é divergente. Por todos, veja-se Navarrini e Faggella (op. cit., n.124 e segs.).

<sup>343</sup>GONÇALVES NETO, **Lições de direito societário**, op. cit., p.50.



irregularidade superveniente à regular constituição, ou iii) quando houver uma irregularidade na constituição ou funcionamento da sociedade.

As perguntas que ficam, assim considerando as sociedades irregulares, é se elas são portadoras de personalidade jurídica, ou não. Se elas são sociedades em comum, ou não. Igualmente, se os sócios respondem ilimitada e solidariamente pelas obrigações sociais, ou não.

Para Jacques Hatt, comentando a sociedade limitada no direito alemão, os atos praticados pela sociedade devidamente registrada serão válidos até que haja a declaração de nulidade ou anulabilidade do ato constitutivo.<sup>344</sup> É dizer, segundo o autor alemão, a personalidade jurídica da sociedade mantém-se enquanto a sociedade estiver em funcionamento e não haja decisão desconstitutiva de seu ato regulador.

Para Fran Martins, por seu turno, a personalidade societária, nas sociedades irregulares, é mantida até que a mesma seja extinta.<sup>345</sup> Se a personalidade é mantida, pode se entender que a responsabilidade dos sócios continua restrita ao *status* da sociedade originalmente criada, não se aplicando a elas as normas das sociedades em comum.

Para Requião, as sociedades irregulares não têm personalidade jurídica, o que faz com que haja coincidência entre elas e as sociedades em comum.<sup>346</sup> No entanto, há que se considerar que, para ele, as sociedades irregulares são aquelas em constituição, com contrato já elaborado, mas ainda sem registro e não aquelas que tiveram algum vício no seu ato constitutivo. Tal percepção faz diferença, ao analisar a questão da responsabilidade dos sócios.

---

<sup>344</sup>"*La Société à Responsabilité Limitée en Droit Allemand Contemporain*", conforme lição transcrita por Waldemar Ferreira (**Tratado...**, op. cit., v.3, n.129).

<sup>345</sup>MARTINS, **Curso...**, op. cit., n.191.

<sup>346</sup>REQUIÃO, **Curso de direito comercial**, v.1, op. cit., n.219.

Vista a sociedade irregular sob a perspectiva de Hatt e de Martins, ou seja, aquela que se constituiu adquirindo personalidade, mas é posteriormente acometida de algum vício que compromete a manutenção regular de sua atividade, a consequência desse vício é que ela entraria em dissolução (art. 1.033) ou poderia ter sua dissolução declarada em juízo (art. 1.034).

Assim, para responder às perguntas acima elencadas, sobre sua personalidade jurídica, caracterização como sociedade comum e a responsabilidade dos sócios, antes deve-se responder se a dissolução, nesses casos, se opera de pleno direito, ou não. Se a resposta for positiva, o tratamento que se dará à sociedade será o de sociedade em comum. Se a resposta for negativa, manterá ela sua personalidade, até que haja decisão judicial a respeito. Neste caso, não se poderá, de pronto, subsumi-la nas normas que regem as sociedades em comum.

Considerando-se a construção feita pelo legislador nos artigos 1.033 e seguintes, inclinamo-nos a entender, como esclarecido no item supra, que ele subdividiu os casos de dissolução em: (a) de pleno direito (art. 1.033); (b) decorrentes de decisão judicial (art. 1.034); e (c) contratuais (art. 1.035). Se esta interpretação for a correta e se ela for aplicada em termos consentâneos, os casos descritos no artigo 1.033 deveriam operar efeitos de pronto, independentemente de qualquer outra providência. Sendo assim, quaisquer negócios praticados a partir desses atos, que não tendentes à liquidação da sociedade, deveriam ser interpretados como provenientes de uma sociedade em comum.

É bem verdade que não se consegue visualizar tal aplicação na prática judiciária. Apenas a título de exemplo, examine-se o seguinte acórdão, prolatado pelo Tribunal de Justiça do Paraná:

**APELAÇÃO CÍVEL – DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE - TERMO A QUO - DATA DA DECRETAÇÃO PELA SENTENÇA - EFICÁCIA EX NUNC - QUADRO SOCIETÁRIO COMPOSTO POR DOIS SÓCIOS - EXTINÇÃO DA PLURALIDADE DE SÓCIOS - FECHAMENTO ANTERIOR DA EMPRESA - EXTINÇÃO TOTAL - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - RECURSO DESPROVIDO. A DISSOLUÇÃO JUDICIAL DA SOCIEDADE REQUER PROCESSO DE CONHECIMENTO COM EFICÁCIA EX NUNC, ISTO É, A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA QUE A DECRETAR. SENDO O**

QUADRO SOCIETÁRIO COMPOSTO POR APENAS DOIS SÓCIOS, A EXCLUSÃO DE UM DELES FAZ DESAPARECER O REQUISITO DA PLURALIDADE DE SÓCIOS, COM A OBRIGATORIEDADE DA EXTINÇÃO TOTAL DA SOCIEDADE...<sup>347</sup> (grifo nosso)

Ora, se a inexistência de pluralidade de sócios é causa de dissolução de pleno direito, não se sujeita a decisão judicial. E se, por qualquer razão, a máquina judiciária é movimentada e a decisão é prolatada, deve ser em sentido que considere a eficácia plena da causa, desde o seu acontecimento e não somente após a decisão pelo órgão jurisdicional.

Portanto, verificada a irregularidade que demande a dissolução da sociedade, se esta se der de pleno direito e a sociedade continuar a operar, tem-se, durante esse interregno, uma sociedade em comum e, portanto, sem personalidade jurídica. Se a dissolução necessitar de provimento jurisdicional, somente após este e, na constância da atividade, é que se terá sociedade em comum.

De qualquer sorte, existindo sociedade em comum, seja ela de fato, seja ela irregular, os sócios só responderão pelas dívidas da sociedade após terem sido executados os bens sociais, que constituem o patrimônio especial, como estudado no item 2.3.1. Exceção ao benefício de ordem, que se garante aos sócios, diz respeito àquele que contratou pela sociedade. Nestes casos, o terceiro poderá executar o patrimônio especial, ou o patrimônio do próprio sócio representante da sociedade (art. 990).

Tal sociedade, em que pese o reconhecimento legal de sua existência, não pode ser provada, a não ser por escrito, salvo quando terceiros estejam em litígio contra a mesma, caso em que se permite a eles outros meios de prova.

Apesar de não serem detentoras de personalidade jurídica, as sociedades em comum têm capacidade postulatória, eis que o CPC reconhece expressamente a possibilidade de elas estarem em juízo, representadas por quem lhes administre os bens.

---

<sup>347</sup>Acórdão n.º 2113, de 23/11/2005, tendo como Relator o Desembargador Paulo Roberto Hapner.

Não obstante sua capacidade postulatória, as sociedades em comum não poderão pleitear a recuperação judicial. É que o artigo 48 da LRE fixa como pressuposto para o pedido que o devedor *"exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos"*. A expressão "regularmente", inserida no texto legal, poderia deixar margem a dúvidas. Regularmente poderia ser referente à condição de tempo, ou à condição de qualidade. Ocorre que, além desse pressuposto, mais adiante, elencando as condições para o pedido, o legislador estabeleceu, entre outras, a apresentação da *"certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores"* (art. 51, V).

Com essa outra exigência, que deve ser interpretada em conjunto com a anterior, conclui-se que a "regularidade" estabelecida no art. 48 só pode ser compreendida no sentido de qualidade, ou seja, de que o empresário realmente estava inscrito no registro próprio e era, portanto, titular de personalidade jurídica.

Mas, se para o pedido de recuperação de empresas é necessário que o empresário tenha personalidade jurídica, para a decretação de sua falência não há essa necessidade. Além de inexistir norma imperativa a esse respeito, no inciso IV, do art. 105, da LRE, o qual trata da falência requerida pelo próprio devedor, o legislador previu que este possa fazer o requerimento sem apresentação de seus atos constitutivos registrados, desde que indique e qualifique todos os sócios.

Nesses casos, no entanto, de falência de sociedades que tenham sócios ilimitadamente responsáveis, o legislador inovou, e determinou que serão considerados falidos, também, todos os sócios, *"que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida"* (art. 81).

Por fim, diga-se, em relação às sociedades em comum, que a elas aplicam-se, supletivamente e no que forem compatíveis, as normas da sociedade simples (art. 986, CCB).

### 2.4.3 Sociedade em Conta de Participação

Waldemar Ferreira define a sociedade em conta de participação como "a associação de duas ou mais pessoas, uma ao menos comerciante, sem firma social, para lucro comum em uma ou mais operações comerciais determinadas, acidental ou momentaneamente."<sup>348</sup>

No Código Comercial, essa sociedade era regulada nos artigos 325 a 328, passando a ser objeto de regramento nos artigos 991 a 996 do CCB, os quais estão inseridos dentro do seu Capítulo II, do Subtítulo I (Da Sociedade Não Personificada), do Título II (Da Sociedade), do Livro II (Do Direito de Empresa).

Ao contrário do que ocorria com a antiga legislação, o CCB não tratou de definir esse tipo societário, ficando a cargo do intérprete tal função.

Considerando a definição existente no artigo 325 do C. Comercial, a sociedade era formada para *uma ou mais operações de comércio*. Em decorrência dessa assertiva, muito se discutiu se ela deveria ser formada para negócios esporádicos, transitórios e não permanentes<sup>349</sup>, eis que, se assim o fosse, fugiria do princípio geral de regularidade das sociedades. No entanto, acentuava Waldemar Ferreira<sup>350</sup> que, independentemente da transitoriedade, seu prazo de duração deveria ser indeterminado, pois que ficaria adstrito à concretização do negócio para cuja realização se constituiu.

---

<sup>348</sup>FERREIRA, **Tratado...**, op. cit., p.506.

<sup>349</sup>Entendimento diverso possui Fran Martins, que afirma poder existir essa sociedade em caráter permanente, apesar de não ser este o comum (**Curso...**, op. cit., p.268). Por seu turno, Eunápio Borges diz que a sociedade pode ter vida duradoura, não sendo a momentaneidade o seu traço distintivo, mas sim o fato de ser ela oculta(*Curso...*,1991, p.326). Compartilha, portanto, do entendimento de Carvalho de Mendonça (**Tratado de direito comercial brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. v.4, n.1429, p.299).

<sup>350</sup>FERREIRA, **Tratado...**, op. cit., p.511.

Com a redação dada pelo CCB, essa questão perdeu importância, já que em momento algum o legislador repetiu esse critério de qualificação da sociedade. Parte-se, portanto, do pressuposto que outro deve ser o seu caráter de *discrímen*.

Verificou-se, nos itens anteriores, que esse tipo societário é classificado como sociedade sem personalidade jurídica, de pessoas, sendo mista a responsabilidade de seus sócios.

Tais características as afastam de todos os demais tipos societários, eis que, nos demais que são sem personalidade jurídica, a responsabilidade dos sócios é ilimitada.

No entanto, essa distinção, por si só, não oferece critério seguro para caracterizá-la, pois há que se estabelecer um traço distintivo entre elas e as sociedades em comum, perseguindo-se um fator específico que determine a tipicidade da sociedade.

Em análise dos dispositivos que tratam dessa sociedade, percebe-se nitidamente o objetivo de ocultação, perante terceiros, da sua existência. O artigo 991 estabelece que: "*a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo*". O parágrafo único menciona que: "*Obriga-se perante terceiros tão-somente o sócio ostensivo*". Nos dois artigos seguintes, além de prever a informalidade do contrato, a lei registra que ele só produz efeitos entre os sócios.

Sendo assim, fica claro que o traço diferencial desse tipo societário é a sua ocultação perante terceiros. Pode-se dizer que ela é uma sociedade que só existe *interna corporis*, não se exteriorizando.

Os terceiros, que com ela contratam, desconhecem sua existência, entabulando seus negócios com o sócio ostensivo. O sócio participante não participa dos atos praticados em nome da sociedade, sendo desconhecido dos terceiros.

Por ser sociedade da qual não se dá conhecimento a terceiros: está isenta da forma de constituição prescrita para os demais tipos societários; carece de registro; não dispõe de personalidade jurídica, podendo ser provada por todos os meios de direito, nos termos do artigo 992 do CCB.

Em face dessa sua peculiaridade, há quem não reconheça nesse pacto entre os contratantes um verdadeiro vínculo associativo. Para essa corrente, entre esses haveria um contrato em conta de participação, que não chegaria a caracterizar uma sociedade.

Ricardo Negrão anota a dissidência doutrinária acerca da natureza jurídica das chamadas sociedades em conta de participação, afirmando que estaria, no direito brasileiro, a defender a sua característica como sociedade o Prof. Mauro Brandão Lopes e, em contrapartida, como condutor do caminho diverso o Prof. João Eunápio Borges.<sup>351</sup>

Mencionadas as correntes, é importante que se diga que, tanto o C. Comercial como CCB qualificam o instituto como sociedade. Portanto, houvesse dúvidas sobre sua natureza jurídica, com a promulgação da lei nova (CCB), esse equívoco, se existisse, poderia ter sido corrigido.

Por outro lado, a adoção da teoria do contrato-organização<sup>352</sup>, para o ato constitutivo desse tipo societário, talvez pudesse resolver a questão. Especialmente sob a égide da lei nova, em que não mais se discute se a sociedade é episódica.

Segundo essa teoria, a "causa do contrato de sociedade, a diferenciá-lo do sinalagma dos contratos de escambo, não está no fim comum (de lucro) a ser buscado, mas sim na criação de uma organização, apta a atribuir individualidade e perpetuidade ao patrimônio a esse fim destinado".<sup>353</sup>

Ora, se esse contrato-organização explica o ato constitutivo das sociedades unipessoais, pode explicar, também, a existência das sociedades em conta de participação que, como aquelas, perante terceiros funcionam.

---

<sup>351</sup>NEGRÃO, op. cit., p.296-298.

<sup>352</sup>Conforme dito anteriormente, defendida pelo Prof. Calixto Salomão Filho (A sociedade..., op. cit., p.59).

<sup>353</sup>SALOMÃO FILHO, A sociedade..., op. cit., p.59.

É natural que se discutisse sua natureza societária ao tempo em que sua marca era a constituição para negócios determinados ou episódicos. Com a exclusão dessa característica do tipo legal, mantendo-se, somente, a questão da ocultação perante terceiros, pode-se explicá-la a partir da *organização, com individualidade e perpetuidade de patrimônio*.

Verifique-se que a "*contribuição do sócio participante constitui, com a do sócio ostensivo, patrimônio especial, objeto da conta em participação relativa aos negócios sociais*" (art. 994, CCB).

Se esse patrimônio é, de fato, especial, ainda que não caracterize patrimônio afetado<sup>354</sup>, pode ser organizado para gerar perpetuidade nos negócios estabelecidos pelos sócios.

Por outro lado, como ensina Salomão, partindo-se do pressuposto de que o contrato social não cria direitos somente para as partes, o interesse social não pode ser mais visto exclusivamente a partir desses interesses. Há outro interesse, definido pela vontade das partes e pelas disposições legislativas.<sup>355</sup>

Assim, se a lei admite que se formem sociedades com essas características, é plausível que se insiram as sociedades em conta de participação na categoria de contratos com vínculo associativo.

Ainda, como meio de análise, poder-se-ia verificar se estão presentes, nesse tipo societário, os elementos específicos apontados por Requião<sup>356</sup> para a formação dos contratos de sociedade, quais sejam: (a) pluralidade de sócios; (b) constituição do capital social; (c) *affectio societatis*; (d) co-participação nos lucros e nas perdas.<sup>357</sup>

---

<sup>354</sup>Assim caracterizado aquele que responde exclusivamente por um determinado grupamento de obrigações, não respondendo por todas as obrigações do seu titular.

<sup>355</sup>SALOMÃO FILHO, A sociedade..., op. cit., p.59.

<sup>356</sup>Tais elementos estão sendo utilizados apenas como fórmula de teste, não correspondendo, necessariamente, à opinião do autor a respeito da sua existência como qualificadores das sociedades, como já foi explanado no item 2.4.1.2 acima.

<sup>357</sup>REQUIÃO, **Curso de direito comercial**, v.1, p.387-394.



Como define a lei a necessidade de duas espécies de sócios para a formação da conta de participação, ou seja, o ostensivo e o participante, naturalmente está presente o primeiro requisito para a existência da sociedade (pluralidade de sócios). Esse tipo societário não se formaria com um único sócio, nem seria possível falar de sua unipessoalidade superveniente, eis que uma de suas características intrínsecas é a existência de duas espécies de sócios. E essas duas espécies, naturalmente, não poderão estar reunidas na mesma pessoa.

A constituição do capital social, se analisada sob um ângulo estreito, poderia constituir o grande empecilho para reconhecimento dessa organização. Em termos tradicionais, o capital social é a participação realizada pelos sócios e constitui a garantia dos credores. Segundo Villemor Amaral, o "capital da sociedade é o seu fundo constituído pelas entradas dos sócios, realizadas e a realizar, e a garantia exclusiva dos credores nas sociedades...".<sup>358</sup>

Visto assim e considerando que os sócios, de fato, não contribuem para a constituição de um fundo que servirá de garantia para os credores, eis que estes desconhecem a existência da sociedade, poderia haver o entendimento de que inexistente constituição de capital social. No entanto, nos termos do artigo 994 do CCB, tanto o sócio ostensivo como o participante contribuem para um fundo que formará o patrimônio especial da sociedade. Esse patrimônio é o chamado capital social.

O terceiro ponto da abordagem, verificação da existência de *affectio societatis*, vem satisfatoriamente demonstrado na integração entre os sócios. O ente existe a partir da entrega de um determinado patrimônio feita pelo sócio participante ao ostensivo, para que esse o administre e realize negócios. Ora, o ato é de pura afeição societária, estando nele presentes os três elementos distintivos mencionados por Galgano, ou seja: (a) a responsabilidade ilimitada e solidária; (b) o poder de administração inerente diretamente à qualidade de sócio e, em particular, ao sócio

---

<sup>358</sup>AMARAL, op. cit., p.117.

ilimitadamente responsável; e (c) a vedação de transferência das quotas sociais, salvo com expresso consentimento de todos os sócios.

O primeiro desses elementos apontados por Galgano é verificado na pessoa do sócio ostensivo, que é ilimitadamente responsável pelas obrigações sociais, enquanto o sócio participante é responsável na medida do acordado entre eles. A administração da sociedade será sempre e obrigatoriamente do sócio ostensivo, não se delegando a terceiros, o que preenche o segundo requisito. E, finalmente, nos termos do art. 995 do CCB, o sócio ostensivo não pode admitir novos sócios, sem que haja consentimento dos demais. Com isso, pode-se dizer que estão presentes todos os requisitos para caracterizar a sociedade de pessoas e, portanto, a *affectio societatis*.

Há, ainda, a investigar o elemento da co-participação nos lucros e nas perdas. Está claro que, se os sócios formam um patrimônio especial para o exercício da atividade, ambos participam nos lucros e nas perdas. É premissa lógica para a formação desse fundo comum que os sócios contribuam, bem como que obtenham o resultado dessa sua formação.

Sendo assim, em que pesem os doutos argumentos em contrário, a "conta em participação" é uma sociedade, reunindo todos os elementos para caracterizar esse tipo de contrato.

Apesar disso, nela não está presente o arquétipo dos demais modelos societários, já que sua formação independe de qualquer formalidade (art. 992, CCB). Sendo assim, as estruturas estudadas a ela não se aplicam, por força desse dispositivo legal.

Quando houver falência do sócio ostensivo, considerando-se que ele é o administrador do patrimônio especial, a conta deve ser liquidada. Em havendo crédito favorável à sociedade e, por conseguinte, em favor do sócio participante, este poderá habilitar seu crédito, na condição de quirografário, na falência daquele (art. 994, parág. 2.º). Tal dispositivo encerra um benefício ao sócio participante, considerando que na classificação dos créditos da falência os sócios são tidos como

credores subordinados, ou seja, sua classificação é inferior aos quirografários (art. 83, VIII, *b*, da LRE).

Já, se a falência for do sócio participante, diz o parágrafo 3.º do artigo 994: "*o contrato social fica sujeito às normas que regulam os efeitos da falência nos contratos bilaterais do falido*". Ou seja, o contrato não será obrigatoriamente rescindido, devendo ser avaliado se é em benefício da falida a sua continuidade (art. 117 da LRE).

A liquidação da sociedade em conta de participação, nos termos do artigo 996, será procedida na forma das "*normas relativas à prestação de contas*", ou seja, não se rege pelo disposto nos artigos 1.102 e seguintes. Assim, o sócio que pretender a liquidação deverá proceder na forma prevista nos artigos 914 a 919 do CPC.

Por fim, da mesma forma como ocorre com as sociedades em comum, às sociedades em conta de participação aplicam-se "*subsidiariamente e no que com ela for compatível, o disposto para a sociedade simples*" (art. 996).

#### 2.4.4 Sociedade em Nome Coletivo

Assim como a sociedade anônima representa, historicamente, o meio pelo qual os comerciantes<sup>359</sup> atuaram nas grandes empresas, a sociedade em nome coletivo representou o início da pequena empresa, de caráter personalista. No entanto, enquanto a sociedade anônima continuou a ter enorme importância para a economia, tal como as sociedades em comum<sup>360</sup> e a em conta de participação no direito brasileiro, a sociedade em nome coletivo perdeu, quase por completo, sua

---

<sup>359</sup>Ou aqueles que tinham interesse em empregar capitais em atividades mais dinâmicas, eis que podem ser encontrados como acionistas, empresários, poupadores e especuladores.

<sup>360</sup>Comprovando tal assertiva, interessante observar que, segundo reportagem veiculada no periódico *Folha de S. Paulo (folhaonline)*, de 08 set. 2005, o Ministério do Desenvolvimento criou uma nova secretaria. É a Secretaria de Comércio e Serviços, criada por meio de decreto publicado em 08/09/2005, no "Diário Oficial" da União. A nova secretaria terá dois departamentos: de registro comercial e de políticas de comércio e serviços. Ela terá, entre outros, segundo a reportagem, um papel importante no combate à informalidade, simplificação do registro e legalização de empresas, desburocratização e desregulamentação das atividades de comércio e de serviços.

razão de ser. Nos presentes dias, em face das peculiaridades inerentes ao tipo societário, dificilmente será ele utilizado para a criação de um novo ente.

Nos termos do artigo 315 do Código Comercial, a sociedade em nome coletivo ou *com firma*, existe quando uma pluralidade de pessoas, "*ainda que algumas não sejam comerciantes, se unem para comerciar em comum, debaixo de uma firma social*".

No entender de Waldemar Ferreira<sup>361</sup>, a leitura do texto legal, já sob a égide da lei revogada, seria desconcertante. O primeiro ponto que analisa diz respeito à inserção, no conceito legal, do entendimento de que seria a sociedade em nome coletivo a única a se utilizar de firma. Realmente, a leitura do texto fornece a sensação de que o traço distintivo desse tipo social é a adoção de uma firma, ao contrário do que aconteceria com os demais. Ocorre, no entanto, que outras sociedades utilizam-se ou podem utilizar-se de firma social: é o caso das sociedades em comandita, de capital e indústria e de responsabilidade limitada.

O segundo ponto destacado pelo brilhantismo de Waldemar Ferreira é o de que, seguindo-se a orientação legal, concluir-se-ia pela inexistência de uma verdadeira sociedade, mas tão-somente a união de pessoas, ainda que não fossem todas comerciantes, "*para comerciar em comum, debaixo de uma firma social*".

O enunciado deixa ver não um ente diverso da pessoa dos sócios, mas somente a comunhão desses sócios, comerciando em comum, debaixo de uma firma social.

O CCB não voltou a cometer os equívocos da legislação revogada. Disciplinou a sociedade em nome coletivo nos artigos 1.039 a 1.044, sem, no entanto, defini-la. Revelou quais as suas características próprias, mas não estabeleceu que seria ela uma sociedade *com firma*, ou que seus sócios (ou alguns deles) deveriam ser comerciantes.

No entanto, desde o primeiro dispositivo que trata do tema, três características desse tipo societário foram estabelecidas: (a) a possibilidade de apenas pessoas

---

<sup>361</sup>FERREIRA, *Tratado...*, op. cit., p.398.

físicas fazerem parte do quadro social; (b) a responsabilidade ilimitada de todos os sócios pelas dívidas sociais; (c) a solidariedade entre os sócios.

Entre tais características, a que se revela como seu traço distintivo é a primeira. Segundo as normas inseridas no CCB, esta é a única sociedade que veda a participação de outras sociedades. Em face dessa proibição, não se aplicam a elas as normas estabelecidas no Capítulo VIII, do Direito da Empresa, do CCB, que tratam das Sociedades Coligadas.

Quanto à responsabilidade ilimitada e solidária de todos os sócios, tais lineamentos estão, igualmente, presentes, na sociedade simples e na em comum. No entanto, os sócios, internamente e sem produção de efeitos a terceiros, poderão limitar sua responsabilidade. Essa limitação poderá ser utilizada em ações de regresso, caso sejam os sócios obrigados a pagar dívidas da sociedade em percentuais que excedam àqueles cujo comprometimento haviam estabelecido nos ajustes internos.

Apesar de ter sido suprimido de sua definição o fato de usar firma, essa sociedade será identificada por *firma* ou *razão social*. Isto é, a operação será feita debaixo do nome, ou nomes, do sócio, "*completo ou abreviado, aditando-lhe, se quiser, designação mais precisa de sua pessoa ou do gênero da atividade*" (art. 1.156). Esse é, além da responsabilidade ilimitada dos sócios, mais um fator que demonstra ser ela classificada como sociedade de pessoas.

Mais um qualificador dessa sociedade é o seu modo de administração. Não há previsão de nomeação de terceiros administradores, ao contrário, há ordem imperativa de que compete exclusivamente aos sócios a administração social.

Sendo assim, se houver delegação, essa ocorrerá por meio de mandato outorgado pelo administrador-sócio (art. 1.018), e por sua conta e risco ela existirá. Os atos terão validade, mas o sócio-administrador que houver outorgado o mandato responderá perante a sociedade pelos atos do mandante. Se a sociedade é, por força de lei, administrada exclusivamente pelos sócios, quando estes outorgam representação, não o fazem em nome da sociedade, mas em seu nome próprio.

Quanto aos limites dessa administração, eles só existirão na medida em que os sócios decidirem estabelecer cláusula específica a respeito no contrato social. Em sentido contrário, se nada houver previsto no instrumento constitutivo ou nas posteriores alterações, todos os sócios serão tidos como administradores isoladamente e com poderes ilimitados de gestão. Isto, sempre dentro do princípio de que todo *"administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência e todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios"* (art. 1.011).

As deliberações sociais, salvo aquelas que decorrerem da própria gestão, deverão ser tomadas por unanimidade, se para alterar a matéria indicada no art. 997. Quanto às demais, é facultado aos sócios deliberarem a respeito do quórum no próprio contrato. Essa faculdade, quando trate de alterações contratuais e que não digam respeito às matérias já indicadas, devem remanescer entre a unanimidade e a maioria absoluta. É o que se denota do artigo 999.

Questão interessante e que, em certa medida, viola o princípio de que todo o patrimônio do devedor responde por suas dívidas (art. 391), está inserida no artigo 1.043. Nesse tipo societário, o credor do sócio *"não pode, antes de dissolver-se a sociedade, pretender a liquidação da quota do devedor"*. Assim, por força do art. 1.026, o credor do sócio poderia promover a penhora da participação do sócio, mas não poderia transformá-la em dinheiro. Nesses casos, seria detentor de um direito, que não se transformaria em patrimônio.

Por outro lado, em sendo decretada a falência da sociedade, considerando que todos os seus sócios são solidária e ilimitadamente responsáveis por suas dívidas, também terão eles decretadas suas falências, a teor do art. 81 da LRE. Nesses casos, como haverá formação das massas ativas e passivas, também concorrerão para a falência os credores dos sócios.

Finalmente, aplicam-se à sociedade em nome coletivo, na omissão do capítulo próprio, as normas do capítulo que contempla as sociedades simples.

#### 2.4.5 Sociedade em Comandita Simples

Utilizando-se da definição legal estabelecida na lei revogada, Rubens Requião entende a sociedade em comandita simples como aquela em que "duas ou mais pessoas se associam, para fins comerciais, sendo uns obrigados como sócios solidários, ilimitadamente responsáveis, e outros simples prestadores de capitais, com a responsabilidade limitada às suas contribuições de capital".<sup>362</sup> Os primeiros são chamados de sócios *comanditados* e os outros, *comanditários*.

Foi a referida sociedade regulada entre os artigos 1.045 e 1.051 do CCB, estabelecendo o legislador que a ela se aplicam as normas das sociedades em nome coletivo, notadamente quando compatíveis com as específicas da própria sociedade. De sua parte, às sociedades em nome coletivo aplicam-se as regras da sociedade simples. Assim, de forma sistêmica, essa sociedade é regulada pelos artigos supramencionados, pelas regras da sociedade em nome coletivo e da sociedade simples.

Dentre suas características, destaca-se a de que nem todos os sócios podem exercer a sua administração. Só estão habilitados para a função os comanditados, estando excluídos desta possibilidade os comanditários. É bem verdade que, para determinados atos (episódicos e específicos), podem ser eles nomeados procuradores da sociedade. Esse mandato, no entanto, não pode ser geral, para prática dos negócios da sociedade.

Os sócios comanditários, se violarem a norma do artigo 1.047 do CCB, passam a responder solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, seja pelas decorrentes dos atos por eles praticados, seja por todas as obrigações. Essa mensuração de sua responsabilidade será feita caso a caso, devendo levar-se em consideração a extensão do ato praticado. Mas é de ser lembrado que, internamente, o sócio comanditário pode exercer seus direitos de sócio, intervindo na vida da sociedade.

---

<sup>362</sup>REQUIÃO, **Curso de direito comercial**, v.1, p.417.

Quanto à responsabilidade dos sócios, como mencionado na definição, os comanditados responderão solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais. Os comanditários, por seu turno, se obrigam apenas por suas entradas para a formação do capital social. Ou seja, não há, entre estes, solidariedade.

Nelas, o nome dos sócios comanditários não pode ser incluído na firma social, que deverá ser composta somente com o nome de um, alguns ou de todos os comanditados.

Algumas inovações foram trazidas a esse tipo societário pelo CCB. O artigo 1.045, por exemplo, estatui que os sócios comanditados sejam sempre pessoas físicas; o artigo 1.051, II, permite que, se for reduzida a sociedade a apenas uma categoria de sócio, seja recomposta a pluralidade no prazo de cento e oitenta dias; pode, ainda, pelo mesmo prazo, funcionar a sociedade sem sócio comanditado. Quando aos comanditários, será lícito nomear um administrador provisório, que não terá condição de sócio. Finalmente, em caso de falência da sociedade, com sua dissolução, serão considerados igualmente falidos os comanditados, sem que haja qualquer consequência aos comanditários.

#### 2.4.6 Sociedade Limitada

Atendendo às necessidades dos operadores econômicos do final do século XIX e início do século XX, foi introduzida no sistema legal brasileiro a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, originária, segundo alguns estudiosos<sup>363</sup>, do direito alemão de 1892, no qual possuía a designação de *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*.

---

<sup>363</sup>Ver, por todos, Hermano de Villemor Amaral (op. cit., p.16); Rubens Requião (**Curso de direito comercial**, v.1, p.456); Modesto CARVALHOSA (Do direito..., op. cit., p.01); Alfredo de Assis Gonçalves Neto (**Lições de direito societário**, op. cit., p.187); Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto (op. cit., p.8); Navarrini e Faggella (op. cit.).



Essas necessidades estavam ligadas à criação de um tipo societário para as pequenas ou médias empresas, com responsabilidade limitada para todos os sócios. Não se buscava um tipo societário que demandasse a estrutura das sociedades anônimas<sup>364</sup>, nem, por outro lado, atendiam os vínculos formadores das sociedades em nome coletivo e as em comandita, haja vista a existência de sócios com responsabilidade ilimitada.

Três fatores básicos (entre outros) podem ser mencionados como inadequados para a utilização da sociedade anônima para a pequena e média empresa: (a) a exigência, neste tipo societário, de número mínimo de sócios<sup>365</sup>; (b) as dificuldades de constituição das S/A. e (c) a necessidade de publicidade dos atos por ela praticados. Assim, era necessária a persecução de um tipo societário diferente das sociedades anônimas, que proporcionasse responsabilidade limitada para os sócios. E, seguindo a tendência internacional<sup>366</sup>, foi introduzida a sociedade limitada no Brasil, por força do Decreto n.º 3.708 de 1919, nos termos da orientação da Lei de Portugal de 1901, limitando a obrigação dos sócios ao montante do capital social.

---

<sup>364</sup>Bastante ilustrativo é o ensino de Navarrini e Faggella, nos seguintes termos: "A sociedade por ações, por outro lado, exige a responsabilidade limitada para todos os componentes, mas encontra possibilidade segura e profícua de desenvolvimento somente num campo especial; e, com aquele caráter que a história lhe imprimiu, é destinada somente às grandes empresas e feita para atrair para si um grande número de sócios, sendo precisamente para este fim que é dirigida a sua disciplina jurídica. Mas, quando um número restrito de sócios é suficiente para a empresa social e tais sócios, mesmo querendo assegurar-se uma responsabilidade limitada, não se querem desinteressar da administração social, mas desejam dela participar e gozar do crédito do seu próprio nome, a sociedade por ações se torna inadaptada, desproporcionada nas suas linhas gerais e insuficiente nas suas particularidades". (op. cit.).

<sup>365</sup>No inciso I do art. 38 do Decreto-lei n.º 2627/40 era exigido um número mínimo de sete sócios para constituição da sociedade anônima. Esse tipo de exigência – de que a anônima se constitua com um número mínimo de sócios maior do que dois – é comum no direito alienígena, tendo tal exigência sentido histórico, eis que se entende que as sociedades anônimas surgiram para captar capitais de vulto, mediante apelo ao público investidor, já que o Estado ou o indivíduo de forma solitária não conseguiriam atingir tais objetivos (conf. BARROS LEÃES, Luiz Gastão Paes de. **Comentários à lei das S.A.** São Paulo: Saraiva, 1980. n.103); e Fran Martins (**Comentários à lei das S.A.** Rio de Janeiro: Forense, 1985. n.363).

<sup>366</sup>Conforme Cunha Peixoto (op. cit., p.9-25).

Em 2002, com a edição do CCB, passou ela a ser regulada no Capítulo IV, do Subtítulo II, do Título II, do Livro II, especificamente nos artigos 1.052 a 1.087, dessa Codificação.<sup>367</sup>

Tal sociedade, originalmente designada de *sociedade por quotas de responsabilidade limitada*<sup>368</sup>, teve, por Villemor Amaral, anotada suas características:

A sociedade limitada é aquela em que todos os sócios respondem pelas obrigações sociais até a importância total do capital subscrito para a formação da sociedade.

A responsabilidade de cada sócio, é, pois, limitada, não à sua parte de capital, mas a todo o capital social.

Esta sociedade tem firma ou denominação particular, que deve ser sempre seguida da palavra – limitada –, e as quotas, em que se divide o capital social, são cessíveis, podendo haver quotas indivisas, isto é, em estado de co-propriedade.<sup>369</sup>

Enaltecendo tais características, o jurista carioca esclareceu que elas é que distinguem a sociedade limitada das demais espécies de sociedades.

Por seu turno, Rachel Sztajn anota que a introdução legislativa foi revolucionária e inovadora. A comparação entre a versatilidade desse tipo societário e a inflexibilidade dos demais tipos existentes no regime das sociedades de pessoas, era clara. Dessa sociedade, a referida jurista destaca a:

---

<sup>367</sup>Com isso, foi ab-rogado o Decreto n.º 3.708/19, como pode ser visto da conclusão emanada da I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: **74 – Art. 2.045: apesar da falta de menção expressa, como exigido pelas LCs 95/98 e 107/2001, estão revogadas as disposições de leis especiais que contiverem matéria regulada inteiramente no novo Código Civil, como, v.g., as disposições da Lei n.º 6.404/76, referente à sociedade comandita por ações, e do Decreto n.º 3.708/1919, sobre sociedade de responsabilidade limitada.**

<sup>368</sup>Fato que convém esclarecer, é que, apesar do nome originalmente adotado pelo legislador brasileiro, a sociedade não limita suas obrigações. Esta responde com todos os seus bens pelas obrigações por ela assumidas legitimamente. A limitação de responsabilidade, de que se cogita na designação legal, diz respeito aos sócios, contrapondo-se à responsabilidade da sociedade que é ilimitada.

<sup>369</sup>AMARAL, op. cit., p.95-96.

possibilidade de delegação de gerência; deliberações majoritárias de sócios que são obrigatórias, mas que garantem aos dissidentes o direito de se retirarem da sociedade mediante pagamento do valor de sua quota-parte no patrimônio social; a exclusão de sócio remisso também a indicar que o capital social constitui garantia dos credores, tal como na sociedade por ações, razão por que deve-se entender que, também neste tipo, a participação dos sócios não pode ser em trabalho, contrastam com a disciplina das sociedades de pessoas.<sup>370</sup>

Com a adoção do CCB, algumas novidades foram sentidas nesse modelo societário. O que será visto mais adiante.

Divergências doutrinárias encontram-se no campo da classificação da sociedade, relativamente à sua estrutura econômica. Inexiste consenso na doutrina, como apontado no item 2.3.2 acima, eis que algumas características aproximam as sociedades limitadas das sociedades de pessoas, enquanto outras as tornam mais alinhadas com as sociedades de capital.

Em nosso entender, a análise da natureza da sociedade por quotas deve ser feita casuisticamente, levando em consideração as cláusulas de seu contrato social, bem como a legislação que a regula. Assim, é importante saber as cláusulas de seu contrato social, bem como o sistema jurídico em que está inserida, para se concluir pela sua natureza personalista ou capitalista.

#### 2.4.6.1 A responsabilidade limitada

Como esclarecido no item precedente, a busca dos operadores econômicos, quando da introdução da sociedade limitada em nosso sistema, tinha dois focos bastante claros: (a) a limitação da responsabilidade dos sócios e (b) sua aplicação a pequenas e médias estruturas societárias.

Essa limitação foi efetivamente alcançada, mas quando se trata de responsabilidade limitada na sociedade anônima, na sociedade por quotas de

---

<sup>370</sup>SZTAJN, **Contrato...**, op. cit., p.100.

responsabilidade limitada e na, atual, sociedade limitada, está se falando de três situações diferentes, conforme foi abordado no item 2.3.1.

Em termos gerais, de acordo com o disciplinado no art. 1.052, cada sócio responde por suas quotas, mas todos são responsáveis solidariamente pela integralização do capital social.

Quando o capital estiver integralizado, em regra, não remanescem obrigações patrimoniais para os quotistas. No entanto, se o capital não for integralizado por um ou alguns deles, há um dever-função dos demais sócios, de promoverem as medidas cabíveis para que a solução legal adequada seja adotada. Diz-se dever-função, pois a não adoção dessas medidas pode acarretar aos sócios que cumpriram com sua obrigação patrimonial uma penalidade, qual seja, a de responderem com seus bens para o preenchimento do capital social.

Esse raciocínio decorre do fato de que os interessados no complemento do capital podem ser: (a) a própria sociedade; (b) os credores sociais; e (c) os sócios não remissos. Por outro lado, quem têm *ação* para promover a integralização do capital, são os credores sociais (art. 1.052) e os sócios não remissos (arts. 1.058 e 1.004).

Ora, decorrido o prazo fixado no contrato social, estará presente o legítimo interesse jurídico para que os sócios cumpridores de suas obrigações patrimoniais obriguem aos sócios remissos a retirarem-se da sociedade, diminuïrem sua participação ou cumprirem sua obrigação, respondendo pelos danos emergentes da mora.

Não tendo os sócios adotado uma dessas medidas, aos credores, desde que a sociedade não tenha condições de saldar suas obrigações, caberá buscar do sócio remisso, ou de qualquer dos demais, já que a responsabilidade, neste caso, é solidária, os valores devidos para integralizar o capital social.

Entendemos, em que pese inexistir previsão expressa na lei, que os credores sociais têm *ação* direta contra os sócios<sup>371</sup>, mas que tal *ação* depende de

---

<sup>371</sup>No direito anterior (Decreto n.º 3.708/19), o síndico é que atuava, eis que era necessária a decretação da quebra para que fosse deflagrada a responsabilidade dos sócios (art. 10).

*legítimo interesse jurídico* e não de mero interesse econômico. Tal interesse só surgirá se e *quando*: (a) houver sido caracterizado que um dos sócios é remisso; e (b) a sociedade não disponha de patrimônio para responder pela dívida.

Tais premissas decorrem de que, se os terceiros negociaram com a sociedade e nela há previsão para complementação do capital social em tempo futuro, não podem reclamar antecipadamente a integralização. Sem dúvidas, a integralização paulatina ou futura do capital social não encontra óbice legal. Se não há ilegalidade, tem-se como lícito o negócio jurídico contratado dessa forma, o qual há de presumir-se seja de conhecimento dos terceiros. Se contrataram conhecendo a condição, não poderão pretender, validamente, alterá-la.

Por outro lado, ainda que já tenha vencido o prazo para integralização do capital, se a sociedade tiver patrimônio suficiente para responder por suas dívidas, não poderão os credores buscar do sócio remisso tal montante, eis que, os *"bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais"* (art. 1.024).

O que pode ocorrer, no entanto, é que algum vício tenha inquinado a prestação do capital que tenha sido integralizado em bens. Nestes casos, o legislador previu três hipóteses distintas: a deficiente estimação dos bens conferidos ao capital; a situação da transferência defeituosa e a conferência inexitosa.

Quando o capital tiver sido, total ou parcialmente, integralizado em bens, a sua estimação é ato privativo dos sócios. Ao contrário do que ocorre na sociedade anônima, na qual há necessidade de avaliação dos bens por perito ou empresa especializada, na sociedade limitada quem atribui valor ao bem é o sócio que pretende fazer a contribuição e, se os demais aceitarem, o mesmo é conferido ao capital por tal valor. Sendo assim, responderão, todos, solidariamente pela exata estimação desses bens, pelo prazo de 5 (cinco) anos (art. 1.055, parág. 1.º). Nessas hipóteses, o credor teria ação desde pronto, já que o interesse seria o da manutenção da atividade produtiva. Entendemos que, também o sócio ingressante, o qual não tenha participado do ato estimatório, verificada a situação, teria

condições de, em nome próprio, ou da sociedade, promover a medida necessária para que o capital fosse completado.

Nas situações descritas no artigo 1.005, por seu turno, a legitimidade para propor a ação, em primeiro plano, será da própria sociedade. Como não terá havido efetividade na integralização do capital, entendemos que aos sócios, igualmente, é conferida legitimidade para propor a ação. Por fim, desde que inexista patrimônio social suficiente para pagar todas as dívidas sociais, remanesceria, nestes casos, ação para os credores sociais obrigarem ao sócio a dar efetividade ao compromisso assumido, de integralização do capital. Neste caso, episodicamente, não haverá solidariedade passiva entre os sócios, eis que a lei não acomete tal responsabilidade aos demais.

Todas essas conclusões, no entanto, não podem ser desajustadas daquelas adotadas no item 2.4.1.2.1 supra, as quais consideraram as hipóteses de constituição de SPE como receptora de ativos de empresa em processo de recuperação judicial.

Não se desconhece que há outras responsabilidades dos sócios de limitada, como as decorrentes de deliberações que vierem a adotar, de quantias retiradas indevidamente (art. 1.059) e de solidariedade entre cedentes e cessionários (art. 1.003, parág. único). No entanto, tais responsabilidades refogem ao âmbito de compreensão deste trabalho, razão pela qual deixam de ser abordadas.

#### 2.4.6.2 A estrutura da limitada

No Decreto n.º 3.708/19 o legislador havia previsto que as sociedades seriam reguladas, quanto ao ato constitutivo, pelas normas dos artigos 300 e 302 do C. Comercial. Além disso, determinou que seriam observadas, *"no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da lei das sociedades anônimas"* (art.18).

Nesse sistema, segundo Requião, a melhor interpretação que poderia ser emprestada ao conjunto de dispositivos seria o de:

em primeiro lugar examinar o contrato, lei entre as partes. Sendo o contrato omissivo, devia apelar-se para as regras do Código Comercial, referentes à disciplina das sociedades comerciais ...Na ausência de dispositivo adequado no Código Comercial, só então devia lançar-se mão da Lei das Sociedades Anônimas por analogia, assim mesmo quando o dispositivo dessa fosse adequado ao tipo da sociedade de que se tratava.<sup>372</sup>

Com a promulgação do CCB, houve alteração profunda nesse sentido, e a interpretação teleológica que se deve emprestar à sociedade limitada, hoje, não é mais a mesma daqueles dias do final do século XIX. Enquanto, naquele tempo, a sociedade limitada prestava-se exclusivamente à pequena e média empresa, nos presentes dias tem sido ela empregada para grandes corporações<sup>373</sup>, as quais, por motivos os mais diversos<sup>374</sup>, têm migrado para este tipo societário.

E, a nosso ver, o legislador, sentindo a alteração da realidade econômica, promoveu as necessárias alterações legislativas, emprestando ao empresário a opção de remanescer com a estrutura da limitada *intuitu personae* ou passar para a estrutura *intuitu pecuniae*.

É verdade que a estrutura contratual da limitada, com seus postulados basilares, estabelecidos nos artigos 1.052 a 1.087, 997, 1.003, 1.010, 1.016 e 1.044, todos do CCB, são aplicáveis independentemente da vontade dos sócios, que a eles se obrigam. No remanescente e subsidiariamente é que podem deliberar sobre a estrutura a aplicar.

Assim, especialmente pelas disposições do artigo 1.053, é possível compreender essa abertura proporcionada pelo legislador. Estabelece o referido dispositivo que: "*A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples*". E no parágrafo único complementa: "*O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima*".

---

<sup>372</sup>REQUIÃO, **Curso de direito comercial**, v.1., op. cit., p.463.

<sup>373</sup>Conforme Carvalhosa (Do direito..., op. cit., p.4 e 34.

<sup>374</sup>Em muitas situações as obrigações de publicação de dados internos das sociedades anônimas acabam desinteressando os administradores, em face da concorrência.

Já se dizia, desde o Decreto n.º 3.708/19, que a norma principal de regência da sociedade limitada é o Decreto e o seu contrato social, o qual deveria estar em consonância com o C. Comercial. Havendo lacunas, fossem elas efetivas ou técnicas, as quais não pudessem ser supridas pelo C. Comercial, a partir daí seriam usadas as normas da LSA.<sup>375</sup>

Para a atual sociedade limitada, a questão é posta de maneira diferente. Aos sócios caberá optar entre a vinculação da sociedade à estrutura fixada para a sociedade simples, e aquela determinada para a sociedade anônima.

Como esclarecido no item próprio, os sócios é que irão, em concreto, estabelecer se a sociedade será classificada como de pessoas ou como de capital.

Sobre o assunto, pronunciou-se Gonçalves Neto, realçando que essa possibilidade de aplicação supletiva da LSA não importa em alteração do regime jurídico da limitada. Indica, que o "*caráter **supletivo** das normas da antes referida lei não é **alternativo** nem **substitutivo** do regime próprio a que está sujeita a sociedade limitada.*" No entanto, conclui que "*diante da liberdade de constituição da sociedade limitada*" ela pode ser estruturada com elementos de sociedades de pessoas ou de capital, conforme o desejo dos sócios.<sup>376</sup>

Modesto Carvalhosa destaca que o artigo 1.053 do CCB resolveu a antiga polêmica, decorrente da interpretação do artigo 18 do Decreto n.º 3.708/19. Segundo o Autor, as normas da sociedade simples "*funcionam como regras gerais para todas as sociedades de pessoas*".

Assim, considerando que a sociedade limitada tem caráter híbrido, a ela se aplicam, por expressa disposição de lei (art. 1.053), essas disposições. Essa aplicação

---

<sup>375</sup>Conforme Hernani Estrella (Dissolução de sociedade por quotas. In: \_\_\_\_\_. **Direito comercial (estudos)**. São Paulo: José Konfino, 1969. p.276); Requião (**Curso de direito comercial**, v.1., op. cit., n.256).

<sup>376</sup>GONÇALVES NETO, **Lições de direito societário**, op. cit., p.191-192.



é supletiva às regras específicas da sociedade limitada.<sup>377</sup> Indo adiante e comentando a possibilidade de aplicação, à limitada, da LSA, o autor afirma que o Código permite que "a autonomia privada molde-a, conforme os interesses dos seus sócios", em expreso reconhecimento do caráter híbrido da sociedade.<sup>378</sup>

Aparentemente mais acentuada é a visão de Ulhoa Coelho sobre essas possibilidades outorgadas aos sócios, de definirem a disciplina supletiva da *lei* que rege a sociedade limitada. Para ele, os sócios podem escolher entre a criação de "dois subtipos deste tipo societário". "Existem, assim, duas limitadas; ou melhor, dois subtipos de sociedades limitadas. Um, o das sociedades limitadas sujeitas ao regime da regência supletiva das sociedades simples (subtipo I); outro, o das sujeitas ao regime de regência supletiva das sociedades anônimas (subtipo II)."<sup>379</sup>

As posições adotadas por Gonçalves Neto e Carvalhosa estão em linha com o disposto na lei. Nos termos do caput do art. 1.053, o legislador estabeleceu qual o regime jurídico aplicável à sociedade. Nele, adotou o regime próprio das demais sociedades reguladas conforme as regras do sistema da sociedade simples, eis que **mandou** aplicar, nas *omissões do Capítulo próprio da sociedade limitada*, as normas da sociedade simples.

Verifique-se que o legislador não se referiu às eventuais omissões do contrato, mas às omissões legais. Nesse caso, isso faz total diferença, eis que a pretensão foi a de criar um determinado sistema.

Assim, quando o intérprete for obrigado a deitar seus olhos sobre esse tipo societário, independentemente do regramento escolhido pelos sócios, não poderá esquecer dessa premissa.

---

<sup>377</sup>Portanto, não remanescem as antigas dúvidas se a suplência da LSA é em relação ao contrato social ou ao C. Comercial, a qual gerava conflitos na doutrina.

<sup>378</sup>CARVALHOSA, Do direito..., op. cit., p.40.

<sup>379</sup>COELHO, **Comentários**..., op. cit., p.165-166. O autor não trata das possibilidades das sociedades limitadas simples e empresárias.

Nesse sentido, não nos parece adequada a visão de Ulhoa Coelho, que se afasta do sistema empregado pelo legislador, ao possibilitar aos sócios a definição do regime jurídico a ser empregado na análise da sociedade.

E, nesse caso, criar um sistema, significa ser obrigado a empregar contrato social, ao invés de estatuto social; não poder estabelecer subsidiária integral; ficar adstrito a distribuir o capital em quotas ao invés de ações; não poder emitir outros valores mobiliários; não poder fazer emissão pública do capital; enfim, ficar adstrito a praticar atos que estejam no âmbito de abrangência do regime jurídico do CCB.

Isso não significa, no entanto, que, optando os sócios pela regência supletiva pela LSA (art. 1.053, parág. único), não possam dotar a sociedade limitada de mecanismos que as aproximem das sociedades de capital. Tal faculdade é presente e os doutrinadores consultados<sup>380</sup>, todos, admitem-na, até porque a lei é clara nesse sentido. A questão é saber até onde essa permissão está contida na lei, ou em que medida os sócios poderão dotar a limitada de mecanismos da anônima. Requião aponta como limite, a "matéria que os sócios tenham liberdade para negociar e regular".<sup>381</sup> A fórmula adotada por Gonçalves Neto é a de que os sócios têm liberdade, desde que não contrariem as disposições contidas nos artigos 1.052 a 1.087, 997 a 1.038 e 1.044. Exemplifica dizendo que eles teriam liberdade de estruturar melhor a questão das deliberações e administração da sociedade, bem como a facilitação de transferência de quotas a terceiros.<sup>382</sup> Carvalhosa detalha, em exemplos, seu entendimento, para expor que seria possível à limitada com estrutura de anônima, a divisão do capital em quotas ordinárias e preferenciais, a criação

---

<sup>380</sup>Requião (**Curso de direito comercial**, v.1., op. cit., p.464); Carvalhosa (Do direito..., op. cit., p.44); Gonçalves Neto (**Lições de direito societário**, op. cit., p.192); Mamede (op. cit., p.315); Ulhoa Coelho (**Comentários...**, op. cit., p.165); Simão Filho (**A nova sociedade limitada**. Barueri: Manole, 2004. p.30-38); Marcondes (Direito mercantil e atividade negocial no projeto de código civil. In: \_\_\_\_\_. **Questões de direito mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977. p.20).

<sup>381</sup>REQUIÃO, **Curso de direito comercial**, v.1., op. cit., p.464.

<sup>382</sup>GONÇALVES NETO, **Lições de direito societário**, op. cit., p.192.

de conselho de administração, a aplicação dos deveres e responsabilidades dos administradores e a adoção de acordos de acionistas.<sup>383</sup>

No sentido de dotar a sociedade limitada de mecanismos que a aproxime da sociedade anônima, em nosso entender não há empecilho para que se aplique a ela partes das normas existentes na Seção III, do Capítulo III, da LSA, que trata das espécies e classes das ações, neste caso adaptado às quotas.

Tais dispositivos estabelecem as distinções entre as *espécies* de ações, conforme *os direitos ou vantagens* que confirmam a seus titulares. Quanto à divisão em *classes*, é ela possível em face da: "*I - conversibilidade em ações preferenciais; II - exigência de nacionalidade brasileira do acionista; ou III - direito de voto em separado para o preenchimento de determinados cargos de órgãos administrativos*" (art. 17, LSA). Além dessas, é possível o estabelecimento de vantagens políticas, por meio de eleição, em votação em separado, de um ou mais membros do conselho de administração, a determinadas classes de ações preferenciais (art. 18, LSA).

Considerando a divisão das ações em ordinárias, preferenciais ou de fruição, não vemos óbice legal para adotar quotas ordinárias e preferenciais. Naturalmente não incluímos nesse rol as de fruição, eis que a possibilidade das *quotas serem integralmente amortizadas*, para dar azo à sua substituição por de fruição (art. 44, parág. 5.º, LSA), não nos parece consentâneo com a estrutura estabelecida no CCB.

Entendemos viável a adoção da divisão das quotas em preferenciais ou ordinárias, eis que ela está balizada em direitos ou vantagens. Apesar da Seção II, que trata da sociedade simples, trazer como título "*Dos Direitos e Obrigações dos Sócios*", não há nessa seção, nem em outra qualquer do CCB, sistematização desses direitos, ou mesmo de vantagens. Há, portanto, lacuna legal, que pode ser suprida pela LSA. Se há lacuna, nada impede que ela seja colmatada por meio de

---

<sup>383</sup>CARVALHOSA, Do direito..., op. cit., p.45.

regramento que preveja, inclusive, a adoção de mecanismo como a divisão das quotas em espécies e classes.

Tal previsão, naturalmente, deve vir revestida de duas premissas: uma, que o contrato social preveja a adoção da LSA como supletiva; outra, que regre pormenorizadamente a divisão em espécies e, em sendo o caso, em classes de quotas.

Essa faculdade, certamente, em muito auxiliará, se a opção dos pretendentes à recuperação da empresa, por meio de SPE, for a utilização da estrutura de sociedade limitada. Sim, posto que nem todos os credores estão inseridos em uma mesma classe, tendo direitos e vantagens que precisam ser distinguidos na sociedade que venham a constituir.

#### 2.4.6.3 As deliberações societárias

Ao tratar-se das questões atinentes às deliberações societárias da sociedade simples (item 2.4.1.3, supra), abordou-se a estrutura organicista de que se reveste a sociedade anônima, percebendo que essa estrutura é mitigada quando se fala de sociedades de pessoas.

Considerando que a classificação da sociedade limitada é objeto de discussão na doutrina e, considerando, especialmente, a existência, no CCB, de seções específicas para tratar *da administração* (arts. 1.060/1.065), *do conselho fiscal* (arts. 1.066/1.070) e *das deliberações dos sócios* (arts. 1.071/1.080), retorna-se à questão, com o objetivo de verificar em que medida se aplica à sociedade limitada a teoria organicista.

O primeiro aspecto a levantar é que, diferentemente do que ocorre com a sociedade em nome coletivo e em comandita simples, a administração da sociedade

limitada pode ser atribuída a terceiro não sócio.<sup>384</sup> É importante destacar que essa faculdade não existia no regime da lei anterior. Somente com o permissivo adotado no art. 1.061 é que se possibilitou aos sócios a nomeação de terceiros para administrar a limitada.

Tal faculdade tem importância capital para gerar a distinção entre os órgãos da sociedade, considerando que, se a administração é feita por terceiros, naturalmente estes não participam da deliberação, daí decorrendo certa<sup>385</sup> autonomia ao órgão executivo.

Para além disso, o tratamento emprestado na sociedade limitada ao órgão da administração parece ser mais técnico do que aquele registrado para a sociedade simples. No primeiro caso, encontram-se verdadeiras questões atinentes à administração, enquanto no segundo, há normas de deliberação em confusão com normas de execução.

Outro ponto relevante, é a fixação de regras de órgão de fiscalização. Tal como ocorre com o administrador não sócio, a existência de conselho fiscal na sociedade limitada é uma faculdade dos que deliberarem acerca da contratação da sociedade. No entanto, ainda que como faculdade, é um grande avanço, no sentido de tornar a vida em sociedade mais regrada e consoante a teoria organicista.

Por fim, o CCB realmente cria um órgão de deliberação, fixando-lhe competências, forma de convocação, quórum de instalação e de deliberação, direito

---

<sup>384</sup>A possibilidade de terceiro, não sócio, administrar a sociedade simples pode ser vista com certas reservas. Está clara na lei a viabilidade, mas não se sabe exatamente se está a se falar desse tipo societário em sentido estrito, ou nela como estrutura dos demais tipos societários. Diz-se isso em face da sua natureza claramente personalista, quando olhada sob o aspecto de tipo societário.

<sup>385</sup>Não se desconhece que essa autonomia é restrita e que inexistente, no âmbito societário, verdadeira autonomia entre os órgãos. Sobre o tema, ensinam Comparato e Salomão Filho, que a "definição de poder de dominação ou controle, na sociedade anônima – já o dissemos – é sempre feita em função da assembléia-geral, pois é ela o órgão primário ou imediato da corporação, que investe todos os demais e constitui a última instância decisória" (op. cit., p.51).

de recesso, distinção entre AGO e AGE, estabelecimento de responsabilidades, entre outros regramentos.

Tais atributos da lei, em relação à efetiva configuração dos órgãos sociais, permitiu que Simão Filho deduzisse o seguinte raciocínio: "A sociedade limitada, na sua versão do Código Civil, apresenta-se, quanto à estrutura organizacional e diretiva, nos moldes de uma sociedade anônima, possuindo órgãos sociais e órgãos auxiliares de apoio à gestão que merecem destaque dada a importância deles para o bom funcionamento da sociedade."<sup>386</sup>

Por sua vez, Carvalhosa é bem claro em afirmar que:

o Código Civil de 2002 adota uma **concepção organicista** para a administração das sociedades limitadas. Os órgãos da sociedade têm atribuições legais, e os titulares desses órgãos têm deveres e responsabilidades ao exercer suas funções no quadro das atribuições daqueles. Os órgãos societários constituem, por força das funções que lhes empresta a lei, instrumentos capazes de produzir relações jurídicas. Na consecução dessas atribuições, seus titulares ou ocupantes exercem coletiva ou individualmente os respectivos encargos.<sup>387</sup>

Configurada a distinção entre os órgãos, cabe verificar se, ao contrário do que acontece com a sociedade simples, o órgão deliberativo da sociedade limitada está vinculado ao princípio do majoritário, ou seja, se é aplicável nesse tipo societário o princípio de que a maioria tem poderes para decidir e em que medida.

De fato, conforme o artigo 1.076, as deliberações sociais serão adotadas por maioria. Essa maioria é variável, conforme a matéria e, também, conforme o que dispuser o contrato social. O fato de existirem algumas deliberações que exigem unanimidade, como a nomeação de administrador não sócio, enquanto o capital social não esteja integralizado, e para dissolução antecipada de sociedade por prazo determinado, não invalida tal interpretação.

---

<sup>386</sup>SIMÃO FILHO, op. cit., p.129.

<sup>387</sup>CARVALHOSA, Do direito..., op. cit., p.107.

Interessante verificar que, para deliberar, os sócios poderão fazê-lo por meio de assembleia-geral, reunião de quotistas, ou, excepcionalmente, por decisão escrita, da qual participem todos os sócios (parág. 3.º do art. 1.072). A distinção entre assembleia-geral e reunião de quotistas é criticada por parte da doutrina<sup>388</sup>, eis que inexistem critérios seguros na lei, para se estabelecer qual a diferença de regimes entre elas.

Em qualquer das modalidades, no entanto, o critério da maioria para deliberar é assente. Tal critério é também adotado na LRE, como pode ser constatado, entre outros, nos arts. 42, 46 e 58. Esta, como sabido, não era a forma de disposição na lei anterior, na qual as concessões de benefícios dependiam de critérios objetivos e de provimento jurisdicional, não se considerando a vontade dos credores, salvo em situações de liquidação de ativos.

Há, portanto, uma certa conexão de sentido entre as deliberações concernentes às sociedades limitadas e as deliberações dos credores na LRE. Ambas são dotadas do princípio do majoritário.<sup>389</sup>

#### 2.4.6.4 A administração da limitada

As grandes alterações verificadas no sistema legal, que trata da administração da sociedade limitada, estão em linha com a divisão adotada para os órgãos societários. Ou seja, as inovações implantadas na *nova sociedade limitada*, regra geral, advieram da adoção da teoria organicista.

---

<sup>388</sup>Carvalhosa (Do direito..., op. cit., p.193) Gonçalves Neto (**Lições de direito societário**, op. cit., p.272).

<sup>389</sup>Pode-se dizer que, sob a égide do diploma legal de 1945 (DL 7.661), esse princípio do majoritário não tinha essa abrangência. Em situação específica, credores representantes de aproximadamente 90% dos créditos haviam aprovado plano de recuperação proposto na concordata das Lojas Arapuã e este não foi viabilizado, de pronto, pela negativa de um único credor, que representava o remanescente da dívida (conforme acórdão prolatado pela 8.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos A.I. n. 157.800.4/7-00 e 157.801.4/1-00, tendo como Relator o Desembargador Ribeiro dos Santos).

A partir da existência mais autônômica do órgão de administração da sociedade, foi possível, por exemplo, a nomeação de administrador estranho ao corpo societário.

Como sabido, pelo Decreto n.º 3.708/19, só aos sócios era dado gerenciar<sup>390</sup> a sociedade, sendo a aceitação de gerência externa construção admitida pelas juntas comerciais, mas sem fundamento legal.

Por outro lado, para preenchimento do cargo de administrador, sócio ou não, deverão ser observadas as restrições estabelecidas no parág. 1.º do artigo 1.011<sup>391</sup>, o qual cria limitações de ordem pessoal para o seu exercício.

Quanto à questão de capacidade para a atividade, é sempre bom lembrar que na sociedade limitada é admitida a participação de sócio incapaz. Por força do art. 1.013, "*a administração da sociedade, nada dispondo o contrato social, compete separadamente a cada um dos sócios*". No entanto, se houver sócio incapaz, este não poderá estar vinculado à administração, apesar de ser admitido na condição de quotista.

Considerando que o art. 1.060, que trata do sistema de administração da sociedade limitada, é de construção aberta, permite aos sócios: a definição acerca do número de pessoas que dela participarão; se sua designação será feita no próprio contrato ou em ato em separado; a nomeação de terceiros não sócios para a atividade (art. 1.061), e a concepção de conselho de administração nesse tipo societário.

Considerando que inexistente regramento para esse conselho, se criado, caberá aos sócios a fixação de sua competência e modo de funcionamento e, na falta, deverá ser utilizada a LSA como regra supletiva.

---

<sup>390</sup>A expressão gerência foi substituída, no CCB, por administração, e a figura do *gerente* é, hoje, apenas do preposto da sociedade, nos moldes dos arts. 1.172 e segs.

<sup>391</sup>Aplicável ao caso por força do sistema.



Ao adotar a interpretação de que cabe, na sociedade limitada, a divisão das quotas em espécies e classes, como visto no item 2.4.6.2 supra, importa considerar a questão do conselho de administração nesse aspecto.

Essa taxionomia poderá ser feita com relação aos titulares dos direitos políticos, eis que a faculdade de votar em separado para eleger membros de cargos da administração e de membros do conselho administrativo, serão prerrogativas para diferenciar as classes das quotas, nos termos dos artigos 17 e 18 da LSA.

Assim, a complexificação do órgão de administração terá eficácia positiva nos casos em que se deseje dotar a sociedade de órgãos de deliberação também mais complexos, por se ter atribuído direitos ou vantagens distintos a uma ou mais classes de quotistas.

Destarte, esse conjunto de mecanismos, permitidos à sociedade limitada pelo legislador de 2002, muito contribui para sua utilização na forma de SPE, com o intuito de recuperação de empresas em dificuldade, por acomodar interesses distintos, o que era inexistente na formatação cunhada pelo Decreto n.º 3.708/19.

Por outro lado, quanto à responsabilidade dos administradores pelos atos praticados, cabem aqui as considerações feitas acerca do tema no âmbito da sociedade simples (item 2.4.1.4, supra). Nada obstante, em se adotando conselho de administração, em sociedade que tenha optado pela LSA como regência supletiva, a responsabilidade dos seus membros deve ser aquela fixada conforme a referida lei. É que, nesse caso, tem-se omissão, tanto da *lei* da sociedade limitada, como da sociedade simples, aplicando-se, então, a norma do pará. único do artigo 1.053 do CCB.

#### 2.4.6.5 O conselho fiscal

O Decreto n.º 3.708/19 não tinha previsão acerca de conselho fiscal para a sociedade limitada, o que acabou ocorrendo a partir do CCB, que o regulamentou nos artigos 1.066 e seguintes.

Nem a LSA e tampouco o CCB definiram tal órgão, deixando ao intérprete a função. Modesto Carvalhosa o fez, da seguinte forma: "É o conselho fiscal aparelho interno da sociedade, previsto no Código Civil de 2002, cuja função é exercer o controle e a fiscalização das contas dos administradores e dos eventuais erros, fraudes ou crimes que possam surgir no âmbito da sua administração."<sup>392</sup>

Sua existência é facultativa e o seu funcionamento será disciplinado segundo os termos do contrato social, do CCB e, na omissão, da LSA. Muito interessante que, apesar de ser de existência facultativa, suas funções são indelegáveis, não podendo outro órgão ou pessoa exercer as atividades a ele declinadas por lei.

Tal órgão, como já dizia Sylvio Marcondes, é um dispositivo auxiliar na migração para a sociedade limitada daqueles que buscavam, anteriormente, a sociedade anônima, ante a falta de mecanismos de segurança naquele tipo societário. Com esse órgão, entre outras modificações implementadas pelo legislador, diz o jurista, passa a ser o tipo societário em comento, uma boa opção para aquelas sociedades com 30, 40 ou 50 sócios que, em outros tempos, ficavam adstritos aos meandros da sociedade anônima.<sup>393</sup>

#### 2.4.6.6 Os direitos dos sócios

Inexiste, nas disposições específicas de regência da sociedade limitada, uma seção que trate *dos direitos dos sócios*. No entanto, considerando que é, igualmente, disciplinada pelas normas estabelecidas nos artigos 1.001 a 1.009 do CCB, poderia se imaginar que a questão estaria resolvida nesse espaço legislativo. No entanto, não se pode dizer que a matéria foi sistematizada adequadamente.

De fato, acerca de direitos dos sócios, nos referidos dispositivos, encontra-se o da necessidade de anuência com a cessão das quotas sociais (art. 1.003) e o

---

<sup>392</sup>CARVALHOSA, Do direito..., op. cit., p.149.

<sup>393</sup>MARCONDES, op. cit., p.21.

de participar em lucros (art. 1.008). No entanto, essa menção não é absoluta, nem se encontra devidamente regulamentada.<sup>394</sup>

Em princípio, não há inconvenientes em adotar como base o texto do artigo 109 da LSA, para tratar de direitos essenciais do quotista, acrescentando-se o de votar<sup>395</sup> nas assembléias ou reuniões. Todos esses direitos estão no CCB, ainda que não de forma sistematizada. Portanto, a utilização da LSA, nesse caso, não se dá em suplência aos dispositivos que tratam da sociedade limitada, mas exclusivamente como método de abordagem.

No entanto, convém tratar, em primeiro lugar do direito de **participação, como anuente, na cessão das quotas.**

Esse direito é, de certa forma, uma tendência a manter, ainda que com reservas, o personalismo da sociedade limitada. Essa prerrogativa do sócio acaba esbarrando na livre cessibilidade das quotas sociais, o que é próprio das sociedades de pessoas. Naturalmente não se está a defender a necessidade de aprovação de 100% do capital votante para a cessão das quotas, mas a matéria é objeto de alteração de contrato social, não podendo ser aprovada em transação da qual participem, exclusivamente, os interessados, salvo se forem os únicos quotistas.

No entanto, essa necessidade é, de certa forma, contraditória em relação às sociedades que adotarem o modelo de sociedade de capital, as quais ficarão atreladas a esse resquício de personalismo, ainda que tenham elaborado seu contrato social de sorte a lhes conferir prerrogativas mais abertas.

O direito de **participar dos lucros sociais** deve ser visto com reservas. Naturalmente que, havendo lucros, eles são direitos dos sócios. Ocorre que é possível que a maioria delibere não distribuí-los e, apesar de se tratar de direito, os lucros

---

<sup>394</sup>De forma sistematizada, o artigo 109 da LSA estabelece os direitos essenciais do acionista, permitindo ao intérprete inferir, ao longo da lei, outros direitos que podem ser alterados pelo estatuto.

<sup>395</sup>Mas não o de ser votado, eis que, como já foi dito, é admissível, na limitada, a participação de sócios que não tenham capacidade civil plena, ou que tenham algum tipo de limitação para participação da administração.

acabam não gerando resultado financeiro aos sócios. É que nem todo o lucro será dividido, principalmente na sociedade limitada, onde não há dispositivo que determine a distribuição de dividendos mínimos.

Nesses casos, serão eles reincorporados ao patrimônio social, a título de investimentos, ou sob a forma dada na deliberação. Com isto, há, ou deve haver, determinado ganho econômico aos sócios. Razão pela qual se diz que, ainda que não distribuído aos sócios, esse é um direito inerente à qualidade de quotista.

A **participação no acervo da sociedade** é o segundo direito enumerado como essencial no dispositivo da lei do anonimato. Ele revela-se de especial interesse, eis que o objeto deste trabalho é a SPE e, sendo assim, em regra, haverá a liquidação da sociedade e a participação dos quotistas no seu acervo.

O acervo da sociedade será decorrente do valor que efetivamente se apure com o seu ativo, após o pagamento do seu passivo. Muito se discutiu em juízo acerca da apuração de haveres dos sócios que se desligam da sociedade antes da sua dissolução total, chegando-se à conclusão de que o levantamento deveria ser o mais amplo possível, abrangendo os bens, móveis e imóveis, assim como tangíveis e intangíveis.<sup>396</sup>

---

<sup>396</sup>DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE. APURAÇÃO DE HAVERES. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE DO ACÓRDÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. INCLUSÃO DOS FUNDOS DE COMÉRCIO E DE RESERVA E DOS DIVIDENDOS DENTRE OS HAVERES. INTERESSE DE AGIR. SÓCIO RETIRANTE. EXISTÊNCIA AINDA QUE A SOCIEDADE E O SÓCIO REMANESCENTE CONCORDEM COM A DISSOLUÇÃO. OFENSA AO CONTRATO SOCIAL. INVIABILIDADE DE EXAME NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO N.º 5 DA SÚMULA/STJ. JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO DA MORA. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. SUCUMBÊNCIA PARCIAL. ARTS. 20, 21, 131, 165, 293, 458-II, 460, CPC, 668, CPC/1939, 955, 960, 963, CC. RECURSO DESACOLHIDO.

II - O fundo de comércio e o fundo de reserva instituído pela vontade dos sócios integram o patrimônio da sociedade e, por isso, devem ser considerados na apuração dos haveres, por ocasião da dissolução, sem que a sua inclusão caracterize julgamento extra petita.

III - A inclusão, entre os haveres, dos dividendos porventura não pagos ao sócio retirante, ainda que não pedida expressamente, tem por objetivo evitar o enriquecimento indevido do sócio remanescente, não configurando julgamento extra petita. (STJ- REsp 2000/0080731-1; Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (1088). DJ 25.03.2002 p.290)

No caso em comento, está a se tratar de hipótese diversa, que é o da dissolução total. Nela, todo o apurado deve ser distribuído entre os sócios, na proporção de sua participação no capital social. O que se preserva, no entanto, são os direitos dos credores sociais, que são pagos com preferência aos dos sócios.

No entanto, há os casos em que o rompimento do vínculo societário se dá, exclusivamente, em relação a um sócio. Esses casos são, a título de exemplo e sem a pretensão de esgotar as hipóteses, os de redução de capital, com a retirada do sócio; cisão parcial, com retirada do sócio; exclusão do sócio; exercício do direito de recesso; exercício do direito de retirada, em sociedades contratadas por prazo indeterminado; e dissolução parcial.

Como se está a falar de direitos dos sócios em sociedade limitada, vamos abordar apenas os direitos de recesso e de retirada.

Previa, o artigo 15 do Decreto n.º 3.708/19, que "*assiste aos sócios que divergirem da alteração do contrato social a faculdade de se retirarem da sociedade*". Delimitando as matérias cuja aprovação dariam ao dissidente direito à retirada, a LSA repetiu a regra do recesso, no seu artigo 137. Voltando à fórmula do legislador de 1919, o CCB manteve o **direito do sócio ao recesso**, mas de forma aberta, para todas as hipóteses em que "*houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra ou dela por outra*" (art. 1.077).

Verificado o recesso, será liquidada a parcela do sócio que o exerceu, com data-base no momento do exercício do direito, apurando-se os seus haveres mediante levantamento que considere a efetiva situação patrimonial da sociedade e não apenas o seu valor contábil.

Quanto ao **direito de retirada**, tem ele se revelado polêmico. Consolidou-se na doutrina e na jurisprudência ao tempo C. Comercial, a ampla faculdade outorgada aos sócios de se retirarem da sociedade<sup>397</sup>, sem necessidade de motivarem sua

---

<sup>397</sup>Exceção feita à sociedade anônima.

decisão. Dois argumentos básicos eram lançados para o pedido: a faculdade existente no artigo 335, 5, do C. Comercial; e a previsão do artigo 5.º, XX, da C. Federal.

Nos casos cujos pedidos eram formulados com base nesses argumentos, os tribunais vinham concedendo a chamada, e condenada, dissolução parcial.

O CCB, por sua vez, previu o desligamento voluntário do sócio para a sociedade simples e o direito de recesso para a sociedade limitada. A questão que se põe, portanto, é se a faculdade de desligamento voluntário se aplica à sociedade limitada, sem que haja fundamento em justa causa ou alteração contratual.

Para Mamede, aplica-se, aqui, o disposto no artigo 1.029, em face da garantia do artigo 5.º, XX, da CF. Segundo o autor, o exercício desse direito "não carece de qualquer motivação; caracteriza, portanto, denúncia imotivada lícita do contrato de sociedade, exigindo mera informação do intento de retirar-se e do prazo que o fará".<sup>398</sup>

Ulhoa Coelho, analisando as causas de dissolução parcial na sociedade limitada, afirma que a retirada é uma delas. Para ele, "este é um direito que o sócio pode acionar a qualquer tempo, se a sociedade de que participa for contratada com prazo indeterminado. A retirada, neste caso, fica condicionada apenas à notificação dos demais sócios".<sup>399</sup>

De opinião divergente é Gonçalves Neto, para quem houve alteração no regime desse direito, em face da existência de norma própria, para a sociedade limitada, que regula o direito de recesso. Segundo o professor, havendo norma específica sobre o direito de recesso (art. 1.077), não se justifica aplicar a norma generalizante do direito de retirada (art. 1.029), eis que os dispositivos da *Lei* da sociedade simples só se aplicam à sociedade limitada, nas suas omissões (art. 1.053). Quanto à utilização da norma constitucional (art. 5.º, XX), rebate prontamente essa alternativa,

---

<sup>398</sup>MAMEDE, op. cit., p.159.

<sup>399</sup>COELHO, **Manual...**, op. cit., p.177.

sob o argumento de que o "que está ali regulado é o direito à liberdade de associação, que é coisa completamente distinta". E complementa: "Há uma distância enorme entre uma e outra dessas situações. O associado que não quiser mais pertencer a uma associação, isto é, a uma entidade que congrega pessoas sem finalidade econômica, simplesmente deixa seus quadros, sem que isso implique como contrapartida, o surgimento de qualquer direito."<sup>400</sup>

Em face dessas posições absolutamente confrontantes, diante de assunto da mais significativa importância para o direito societário, certamente a questão terá de ser resolvida mediante pronunciamentos do Judiciário. A nosso ver, no entanto, além das questões já levantadas, alguns aspectos precisam ser considerados para a solução da controvérsia.

O primeiro diz respeito à inexistência, no direito brasileiro, de vínculos eternos. Exemplificando, em que pese o povo brasileiro ser, em sua maioria, de crença cristã – para a qual a indissolubilidade do vínculo matrimonial é quase um dogma – o nosso sistema jurídico aprovou a lei do divórcio. Por outro lado, mas ainda nesse mesmo sentido, o art. 473 do CCB permite a *resilição unilateral* do contrato nos casos em que a lei *implicitamente* o admita.

Essa conexão de sentidos do sistema sociopolítico-legislativo brasileiro aponta para a possibilidade de dissolução dos vínculos contratuais por vontade das partes, e, considerando-se que as sociedades são decorrentes de contratos, parece mais consentâneo com nossa realidade a permissão do que a proibição.

Por outro lado, verificando a questão sob o aspecto da sociedade anônima, em que a jurisprudência se inclinou, mais fortemente, no sentido de impedir o rompimento

---

<sup>400</sup>GONÇALVES NETO, *Lições de direito societário*, op. cit., p.291.

por vontade unilateral<sup>401</sup>, o argumento ali utilizado é o de que os sócios têm outras formas de deixar a sociedade, como a venda de suas ações. Como na sociedade limitada esta possibilidade está restrita à alteração do contrato social, dependerá o quotista da aquiescência de, no mínimo,  $\frac{3}{4}$  (três quartos) dos titulares do capital social. Com isto, se os detentores do capital majoritário não concordarem com a saída, o quotista, nessa visão de Gonçalves Neto, ficaria permanentemente preso aos vínculos societários.

Tal posição contraria, a nosso ver, os limites da liberdade de contratar e, salvo a existência de outra fórmula de saída voluntária do sócio, independente da vontade do poder majoritário, deverá continuar sendo adotada a cláusula geral de retirada.

Por outro lado, classificado como direito pessoal e essencial do sócio, encontra-se o de **fiscalização da administração societária**, que se dará mediante o *exame dos livros e documentos, e o estado do caixa e da carteira da sociedade* (art. 1.021, do CCB).

---

<sup>401</sup>Apesar de permitir que ela ocorresse em casos específicos, sob o argumento da quebra da *affectio societatis*, como pode ser demonstrado no acórdão seguinte:

*"Comercial. Dissolução de sociedade anônima de capital fechado. Art. 206 da Lei n.º 6.404/76. Não distribuição de dividendos por razoável lapso de tempo. Sociedade constituída para desenvolvimento de projetos florestais. Plantio de árvores de longo prazo de maturação. Empresa cuja atividade não produz lucros a curto prazo. Inexistência de impossibilidade jurídica. Necessidade, contudo, de exame do caso em concreto. Insubsistência do argumento de reduzida composição do quadro social, se ausente vínculo de natureza pessoal e nem se tratar de grupo familiar.*

*- Não há impossibilidade jurídica no pedido de dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado, que pode ser analisado sob a ótica do art. 335, item 5, do Código Comercial, desde que diante de peculiaridades do caso concreto.*

*- A "affectio societatis" decorre do sentimento de empreendimento comum que reúne os sócios em torno do objeto social, e não como consequência lógica do restrito quadro social, característica peculiar da maioria das sociedades anônimas de capital fechado.*

*- Não é plausível a dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado sem antes aferir cada uma e todas as razões que militam em prol da preservação da empresa e da cessação de sua função social, tendo em vista que os interesses sociais hão que prevalecer sobre os de natureza pessoal de alguns dos acionistas" (Relatora Ministra Nancy Andrighi, publicado em RSTJ, v.153, p.238)*



Tal direito já era permitido no C. Comercial (art. 290) e não representa novidade, podendo ser exercido a qualquer tempo, salvo se o contrato social especificar época própria.

Entre os direitos essenciais do quotista, está, ainda, o de **preferência de subscrição de novas quotas**, em caso de aumento de capital social (art. 1.081). Inexistia, no C. Comercial previsão nesse sentido, tendo sido ele inserido no sistema da sociedade anônima, no inciso IV do artigo 109 da LSA.

Tal direito, como tem repercussão patrimonial, pode ser exercido pelo próprio quotista, ou cedido a terceiro. Neste caso, se o beneficiário for terceiro não sócio, dependerá da anuência de sócios representantes de  $\frac{3}{4}$  (três quartos) do capital social.

Finalmente, mas não exclusivamente<sup>402</sup>, está o **direito de voto**, o qual foi inserido na categoria dos direitos essenciais dos quotistas, enquanto é tratado como não essencial na sociedade anônima (art. 110 da LSA).

Como já analisado (2.4.1.3 e 2.4.6.3), as deliberações são decorrentes de atividades dos sócios em conclaves ou em aposição de assinatura em contrato social. Em todos os casos, não se pode excluir da apreciação do sócio determinada matéria, eis que, ainda que discordante, é ele chamado para debater e votar.

Tal direito era mitigado quando da regência da matéria pela lei anterior. Como sabido, bastava que o contrato viesse firmado pela maioria dos sócios, para que as juntas comerciais arquivassem as deliberações adotadas. No entanto, como não havia necessidade de convocação dos sócios para deliberar, bastava que os quotistas majoritários se reunissem e, sem a presença dos demais, deliberassem, assinassem e entregassem o documento para registro, que a alteração teria validade. Assim, nestes casos, os minoritários não teriam votado nessas questões.

---

<sup>402</sup>Eis que outros direitos cabem aos sócios, mas que não serão aqui abordados, em face dos estreitos limites deste trabalho.

Hoje, com a necessidade de convocação dos conclaves (art. 1.152), ou com a assinatura de todos os sócios no documento de alteração (art. 1.072, parág. 3.º), naturalmente o direito de voto é respeitado como direito essencial do quotista.

Esses, portanto, os direitos cuja análise entendemos necessária para a abordagem deste trabalho. Analisados, passamos ao próximo tópico.

#### 2.4.7 Sociedade Anônima

Em nosso sistema jurídico as sociedades anônimas são, basicamente, reguladas pela Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dos termos do disposto no seu artigo 1.º, podem-se extrair suas principais características, bem como sua definição.

Caracterizam-na a divisão do capital em parcelas de igual valor, denominadas de ações, e mais, a responsabilidade limitada dos sócios ao montante do preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas. Essas características já eram notadas nas companhias coloniais, precursoras das sociedades anônimas.<sup>403</sup>

Definindo-a, J.X. Carvalho de Mendonça esclarece que "a sociedade anônima é aquela em que todos os sócios, denominados acionistas ou acionários, respondem pelas obrigações sociais até o valor com que entraram ou prometeram entrar para a formação do capital social".<sup>404</sup>

Para Miranda Valverde, a sociedade anônima "é uma pessoa jurídica de direito privado, de natureza mercantil, em que todo o capital se divide em ações, que limitam a responsabilidade dos participantes, sócios ou acionistas ao montante das ações, por eles subscritas, ou adquiridas, as quais facilitam, por sua circulação, a substituição de todos os sócios ou acionistas".<sup>405</sup>

---

<sup>403</sup>Segundo Ascarelli (**Problemas...**, op. cit., p.313).

<sup>404</sup>CARVALHO DE MENDONÇA, op. cit., p.285.

<sup>405</sup>VALVERDE, Trajano de Miranda. **Sociedades por ações**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953. p.64.

Rubens Requião, de sua parte, complementa a definição dos insígnies mestres, incluindo o elemento da comercialidade, que entende parte integrante, implícita na formulação do instituto.<sup>406</sup> Para ele, "a companhia ou sociedade anônima é uma sociedade comercial, cujo capital, dividido em frações (ações), é formado por sócios (acionistas), cuja responsabilidade a ele se limita".<sup>407</sup>

No direito italiano, o legislador, ao invés de utilizar expressão similar à do direito brasileiro, estabelecendo que a responsabilidade dos sócios é limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas, preferiu enunciar que "*nella società per azioni per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio*" (art. 2325). Esta preferência, de dizer que apenas a sociedade responde pelas dívidas sociais e não de que o patrimônio dos sócios não responde, decorre, segundo Denozza e Jaeger<sup>408</sup>, da atribuição de personalidade jurídica somente às sociedades de capital, classe em que se encontra (e é o exemplo clássico) este tipo societário.

Ascarelli, por seu turno, destaca as duas características das sociedades por ações – limitação da responsabilidade dos sócios e facilidade de circulação das ações – dizendo, em relação à primeira, que é decorrente da personificação da sociedade. E, quanto a isto, afirma:

*Il principio della responsabilità limitata si presenta tuttavia come eccezionale di fronte ai principi generali del diritto.*

(...)

*Sul terreno puramente logico potrebbe osservarsi che non si tratta di una eccezione, perchè, ammessa la personalità giuridica della società anonima, è naturale che i soci non rispondano per i debiti di un soggetto giuridico diverso, che a sua volta risponde, e risponde illimitatamente, dei suoi debiti.*<sup>409</sup>

---

<sup>406</sup>Efetivamente, a Lei n.º 6404/76 estabelece que "*qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio*" (art.2.º, § 1.º).

<sup>407</sup>REQUIÃO, **Comentários...**, op. cit., p.8.

<sup>408</sup>JAEGER e DENOZZA, op. cit., p.213.

<sup>409</sup>ASCARELLI, Tullio. **Studi in Tema di Societ.** Milão: Giuffrè, 1952. p.12. (Tal conclusão, segundo entendemos, não valeria para o direito pátrio, eis que, igualmente são personalizadas as sociedades de pessoas, nas quais encontramos exemplo típico de responsabilidade particular dos sócios, como é o caso das sociedades em nome coletivo e mesmo dos sócios comanditados, na comandita).

### 2.4.7.1 A estrutura da sociedade anônima

Levando-se em consideração a limitação de responsabilidade dos sócios pelos débitos sociais, do que decorre, logicamente, que a única garantia dos terceiros é o patrimônio social, e a divisão em ações do capital social, o que proporciona a agregação de um número maior de sócios/acionistas do que nos demais tipos societários, é natural que este tipo societário encontre regras de organização mais rígidas, as quais viabilizam a garantia dos interesses desses terceiros, assim entendidos os credores sociais, os trabalhadores, os clientes e a coletividade em que ela atua. Há que se garantir, ainda, por meio dessa regulamentação mais rígida, o interesse dos acionistas dito minoritários<sup>410</sup> e dos investidores.<sup>411</sup>

Essa rigidez organizacional, no entanto, não impede a existência de uma característica tipicamente decorrente da livre cessibilidade das ações, aliada à existência de ações sem direito a voto, bem como do absenteísmo nas assembleias gerais, que é o poder de controle<sup>412</sup> na sociedade, muitas vezes exercido por quem

---

<sup>410</sup>Assim entendidos aqueles que não detêm o poder de controle da sociedade.

<sup>411</sup>Acerca dessa proteção, interessante lembrar o panorama traçado por Joaquín Garrigues (**Problemas atuais das sociedades anônimas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1982), o qual faz um paralelo entre a história das S/A e a política. Reporta-se, inicialmente, ao privilégio de que eram portadoras as companhias colonizadoras em suas origens: "Um privilégio concedido pelo Estado; e essa origem da sociedade anônima vai estar presente, de um modo mais ou menos claro, ao longo de toda sua história legislativa. Vai estar presente porque a história da sociedade anônima nos mostra um claro paralelismo com as idéias e com os fatos políticos. Toma no século XVIII a imagem da monarquia absoluta. Copia no século XX o regime parlamentar e democrático. Hoje a linha da evolução histórica da sociedade anônima parece que se fecha sobre si mesma e volta a seu ponto de partida, isto é, a mesma estrutura aristocrática representada pelos grandes dirigentes das companhias e pela estreita vinculação destas companhias com o Estado. Da dependência frente ao Estado, passa à independência, para voltar a sofrer hoje a intromissão crescente do Estado. O Estado não quer abdicar da função tutelar, sob a qual nasce a sociedade anônima. Ocupa-se em defender os acionistas, os investidores ou poupadores e de defender-se também a si mesmo frente à sociedade anônima, quando o poder desta é tão forte que chega a se confrontar com o poder do Estado."

<sup>412</sup>"Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia." (art.116 da LSA).

não é o titular da maioria do número de ações. Esse poder de controle, empiricamente falando, em inúmeras oportunidades faz com que seja quebrada a hegemonia existente entre os três órgãos integrantes das sociedades anônimas: assembléia-geral, conselho de administração e conselho fiscal.

No entanto, a estrutura das sociedades anônimas apresenta-se, ainda, fortalecida, o que faz com que Garrigues afirme:

devemos advogar em favor do respeito pela estrutura tradicional da sociedade por ações, que tanto tem contribuído, em sua longa vida, para o progresso da economia e o bem-estar dos povos, abrangendo sob um esquema jurídico, que subsiste em essência faz três séculos, as tendências mais opostas e adaptando-se às mais diversas finalidades.

E continua:

Penso que se trata de um instrumento que tem dado ótimos resultados nas mãos dos financistas e dos juristas; e estou convencido de que, sem a sociedade anônima, não se haveria nunca criado a grande indústria que hoje possuímos.<sup>413</sup>

Esse tipo social, indiscutivelmente, tem funções econômicas e sociais. Sentidamente destinada às grandes empresas, ao grande aporte de capital, à chamada irrestrita da poupança popular, tal sociedade desvincula-se da pessoa de seus sócios<sup>414</sup>, para apresentar-se como uma sociedade de capitais, ou seja, na qual o que se aglutina é o capital e não os seus titulares.

Hoje, seguindo tal orientação, pode-se afirmar que a estrutura das companhias, adotando o pensamento de Ascarelli, apesar das interferências estatais<sup>415</sup>, está ainda baseada nos mesmos dois princípios: o da responsabilidade limitada e o da divisão do capital em ações.

---

<sup>413</sup>GARRIGUES, op. cit., p.70.

<sup>414</sup>Salvo quando o interesse dos fundadores seja diverso.

<sup>415</sup>Em diversas oportunidades, mediante alterações legislativas, o poder estatal promove mudanças no âmbito das sociedades anônimas. São exemplos delas, as reformas nos direitos dos acionistas, que ocorreram quando se buscaram as privatizações, ou quando elas já haviam sido feitas e se buscava maior injeção de capital estrangeiro no país. Enfim, como a sociedade anônima tem essa forma de ser um dos canalizadores de grandes investimentos, em muitas oportunidades a política econômica acaba interferindo na legislação desse ente jurídico.

A responsabilidade é limitada no que diz respeito aos acionistas. Não é a sociedade, naturalmente, que tem sua responsabilidade limitada perante terceiros. Esta responde integralmente por seus débitos, não podendo desvincular seu capital (patrimônio) das dívidas assumidas.

A responsabilidade limitada é do acionista, que somente responde pela quantia com que se comprometeu para com a companhia, por meio da subscrição de ações. Deve pagar o preço das ações subscritas e, integralizada tal quantia, afasta-se de qualquer responsabilidade pelas dívidas sociais.

O segundo princípio, da divisão do capital em ações, marca a separação entre sociedade e acionista. Fixa a distinção deste com os demais tipos societários<sup>416</sup> em que a alteração da composição societária impõe a do contrato social. Aqui, a mudança do sócio em nada influencia nos estatutos sociais.

Tal princípio permite a fácil circulação das cotas-partes, identificadas como ações, instrumentos de câmbio que são.

Mas, para além dessas peculiaridades, como antecipado ao tratar-se da estrutura da sociedade simples, a sociedade anônima possui a organização mais bem elaborada em termos de divisão de poderes, sendo, neste sentido, mais complexa.

Expondo sobre a *teoria organicista* e sua aplicação na sociedade anônima, Rubens Requião ensina que:

Esses órgãos sociais, que integram a direção da sociedade anônima, são estruturados de forma democrática. Aliás, a coletividade de pessoas que a sociedade anônima envolve segue geralmente esse comportamento. Assim, os órgãos sociais estão constituídos de três categorias: o **órgão de deliberação**, que expressa a vontade da sociedade; o **órgão de execução**, que realiza a vontade social; e o **órgão de controle**, que fiscaliza a fiel execução da vontade social.<sup>417</sup>

Assim, a estrutura da sociedade anônima está, de um lado, vinculada ao duplícipe argumento da responsabilidade limitada, aliada à liberdade de cessão das

---

<sup>416</sup>Salvo, naturalmente, a comandita por ações.

<sup>417</sup>REQUIÃO, **Curso de direito comercial**, v.2, op. cit., p.166.

ações, e de outro, à divisão dos poderes internos, em órgãos mais complexos e bem sistematizados.

#### 2.4.7.2 As deliberações societárias

Já analisada a forma de deliberação societária na sociedade simples (item 2.4.1.3 – acima) e na sociedade limitada (item 2.4.6.3 – supra), passa-se à análise do tema, relativamente à sociedade anônima.

Considerando que se aplica ao tipo societário a *teoria organicista*, o órgão responsável pelas deliberações, neste caso, é a assembleia-geral<sup>418</sup>.

Nos termos do artigo 121 da LSA, a "*assembleia-geral, convocada e instalada de acordo com a lei e o estatuto, tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento*". E é ela o órgão detentor do primado da condução da sociedade, eis que elege e investe os demais<sup>419</sup>. Como preferem Comparato e Salomão:

é, incontestavelmente, a Assembleia-geral o órgão primário, ou imediato, que investe os demais, elegendo os seus membros e podendo demiti-los (Lei n. 6.404, art. 122, II). Nesse sentido estritamente jurídico, nem sempre coincidente com a realidade econômica, ela é, sem dúvida, o poder supremo da companhia, como diz o Código das Obrigações suíço (art. 698), ou o órgão supremo, como preferiu declarar a Lei Geral mexicana de sociedades mercantis (art. 178).<sup>420</sup>

Ora, sendo a assembleia o órgão máximo da companhia, por intermédio dos acionistas que sejam titulares do direito de voto que lhes permita, de modo permanente, exercer a maioria em suas deliberações, ter-se-á o chamado controle

---

<sup>418</sup>Há outras assembleias na sociedade anônima, como a de constituição e a dos debenturistas, mas que não serão tratadas neste momento.

<sup>419</sup>Salvo as exceções legais, como ocorre em companhias onde exista diretoria e conselho de administração, nas quais a investidura daquela se dá por este.

<sup>420</sup>Comparato e Salomão Filho, op. cit., p.31.

interno (art.116 da LSA), o qual deve ser exercido com limitações impostas pela própria lei (art. 116, parág. único, 116-A e 117, todos da LSA).<sup>421</sup>

A assembléia-geral, quanto às deliberações que poderá tomar, divide-se em duas **espécies**: ordinária e extraordinária. A definição de suas competências é feita pela lei. No caso da assembléia-geral ordinária<sup>422</sup>, a especificação é estabelecida no artigo 132, o qual esclarece, ainda, que ela deve ser realizada nos primeiros quatro meses seguintes ao término do exercício social. Já a competência da assembléia-geral extraordinária<sup>423</sup> é definida por exclusão, ou seja, toda a matéria que não seja objeto de deliberação em AGO o será em AGE. E não há nenhum impeditivo para que ambas as assembleias sejam realizadas em um mesmo lugar e hora, deliberando, cada qual, os assuntos de sua competência.

Questão relevante dentro do tema é a relativa ao **quórum de deliberação**. E essa questão tem importância especial neste trabalho, eis que nem sempre o quórum exigido para as deliberações em assembléia dos credores, antes da deliberação da criação da SPE, será o mesmo daquele para deliberar acerca dos assuntos internos da companhia, caso esta seja criada sob a modulação de sociedade anônima.

Regra geral, as deliberações em assembleias-gerais de sociedades anônimas serão tomadas por maioria absoluta dos votos<sup>424</sup>, nos termos do art. 129 da LSA. Excepcionalmente, nos termos do art. 136, é exigida "*aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto*", para as matérias

---

<sup>421</sup>A autonomia da assembleia vem sendo reduzida, por conta da realidade econômica, como bem descortinam Comparato e Salomão Filho (op. cit., p.31), Requião (**Curso de direito comercial**, v.2, op. cit., p.167-169) e Engrácia Antunes (**Os grupos de sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária**. Coimbra: Almedina, 2002. p.106-113).

<sup>422</sup>A seguir apenas AGO.

<sup>423</sup>A seguir apenas AGE.

<sup>424</sup>Por maioria absoluta, deve-se entender a metade mais uma ação, em relação aos acionistas presentes à assembleia e não a totalidade das ações da referida companhia.



que relaciona. E, finalmente, há casos, como o da transformação da sociedade (art. 221), em que se exige a unanimidade para a aprovação, salvo se houver expressa e prévia previsão contratual dessa possibilidade.

Para os casos de recuperação de empresas, os *quoruns de deliberação são diferentes*. Verifique-se o disposto no artigo 45 da LRE:

*Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.*

*§ 1.º Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.*

*§ 2.º Na classe prevista no inciso I do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.*

*§ 3.º O credor não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de quorum de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito.*

Ora, em sendo constituída a SPE, por meio de procedimento de recuperação aprovado pelas classes de credores abrangidos pelo plano, esses passarão a deliberar, daí por diante, em sintonia com outro sistema. Esse novo sistema privilegiará não mais cada classe independentemente, mas o todo. E as maiorias, que antes eram qualificadas pelo valor do crédito, passam a ser em função da titularidade das ações recebidas no processo de transformação de crédito em investimento.

Tem-se, então, uma certa alteração na forma de proteção dos interesses atingidos, se os credores passarem dessa condição para a de investidores.

#### 2.4.7.3 A administração

A administração da companhia, conforme já exposto, é mais complexa que a das demais sociedades já analisadas no presente trabalho, e a função caberá, "*conforme dispuser o estatuto, ao Conselho de Administração e à diretoria, ou somente à diretoria*" (art. 138, LSA).

Havendo Conselho de Administração, será ela exercida de modo colegiado, eis que o órgão terá, no mínimo, três membros. A diretoria será composta, pelo

menos, por dois membros, podendo ser por exercida de forma isolada ou colegiada, conforme o estatuto. Caberá ao estatuto, ainda, estabelecer as designações, competências e quantidades dos cargos, observadas as previsões legais.

Ao contrário do que ocorre na sociedade limitada, somente pessoas naturais podem ser eleitas administradoras da sociedade anônima e é exigida a qualidade de sócio para ser membro do Conselho de Administração, enquanto o diretor pode ser acionista ou não.

Considerando que a LSA foi aprovada tendo como destinatárias as grandes empresas, algumas normas nela existentes são próprias desse raciocínio e do interesse social que essas empresas assumem. Nesse ajuste estão os deveres impostos pela lei aos administradores.

Segundo Corrêa-Lima, os deveres impostos aos administradores são, basicamente, três, sendo os demais, mencionados na lei, decorrência destes: "obediência (à lei e ao estatuto), diligência e lealdade".<sup>425</sup>

O descumprimento desses deveres acarretará ao administrador responsabilidade civil por seus atos. Nestes casos, a responsabilização será pessoal e não solidária. O administrador tornar-se-á responsável pelo ato dos demais, quando for com ele conivente ou negligente em descobrir ou impedir sua prática. Serão solidários, ainda, em virtude do não cumprimento dos deveres legais impostos para assegurar o funcionamento normal da companhia, salvo se esses deveres não caibam a todos eles.

#### 2.4.7.4 O conselho fiscal

Estruturado nos termos do artigo 161 e seguintes da lei do anonimato, o Conselho fiscal é um dos órgãos da companhia, o qual será de existência obrigatória, mas de funcionamento dependente de instalação. Ou seja, o funcionamento desse

---

<sup>425</sup>CORRÊA-LIMA, op. cit., p.227.

órgão só ocorrerá quando, e se, for requerido pelos acionistas que tenham condições de fazê-lo.<sup>426</sup>

Gonçalves Neto definiu-o como "o órgão de controle das atividades sociais, através do qual o acionista realiza, indiretamente, a sua fiscalização e acompanhamento da gestão." E continua: "Não é um órgão que se limita a opinar sobre contas, mas que tem por fim realizar, amplamente, a fiscalização da gestão social e opinar sobre planos de investimentos e outras operações relevantes."<sup>427</sup>

A participação nesse órgão, o qual deve ser composto de, um mínimo de três e um máximo de cinco membros, requer do sujeito<sup>428</sup> a diplomação em curso superior, ou o exercício de função equivalente por prazo mínimo de 03 (três) anos.

A lei (art. 163) estabelece minuciosamente a competência do conselho fiscal, atribuindo aos seus membros os mesmos deveres – *obediência (à lei e ao estatuto), diligência e lealdade* – que são devidos pelos administradores.

#### 2.4.7.5 Os acionistas: deveres, responsabilidades e direitos

Os acionistas, em que pese não serem considerados *órgãos* da companhia, poderão participar da assembléia-geral com direito a voz e voto.

No que diz respeito a domínio da companhia, ou seu poder de controle interno, os acionistas costumam ser divididos em minoritários e majoritários. Considerando que minoria e maioria tem co-relação com o direito de voto e com o exercício desse direito, nem sempre o fato da propriedade da ação representará a titularidade da maioria. Explica-se.

Entre os direitos essenciais garantidos aos acionistas, não está o de voto. Essa é, como pode se perceber, uma inovação em termos de deliberação. Enquanto

---

<sup>426</sup>Nos termos do art. 161, parág. 3.º da LSA.

<sup>427</sup>**Lições de direito societário II:** sociedade anônima. Curitiba: Juarez de Oliveira, 2005. p.218.

<sup>428</sup>Pessoa natural, acionista ou não.

nas demais sociedades estudadas ao longo deste trabalho todos os sócios são detentores do direito de deliberar sobre os assuntos de interesse comum da sociedade, na sociedade anônima os detentores de algumas espécies e classes de ações podem ser destituídos desse direito (art. 111).

Para além disso, é comum nas assembleias-gerais ocorrer acentuado absenteísmo, o que faz com que nem sempre as decisões sejam tomadas pelos detentores da maioria do capital votante. É que, como já esclarecido (item 2.4.7.2 – supra), a grande parte das deliberações societárias se dará sem quórum qualificado, dependendo exclusivamente da verificação do quórum de instalação da assembleia e, posteriormente, do voto da maioria absoluta, considerados os presentes no Conclave.

Por isso, o conceito de maioria, forjado pelo legislador, absteve-se de considerar a propriedade das ações em relação ao total das ações emitidas pela companhia. Seus parâmetros foram outros: a) a possibilidade do exercício do direito de voto que assegure ao titular a maioria nas deliberações, de modo permanente<sup>429</sup>; e b) o efetivo exercício desse direito e a orientação de funcionamento dos órgãos da companhia.

Em contrapartida, minoria seriam aqueles que não exercem esse poder e se submetem, de certa forma, a ele.

Mas a condição de majoritário, que se caracterize como controlador da companhia, nos termos do artigo 116 da lei, atribui àquele que a exerce deveres que são, pode se dizer, subjetivos. Segundo o dispositivo legal, o **controlador** deve usar seu poder para: *"fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social"<sup>430</sup>, 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"*** (grifo nosso).

---

<sup>429</sup>De modo permanente, tem-se entendido, no mínimo, três exercícios.

<sup>430</sup>Sobre a questão da função social, ver item 2.4.1.1.d, acima.

Quando o acionista não for controlador, seu **dever** principal é de realizar as entradas com as quais se comprometeu, nos termos do estatuto, ou no boletim de subscrição. Além desse dever, Requião menciona o de lealdade para com a sociedade.<sup>431</sup> Corrêa-Lima, por seu turno, ademais das entradas a que os sócios estão obrigados, fala do "*dever de exercer o direito de voto no interesse da companhia, evitando o abuso do direito e o conflito de interesses*".<sup>432</sup> Gonçalves Neto, de seu lado, prefere que o dever de lealdade seja admitido exclusivamente para o administrador, eis que na sociedade de capital não há obrigação da identificação da pessoa do sócio.<sup>433</sup> De qualquer sorte, os doutrinadores consultados são unânimes em afirmar que o principal dever é o cumprir com as entradas contratadas e que há outros, que são dispersos na lei.

Quanto aos **direitos** do acionista, aplica-se, aqui, parte do que foi dito em relação aos direitos do sócio da sociedade limitada (item 2.4.6.6 – acima).

Nos termos do artigo 109 da LSA, são essenciais aos acionistas os seguintes direitos: I - participar dos lucros sociais; II - participar do acervo da companhia, em caso de liquidação; III - fiscalizar, na forma prevista na Lei, a gestão dos negócios sociais; IV - preferência para a subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos artigos 171 e 172; V - retirar-se da sociedade nos casos previstos na Lei.

Para além desses, ainda como essencial há o de participar em assembleias-gerais, com direito a voz.

---

<sup>431</sup>REQUIÃO, **Curso de direito comercial**, v.2, op. cit., p.146.

<sup>432</sup>CORRÊA-LIMA, op. cit., p.277.

<sup>433</sup>GONÇALVES NETO, **Lições de direito societário II**, op. cit., p.116.

Na categoria de não essenciais, podem ser mencionados o de voto, como o mais importante na ordem dos pessoais, e o de preferência no recebimento de dividendos, como o mais importante na categoria dos patrimoniais.

Principalmente em decorrência desses direitos que não são essenciais, as ações de uma mesma companhia podem atribuir aos acionistas direitos diferentes. E isto, como mencionado anteriormente, tem importância fundamental no presente trabalho, para os fins de acomodar a situação das diferentes classes de credores de um determinado devedor em dificuldades, o qual tenha deferido o seu plano de recuperação de empresas. Em caso de solução da dificuldade do devedor, mediante a criação de uma SPE, para a qual sejam transferidos os seus ativos, a possibilidade de serem outorgadas aos credores ações que lhes confirmem diferentes direitos é uma importante ferramenta.

Os diversos direitos e vantagens outorgados aos acionistas, conforme a espécie ou classe de ações possuídas, está regulado na LSA. *Verbis*:

*Art. 16. As ações ordinárias de companhia fechada poderão ser de classes diversas, em função de: I - conversibilidade em ações preferenciais; II - exigência de nacionalidade brasileira do acionista; ou III - direito de voto em separado para o preenchimento de determinados cargos de órgãos administrativos.*

*Art. 17. As preferências ou vantagens das ações preferenciais podem consistir: I - em prioridade na distribuição de dividendo, fixo ou mínimo; II - em prioridade no reembolso do capital, com prêmio ou sem ele; ou III - na acumulação das preferências e vantagens de que tratam os incisos I e II.*

*Art. 18. O estatuto pode assegurar a uma ou mais classes de ações preferenciais o direito de eleger, em votação em separado, um ou mais membros dos órgãos de administração.*

Para além desses, o legislador admitiu que o estatuto possa prever, desde que com minúcias, outros direitos ou vantagens a determinada classe de ações (art. 17, parág. 2.º), tornando o elenco transcrito apenas exemplificativo.

Considerando que tais direitos foram analisados mais amiúde quando estudada a sociedade limitada (item 2.4.6.6), deixamos de promover nova análise sobre eles, remetendo o leitor àquele item.

E, assim, encerra-se a análise da sociedade anônima, para passar ao próximo tipo societário.

#### 2.4.8 Sociedade em Comandita por Ações

Segundo Fran Martins, "**Sociedade em comandita por ações** é aquela em que o capital é dividido em ações, respondendo os acionistas apenas pelo valor das ações subscritas ou adquiridas, mas tendo os diretores ou gerentes responsabilidade subsidiária, ilimitada e solidária, pelas obrigações sociais".<sup>434</sup>

A Lei n.º 6.404/76 traça algumas normas específicas para esse tipo societário, deixando, no entanto, que sejam elas reguladas, no mais, pelas mesmas normas que regulam as sociedades anônimas.

O CCB, como ocorreu com a sociedade anônima, também se ocupou brevemente desse tipo societário, nos artigos 1.090 a 1.092. Limitou-se o legislador nesses três artigos a gizá-lhes as características principais e a estabelecer a sua regência pelas normas das sociedades anônimas. Não estabeleceu, como ocorreu nos demais casos, que tal ou qual norma faria a regência supletiva. Aqui, o legislador expressamente determinou que essas sociedades são regidas pelas normas relativas às sociedades anônimas, sem prejuízo das normas constantes no capítulo às sociedades em comandita por ações.

Sua principal característica, identicamente ao que acontece nas comanditas simples, é o fato de possuírem sócios que respondem limitadamente e outros respondem ilimitada e solidariamente pelas obrigações sociais, com a diferença de que neste tipo social o capital é dividido em ações. Aqueles que respondem ilimitadamente são diretores ou administradores da sociedade e somente os acionistas é que tem qualidade para estar nessa função.

---

<sup>434</sup>MARTINS, **Curso...**, op. cit., p.468.

Além disso, a comandita por ações é regulada pelos dispositivos da LSA, o que permite a utilização de várias de suas características, excluindo-se, no entanto, conselho de administração, autorização estatutária de aumento de capital e emissão de bônus de subscrição, nos termos dos artigos 280 e 284. Não pode, igualmente, a assembléia-geral, sem o consentimento dos diretores, alterar o capital social, criar debêntures ou partes beneficiárias (art. 1.092, CCB).

Quanto ao seu nome comercial, pode adotar tanto firma, composta pelo nome dos administradores (art. 1.157), ou denominação (art. 1.161), sempre seguida da designação "Comandita por ações".

Seus diretores, já na opinião de Miranda Valverde, deveriam ser escolhidos entre seus sócios ou acionistas<sup>435</sup>. Essa opinião veio atendida no CCB, conforme o disposto no artigo 1.091. E a nomeação desses administradores, ao contrário do que ocorre na sociedade anônima, em que ela se dá por prazo determinado, é sem limitação de tempo, só podendo ser destituídos por acionistas que representem 2/3 (dois terços) do capital social.

De resto, não merece maior atenção tal tipo societário, o qual está em franca decadência, como anotou Ripert no prefácio que escreveu para a tradução francesa do Código Comercial japonês de 1951, o qual aboliu o tratamento deste tipo societário.<sup>436</sup>

#### 2.4.9 Sociedade Cooperativa

Tradicionalmente as cooperativas tiveram seu tratamento jurídico em lei específica. Até a promulgação do CCB vinham sendo disciplinadas pela Lei n.º 5.764, de 16 de dezembro de 1971, além de regidas, a partir desse evento por essa mesma Lei e mais pelas disposições do Capítulo VII, do Título II, do Livro II, do CCB.

---

<sup>435</sup>VALVERDE, **Sociedade...**, v.3, op. cit., p.129.

<sup>436</sup>Conforme anotação feita por Fran Martins (**Curso...**, op. cit., p.468).



Segundo a Organização das Cooperativas Brasileiras – OCB, "Cooperativa é uma associação autônoma de pessoas que se unem, voluntariamente, para satisfazer aspirações e necessidades econômicas, sociais e culturais comuns, por meio de uma empresa de propriedade coletiva e democraticamente gerida".<sup>437</sup>

De sua definição, pode-se concluir, com Calixto Salomão, que a sociedade cooperativa não tem um interesse social próprio, distinto do de seus membros.<sup>438</sup> Se as pessoas se unem para satisfazer aspirações e necessidades comuns, dificilmente se conseguirá distinguir os interesses dos sócios relativamente aos da sociedade. E essa conclusão acaba por trazer conseqüências de tal sorte importantes, que já se chegou a cogitar, inclusive, a sua natureza de associativismo puro e não de sociedade. No entanto, segundo Salomão, essa doutrina perdeu força com o passar do tempo.<sup>439</sup>

Por outro lado, as cooperativas, independentemente de seu objeto, serão sempre consideradas sociedades simples, em oposição às sociedades anônimas que serão sempre empresárias.<sup>440</sup> Essa dualidade não é nova. Sob o regime da Lei n.º 5764/71, já eram elas consideradas sociedades civis, em contraposição às sociedades comerciais.

Além dessa característica, chama atenção a questão do capital social. Enquanto em todas as demais sociedades há obrigatoriedade de contribuição do sócio para a formação do capital social e, uma vez formado, é esse fixo<sup>441</sup>, nas cooperativas a contribuição para sua formação pode ser dispensada e havendo, ele pode ser

---

<sup>437</sup>Pesquisado no endereço eletrônico <<http://www.brasilcooperativo.coop.br/ocb/Cooperativismo/IdentidadedoCooperativismo>>. Acesso em: 21 fev. 2006.

<sup>438</sup>SALOMÃO FILHO, **O novo...**, op. cit., p.241.

<sup>439</sup>SALOMÃO FILHO, **O novo...**, op. cit., p.241.

<sup>440</sup>Art. 982, parág. único, do CCB.

<sup>441</sup>Salvo mediante alterações do contrato ou do estatuto, mesmo no caso do capital autorizado.

variável, isto é, eleva-se ou se reduz independentemente de ajuste nos estatutos do ente jurídico.

Outro aspecto relevante nesse tipo societário é que as decisões, em assembleia, são tomadas considerando o número de pessoas e não o percentual de participação de cada uma. A contagem dos votos, assim, será por cabeça e não por percentual.

Quanto à responsabilidade dos sócios, será ela limitada ou ilimitada, conforme estabelecido nos estatutos do ente jurídico, permitindo a lei que haja deliberação a respeito desse tema.

Enfim, apesar de ser inserida no contexto das sociedades, as cooperativas guardam distância das características gerais dos demais tipos societários.

### CAPÍTULO 3

## SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO

Na introdução foi feita uma breve síntese do caminho percorrido para se chegar ao Capitalismo, conforme seu modelo atual. Como seu contraponto dialético, apresentou-se a legislação falimentar e a mudança dos interesses envolvidos, até chegar ao conceito da recuperação da empresa. Esses dois temas formam um dos pilares deste trabalho. De outro lado, também como sua base de sustentação, foram analisados os entes jurídicos e, com maior vigor, as sociedades. Este segundo pilar é complementado neste capítulo, com o tema "sociedade de propósito específico". Assim, dando continuidade ao método proposto, passa-se à análise do tema.

Fenômeno que vem sendo introduzido na doutrina e legislação nacionais, a sociedade de propósito específico tem sido utilizada em diversas áreas do setor econômico, ora como meio de viabilizar investimentos<sup>442</sup>, ora como modelo de contratação de obras públicas<sup>443</sup>, ora como forma de outorgar garantias e, no caso presente, como forma de se atingir um determinado resultado prático, que é a recuperação da empresa em crise, mediante a recepção de seus ativos pelos credores.

---

<sup>442</sup>Com esse objetivo, são estabelecidos sistemas de financiamento que asseguram aos investidores garantias consistentes na própria geração de caixa da sociedade. A esse sistema tem se dado o nome de "*Project finance*", como destaca João Luiz Coelho da Rocha (Novas alternativas e derivações jurídicas para a agregação empresarial. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, n.118, p.94, 2000). Para sua implementação, sem os riscos da atividade, a regra é a da criação de SPE que oferta a garantia aos investidores. Mas não só no Brasil tem sido utilizado esse mecanismo. Como revela Phillipe Cossalter, o governo britânico introduziu a "*Private Finance Initiative*", que é um programa "visando a encorajar a realização de obras e a gestão de serviços mediante o apoio de um financiamento ou de um pré-financiamento privado". E para se chegar a concretizar esse apoio, o programa passa por um contrato de garantia, o qual será instrumentalizado por uma SPE, que centraliza todo o projeto (A "*Private Finance Initiative*". Trad. Marçal Justen Filho. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, n.6, p.127, abr./jun. 2004).

<sup>443</sup>Como tem ocorrido em exigência de editais públicos, nos quais as licitações são vencidas por sociedades em consórcio e que, para a contratação, devem as consorciadas criar SPE.

No entanto, em regra, apesar de cogitar-se dessa *modalidade* de sociedade, não há a preocupação de defini-la, nem de lhe buscar a natureza jurídica.

### 3.1 O PROPÓSITO ESPECÍFICO

Ao fazerem referência à SPE no Brasil, alguns comentaristas estabelecem a comparação com a mesma sigla na língua inglesa, que estaria a indicar a *Special Purpose Entity*<sup>444</sup>, ou seja, ao invés de uma *sociedade* seria uma *entidade* de propósito específico. Nessa mesma seqüência, ao regular as demonstrações contábeis consolidadas das companhias abertas, acerca de exploração de um determinado 'propósito específico', a Comissão de Valores Mobiliários refere-se a *entidades* e não a sociedades.<sup>445</sup> Sendo assim, pode-se dizer que, em um primeiro plano, deve-se analisar a questão do *propósito específico*, deixando a análise do sujeito ativo (quem vai explorar essa atividade) para o segundo momento.

Segundo o Dicionário Aurélio – Século XXI, o substantivo "**propósito**" tem as seguintes definições: "1. *Algo que se pretende fazer ou conseguir; intenção, intento, projeto.* 2. *Deliberação, determinação, decisão, resolução.* 3. *Modo sisudo; tino, prudência.* 4. *Relação, ligação.* 5. *Fim a que se visa.*" O mesmo verbete, no 'Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa de Laudelino Freire', encontra, além desses e outros significados, o de "*objeto que se tem em vista; mira, fim.*"

---

<sup>444</sup>Assim Rubens Edmundo Requião (**A sociedade de propósito específico**. Disponível em: <[www.requiaomiro.adv.br/artigo13.htm](http://www.requiaomiro.adv.br/artigo13.htm)>. Acesso em: 04 dez. 2005); e Walter Douglas Stuber (**As novas regras da CVM sobre as entidades de propósito específico**. Disponível em: <[www.ibcbrasil.com.br](http://www.ibcbrasil.com.br)>. Acesso em: 19 nov. 2005).

<sup>445</sup>Instrução CVM n.º 408, de 18/08/2004. Ao distribuir comunicado à imprensa sobre essa instrução (Informação para imprensa CVM/ASC/n. 154/04 – em 18/8/2004), a CVM afirma que "*Uma EPE é normalmente constituída para realizar um propósito específico e bem definido em nome e sob controle de uma companhia*".

Por sua vez, o adjetivo "**específico**" pode significar algo que é *exclusivo, especial e que se opõe a genérico*.<sup>446</sup> Portanto, ao tratar de uma entidade de propósito específico, faz-se referência a uma entidade com um *determinado fim*, um *objeto que tenha em vista* e que tal fim ou objeto seja *exclusivo, especial e não genérico*.

Ocorre que ter um objeto ou fim determinado não pode ser fator de *discrimen* para o estudo. O CCB, disciplinando as pessoas jurídicas, no artigo 46, I, exige, para seu registro, que dele constem, além da denominação, sede, tempo de duração, fundo social, *os fins* da mesma. Nesse mesmo âmbito, tratando das associações, o artigo 54 estabelece que, sob pena de nulidade, seus estatutos devem conter *os fins* do ente jurídico. Ainda com essa mesma tônica, o artigo 997, II, regulando os contratos sociais das sociedades simples e empresárias, estabelece como um dos elementos obrigatórios, a designação do seu *objeto social*. Desta sorte, todos os entes jurídicos regulados no CCB devem ter um *objeto determinado*.

A LSA, por seu turno, é mais enfática nesse assunto. O artigo 2.º, destinado a tratar exclusivamente do *objetivo social*, dispõe que o "*objeto da companhia pode ser qualquer empresa de fim lucrativo*" e, ainda, que o "*estatuto definirá o objeto de modo preciso e completo*."

Corroborando essa disciplina legal, o artigo 53 do Decreto n.º 1.800, de 30 de janeiro de 1996<sup>447</sup>, veda o arquivamento dos atos constitutivos das sociedades nos quais não contiver a "*declaração precisa e detalhada do objeto social*".

Em sintonia com essas normas, ao falar de ente jurídico, ao menos personalizado, sempre haverá um propósito pré-definido, sendo inadequado utilizar esse parâmetro como critério para buscar a identidade desse ente ou da SPE.

---

<sup>446</sup>Dicionário Aurélio – Século XXI e Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa, Laudelino Freire, no verbete 'Específico'.

<sup>447</sup>Esse Decreto regulamenta a Lei n.º 8.934, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências.

Se não é possível a individualização pelo substantivo, busca-se, então, o adjetivo "**específico**", para nortear este trabalho.

Como visto, específico é algo não genérico, exclusivo ou especial. Partindo dessa premissa, permitimo-nos antecipar certa dificuldade de identificação do objeto, motivada pelas disposições da LSA e do Decreto n.º 1.800/96. Nestes diplomas, além da previsão da inserção do objeto do ente jurídico no contrato/estatuto social, ele deve ser *preciso, detalhado*.

Pergunta-se, então, se algo *preciso, detalhado*, pode ser *genérico e não exclusivo*. Interpretando tal situação, o Departamento Nacional do Registro do Comércio expediu o *Manual de Atos de Registro Mercantil – Sociedade Limitada*, estabelecendo o seguinte conceito:

Entende-se por precisão e clareza a indicação de gêneros e correspondentes espécies de atividades.

São exemplos de gêneros e espécies:

<b>gêneros -</b>	<b>espécies</b>
- comércio	- de veículos automotores
- indústria	-de laticínios
- serviços	-de rep. de veíc. autom. <sup>448</sup>

Sobre o tema, em especial acerca do *objeto social* da sociedade anônima, Rubens Requião afirma que o critério de sua identificação é rigoroso, devendo designar a empresa que a sociedade se propõe, sendo taxativa a enumeração ou indicação dos atos que pode praticar.<sup>449</sup>

---

<sup>448</sup>Anexo ao endereço eletrônico <<http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/dnrl200t.htm>>. Acesso em: 07 fev. 2006.

<sup>449</sup>REQUIÃO, Rubens. O objeto social nas sociedades anônimas. In:\_\_\_\_\_. **Aspectos modernos de direito comercial**. Curitiba: Saraiva, 1986. v.1. p.7-8.

Sendo assim, para distinguir a SPE das demais entidades, em face da **especificidade**<sup>450</sup> de seu objeto, não basta detalhar a espécie do gênero ao qual ela vai se dedicar. Há algo a mais a ser detalhado.

Eventualmente, poderia se pensar na possibilidade de estudar a especificidade do objeto, partindo das lições acerca das antigas disposições legais relativas à sociedade em conta de participação. Segundo o C. Comercial haveria sociedade em conta de participação, quando "*duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se reúnem (reunissem), sem firma social, para lucro comum, em uma ou mais operações de comércio determinadas*" (grifo nosso – art. 325).

Comentando essa sociedade, o Waldemar Ferreira dizia que "origina-se ela das condições do negócio" e que "Adstrita àquela operação, a sociedade tem vida accidental e momentânea". Tratando de sua dissolução, afirmava ainda o referido mestre que "Tem-se a sociedade em conta de participação, dissolvida por ter cessado o seu objetivo, preenchido com a terminação das operações, para que se constituiu".<sup>451</sup>

Desses comentários, pode-se subentender que Waldemar Ferreira imputava à questão da *temporalidade* um sobrepeso para qualificar o adjetivo *determinadas*, utilizado como balizador do substantivo *operações* no revogado artigo 325 do C. Comercial.<sup>452</sup> Mas não só a temporalidade impressionou o mestre paulista. Pode-se

---

<sup>450</sup>Quando se trata de especificidade, fala-se de maior detalhamento da espécie. Neste verbete, o *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa* traz os seguintes significados: "1. *qualidade daquilo que é específico; particularidade*. 2. *qualidade própria, peculiar, de uma espécie*."

<sup>451</sup>FERREIRA, **Compêndio**..., op. cit., p.287-289.

<sup>452</sup>Não se desconhecem as críticas sofridas por esse sistema de identificação da sociedade, como as provenientes de Carvalho de Mendonça. Segundo o tratadista, "Se o Código no art. 325 se referiu à sociedade em conta de participação tendo por objeto uma ou mais operações de comércio determinadas, se a denominou sociedade accidental ou momentânea, teve em vista os casos mais freqüentes. O conceito de limitar a participação ao exercício de operações determinadas 'cria uma entidade fictícia, convencional, que se acha em absoluta oposição às exigências do tráfico e à natureza do fenômeno econômico, ao qual deve ser dada consistência jurídica'. (op. cit., v.4, 1946, p.230). Asseveram a possibilidade de delimitação do objeto, para "uma ou mais operações comerciais, ou mesmo de todo o comércio", nos direitos que consagram esse tipo societário,

dizer que, igualmente, a questão funcional<sup>453</sup> foi por ele percebida, quando tratou da dissolução da sociedade pela consecução de seu objeto.

Por seu turno, Rachel Sztajn afirma que "as sociedades em conta de participação contemplam situações transitórias ou únicas, não o exercício continuado e permanente de uma atividade".<sup>454</sup>

Para a referida autora, como visto, o foco principal estaria no aspecto temporal. Ultrapassado o tempo necessário para o exercício de uma determinada atividade, terminaria sua existência. A temporalidade, no entanto, não tem qualidades suficientes para resolver a questão, eis que, como se sabe, as sociedades podem ser constituídas por prazo determinado ou indeterminado.

Se a antiga norma, acima transcrita, não tem a eficiência necessária para estabelecer o que seja *propósito específico*, talvez as explicações acerca das "fundações" tenham a capacidade de solucionar o problema. Nos termos do artigo 62 do CCB, a fundação deve ter uma "*dotação especial de bens livres*", para poder cumprir o "*fim a que se destina*" e que foi adrede declarado pelo instituidor.

Como explica Pontes de Miranda, "o fim especificado é pressuposto material, necessário, da fundação. A referência à especialidade (ou especificação) do fim é para se exigir que seja designado o mais exatamente possível. Não bastaria dizer-se 'fim de beneficência', ou 'fins de caridade', ou 'para aplicação de beneficência'".<sup>455</sup>

---

Navarrini e Faggella (op. cit., p.270 e segs.). Assim, também, Mauro Brandão Lopes (**A sociedade em conta de participação**. São Paulo: Saraiva, 1990. p.54-55). Fran Martins que afirma poder existir essa sociedade em caráter permanente, apesar de não ser este o comum (**Curso...**, op. cit., p.268). Por seu turno, Eunápio Borges diz que a sociedade pode ter vida duradoura, não sendo a momentaneidade o traço distintivo da sociedade, mas sim o fato de ser ela oculta (op. cit., p.326).

<sup>453</sup>Emprega-se o termo *funcional* com a concepção que lhe emprestou Asquini, ou seja, como "aquela particular força em movimento que é a sua atividade dirigida a um determinado escopo produtivo" (REQUIÃO, **Curso de direito comercial**, v.1, p.55).

<sup>454</sup>SZTAJN, **Contrato...**, op. cit., p.71.

<sup>455</sup>MIRANDA, op. cit., tomo I, parág. 104, p.455.



Portanto, como já dito, a questão é estabelecer com exatidão o objeto da sociedade. O que ainda fica pendente de solução são os critérios a serem adotados para se chegar a essa exatidão.

O legislador brasileiro de 2002 não se curvou ao entendimento de Carvalho de Mendonça (ver nota de rodapé n.º 459) e admitiu que a sociedade pode ser formada com objetivos determinados. Após ter definido o contrato de sociedade (art. 981, CCB), estabeleceu o seguinte permissivo: "*Parágrafo único: A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados*".

A determinabilidade do objeto parece ser, para o legislador, quanto ao aspecto temporal e funcional.

Cabe-nos, portanto, investigar quais os **critérios que outorgariam particularidade** a esses entes: se o funcional e o temporal realmente abrangeriam todas as questões, ou se poderiam ser a eles também agregados o espacial e o subjetivo.

Para avaliação desses critérios, traz-se à análise parte das disposições da Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que regula as Parcerias Público-Privadas (PPP), a qual faz expressa menção à criação de SPE para implantar e gerir os objetos de parceria.<sup>456</sup>

Verifiquem-se os seguintes dispositivos:

Art. 5.º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

I - o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

(...)

§ 2.º Os contratos poderão prever adicionalmente:

I - os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

---

<sup>456</sup>Utiliza-se dessa legislação, eis que a mesma está designada como um dos marcos legais da presente tese, quando se trata de referência expressa de criação de SPE, por força de lei.

Art. 9.º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

§ 2.º A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado.

§ 4.º Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo.

§ 5.º A vedação prevista no § 4.º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento.

Da sua análise pode-se concluir, em um primeiro momento, que nenhum critério isolado será capaz de identificar adequada e totalmente o que seja *objeto determinado* ou *propósito específico*.

Aborde-se, em primeiro lugar, a questão **temporal**. Segundo as disposições legais, o contrato deverá vigor por prazo não inferior a 5 (cinco) nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, *incluindo eventual prorrogação*. Ao admitir a prorrogação do contrato, que será firmado pela SPE (art. 9.º c/c. art. 5.º), o legislador expressamente afastou a temporalidade como método exclusivo de identificação dessa espécie de negócio jurídico<sup>457</sup>. Os comentários de Carlos Alberto da Mota Pinto, sobre essa questão, são bastante precisos:

Põe-se, por vezes, o problema de saber se o escopo das pessoas colectivas deve ser duradouro ou permanente. Nesse sentido é o ponto de vista de Ruggiero, para quem esse requisito não significa a perpetuidade ou indeterminação temporal, mas quer dizer que 'seria insuficiente para justificar a criação de um organismo novo um escopo facilmente conseguível duma só vez, com o acto de uma só pessoa'.

(...)

Não é legítima a exigência desse requisito em termos de sua falta impedir forçosamente a constituição de uma pessoa colectiva. Quanto às sociedades comerciais a nossa lei prevê expressamente que elas podem ter por objecto a prática de um acto de comércio (art. 104, n. 1, do Cód. Comercial)...<sup>458</sup>

---

<sup>457</sup>A análise da natureza jurídica da sociedade de propósito específico será feita, oportunamente, neste trabalho.

<sup>458</sup>MOTA PINTO, op. cit., p.273-274.

Desta sorte, se a temporalidade não é, isoladamente, fator de qualificação da *especificidade do objeto*, pode ser utilizado em conjunto com outros fatores, para se chegar a esse escopo.<sup>459</sup>

Em segundo lugar, avalie-se o aspecto **funcional**, assim considerado o que diz respeito à atividade a ser desenvolvida pelo ente. Na questão em exame, ou seja, a criação de uma sociedade com a incumbência de *implantar e gerir o objeto da parceria*, é ele bastante significativo. Seu objetivo, como diria Waldemar Ferreira, estaria preenchido com a *terminação das operações* ou, em outras palavras, estaria consumado o seu propósito com a realização do seu objeto. Sendo assim, esse critério seria capaz de resolver a questão do que se pode entender por *propósito específico*. Ocorre que não se pode universalizar essa solução. Verifiquem-se as situações em que a parceria tenha como objeto a construção de túnel rodoviário e a sua exploração econômica, por meio da cobrança de pedágio. Não se falará, naturalmente, de qualquer túnel a ser construído em determinada rodovia. Nem se cogitará de qualquer das concorrências, que eventualmente estejam sendo levadas a cabo para promover parcerias entre a administração pública e agentes privados, com o objetivo de construir túneis naquela determinada rodovia. Haverá, para além da questão funcional, outros aspectos a considerar. Com isso, o aspecto funcional, apesar de sua importância fundamental, não explica isoladamente o fenômeno do propósito específico.

O aspecto **espacial**, terceiro a ser abordado, parece ter uma importância menos relevante. No entanto, por vezes, aliado ao critério funcional, será garantidor da especificidade do propósito. Voltando-se ao exemplo da construção do túnel na rodovia, a situação geográfica em que ele esteja localizado será absolutamente determinante para a questão. Nas licitações de obras públicas de infra-estrutura, a localização específica do objeto da construção é obrigatória para a sua identificação.

---

<sup>459</sup>Nosso CCB, como a legislação portuguesa, admite a sociedade por prazo determinado (arts. 997, II; 1.033, I), sem que se caracterize como de propósito específico.

Sim, porque em uma determinada rodovia, podem existir inúmeros trechos passíveis de secção via caminhos subterrâneos. Assim, sem que se tenha essa localização, o objeto do negócio jurídico poderia ficar aberto: *construção de túnel na BR 116* é diferente de *construção de túnel no quilometro 45,3 da BR 116*. Portanto, havendo a identificação dos aspectos funcional e espacial, neste caso, teríamos uma solução previamente adequada.

Mas há, ainda, em nossa proposta, o aspecto **subjetivo**, ou melhor, a identificação das partes envolvidas para o desenvolvimento de certo propósito. Essa questão pode ser ou não relevante. No artigo 9.º da Lei n.º 11.079/2004, por exemplo, consta que a SPE pode ser constituída sob a forma de sociedade anônima aberta, estabelecendo como restrição que o poder de controle seja da Administração Pública. Com a eventual dispersão das ações no mercado, não se sabe, nem se determinou esse controle, quem terá o domínio dessa companhia. O que se concebe é que ele não será da Administração Pública. Desse modo, a questão subjetiva, aqui, parece não ter maior importância. No entanto, focalizado o momento subjacente, ou seja, o da participação na concorrência que levou à parceria, o aspecto subjetivo é muito relevante, já que a proponente deve apresentar seus atributos pessoais, patrimoniais, econômicos, financeiros, técnicos, além de outros exigidos no edital. Pode-se dizer, ainda aqui, segundo doutrina mais moderna, que o aspecto objetivo prepondera, eis que o interesse repousa no melhor preço ou na melhor qualidade. No entanto, se o olhar for um pouco mais além, para o momento subsequente, aquele posterior à concorrência, quando se revela a contratação, o único ente que pode ser contratado é o que tenha vencido o certame. Nesse exato momento, a questão da subjetividade não poderá ser descartada. Ou seja, se com os aspectos funcional e espacial poderia ser resolvida a questão, sob esta ótica o aspecto subjetivo passa a ter igual importância.

Assim, em nossa conclusão, entendemos que a questão do propósito específico deve ser verificada levando-se em conta esses critérios apontados – **funcionalidade, temporalidade, espacialidade e subjetividade** – sem que sejam

eles tidos como enumerativos, mas meramente **exemplificativos**. O que importa é que se reúnam condições, no caso concreto, de identificar o objeto específico da atividade a ser desenvolvida pelo ente, apartando-o dos demais do mesmo gênero e espécie, outorgando-lhe, portanto, especificidade.

### 3.2 A IMUTABILIDADE DO 'PROPÓSITO ESPECÍFICO'

Se a questão da especificidade do objeto do ente jurídico pode ser delimitada com a utilização do ferramental acima apontado, a dúvida inexorável que daí surge é se, uma vez adotado um determinado fim, objeto, propósito, pode ele ser alterado no curso da *vida* desse mesmo ente.

Ao estudar o tema do *objeto social* das sociedades anônimas, Rubens Requião esclarece que a precisão, clareza e completude do objeto social constituem a forma de proteção e defesa da minoria, contra eventuais abusos da maioria. Diz, ainda, que a "integridade do objeto social está assegurada por maior 'quorum' – 'quorum' qualificado – da assembléia-geral que se dispuser a modificá-lo."<sup>460</sup>

De fato, a proteção contra alterações do contrato social é preocupação acentuada do legislador, que estabeleceu quórum de  $\frac{3}{4}$  (três quartos) dos representantes do capital social para modificações de algumas matérias do contrato social – dentre elas o objeto social – nas sociedades limitadas e de unanimidade, nas demais sociedades empresariais reguladas no CCB.

Por outro lado, há entes jurídicos nos quais mesmo a manifestação da vontade não é eficaz para alterar seu escopo social. Estamos cogitando da **fundação**. Considerando que ela é criada com "*o fim a que se destina*", mesma orientação que recebe o ente de "propósito específico", cabe verificar se o seu *fim* é passível de alteração. A resposta negativa, de imediato, se impõe. O inciso II, do artigo 67, do CCB, veda expressamente essa possibilidade, estabelecendo que o seu estatuto só

---

<sup>460</sup>REQUIÃO, **Curso de direito comercial**, v.2, op. cit., p.6.

pode ser alterado naquilo que não "*contrarie ou desvirtue o fim desta*". Sobre essa questão, Sylvio Marcondes diz que "o fundador fixa de início o objetivo a que deve servir seu patrimônio e nem ele próprio pode modificá-lo".<sup>461</sup> Carlos Alberto da Mota Pinto, depois de afirmar que o fundador indica, no ato de instituição, "de uma vez para sempre (*ne varietur*) as normas disciplinadoras da sua vida e destino"<sup>462</sup>, complementa:

As 'fundações' têm um substrato integrado por um conjunto de bens adstrito pelo fundador (pessoa singular ou colectiva) a um escopo ou interesse de natureza social. O fundador pode fixar, com a atribuição patrimonial a favor da nova fundação, as directivas ou normas de regulamentação do ente fundacional na sua existência, funcionamento e destino. Criada a fundação, o fundador fica fora dela. É a sua vontade que regula a fundação, mas tal como está fixada no acto de instituição e nos estatutos, e não em renovadas manifestações.<sup>463</sup>

Fica demonstrado, dessa forma, que é possível a instituição de entes jurídicos cujos objetivos sejam perenes e imutáveis durante todo o curso de sua vida social. Ou seja, tratar da imutabilidade do objetivo social não subverte a ordem jurídica.

Sendo assim, ainda que não haja imperativo legal que regule a matéria em termos de entes de propósito específico, não se pode esquecer a natureza jurídica do ato constitutivo das sociedades, como já tratado no presente trabalho, bem como de outras associações de empresas que adiante se verá. Tal ato está impregnado de contratualismo, de tal forma que a vontade das partes deve imperar. E se é decidido no momento inicial, na gênese, que o ente terá um propósito específico, este é imutável, sob pena de ser desvirtuado o próprio ente. A imutabilidade, neste caso, será decorrente da vontade das partes, disposta no ato originário. Ao contrário da *fundação*, cuja inalterabilidade de objeto é decorrência de prescrição legal, são os sócios ou associados que deliberam, ao criarem o propósito específico, essa impossibilidade de sua modificação.

---

<sup>461</sup>MARCONDES, Sylvio. A fundação no direito privado e no direito público. In: \_\_\_\_\_. **Questões de direito mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977. p.202.

<sup>462</sup>MOTA PINTO, op. cit., p.282.

<sup>463</sup>MOTA PINTO, op. cit., p.268.

Considerando-se, portanto, que as partes podem criar um ente jurídico com objeto social, discriminando-lhe gênero e espécie, sem dispor de uma especificidade tal que caracterize o denominado *propósito específico* e, apesar disso, optam por estabelecer para ele essa característica, é porque decidiram que este *fim* será único e imutável.<sup>464</sup>

Em face disso, conclui-se que o propósito específico é imutável e qualquer modificação ou distorção do mesmo levará à existência de um outro e novo ente, que não se confunde com aquele que se originou com o fim especificado no seu ato constitutivo.

Podem ser, ainda, as mesmas partes, sendo, inclusive, mantida a mesma personalidade jurídica<sup>465</sup>, mas o ente já não será o mesmo. Os entes de propósito específico têm, em seu *substrato* um determinado *escopo, fim*, que é impossível de ser alterado, sem alterações na própria natureza do ente.

Por isso, pode-se dizer que, além do objeto dever ser caracterizado por um gênero e espécie, que sejam devidamente especializados por meio de determinada especificidade, **tal objeto não poderá ser alterado**. Estes pontos – especificidade e inalterabilidade do objeto – é que caracterizarão os entes jurídicos de propósito específico.

Porém, tendo em vista que o regime aplicável ao caso é de direito privado e que não há qualquer disposição legal que impeça a alteração do objeto social, quais seriam as conseqüências de eventual mudança desse escopo? Entende-se que esta será uma das hipóteses de direito de ruptura dos laços societários<sup>466</sup> ou associativos, pois a alteração afeta profundamente a vida societária, não se conformando com os vínculos inicialmente pactuados. Para além disso, após a alteração, o ente perderia

---

<sup>464</sup>Salvo eventuais objetos que sejam auxiliares, periféricos, e não específicos, os quais poderão sofrer ajustes.

<sup>465</sup>Em se tratando de entes dotados desse reconhecimento legal.

<sup>466</sup>Inclusive com eventual direito de recesso.

essa sua característica, passando a ser delimitado por objeto comum, conforme definição estabelecida na alteração proposta. Portanto, além de outorgar direito àqueles que dissentirem da alteração de romperem os vínculos, apurando haveres e eventuais indenizações, se for o caso, haverá a perda da condição de propósito específico.

### 3.3 O SUJEITO ATIVO

Considerando que nos itens anteriores foi tratada da questão do *objeto* da exploração, da atividade, enfim, da empresa, importa, agora, esclarecer quem são os sujeitos ativos dessa empresa. A preocupação volta-se, neste momento, para a verificação da possibilidade de inserção de propósitos específicos em outros entes jurídicos<sup>467</sup> para além das sociedades.<sup>468</sup>

A análise que se fará não pretende ser conclusiva ou exaustiva, eis que o objeto próprio dessa tese é a **sociedade de propósito específico**. No entanto, busca-se individualizar algumas formas de *coletividades de pessoas* e nelas verificar se há a possibilidade de explorar um escopo específico.

#### 3.3.1 Marcos Legais

Ainda que se tenha como certa a possibilidade de exploração de um *propósito específico* por sociedade, cabe apresentar alguns textos legais que,

---

<sup>467</sup>Apenas aqueles que explorem atividade econômica. Deixaremos de abordar, neste tópico, as *fundações*, em face da restrição de seus propósitos, como estabelecido no parágrafo único do artigo 62 do CCB.

<sup>468</sup>Como parece fazer crer a já mencionada Instrução CVM n.º 408, de 18/08/2004, é possível a exploração de propósitos específicos por outras formas de associação de pessoas ou de empresas.



expressamente<sup>469</sup>, autorizam o funcionamento desses entes jurídicos com escopo previamente delimitado<sup>470</sup>.

Pode-se dizer que, em termos largos, o dispositivo que expressamente autoriza o funcionamento de sociedades com propósito específico é o parágrafo único, do artigo 981, do CCB. Ao conceber que a sociedade poderia ser criada para um ou mais negócios determinados, afastou completamente as críticas existentes, de que, se assim o fosse, estaria restringindo o tráfico comercial/empresarial. Naturalmente, como inserido em parágrafo (único) do artigo (981), a especificidade do objeto não se presta para ser utilizada como regra, mas como exceção. A regra é de que as sociedades sejam constituídas com objeto que se protraia no tempo e no espaço e que as partes possam, conforme sua vontade, alterá-lo<sup>471</sup>.

Para além dele, Leonardo Guimarães menciona como "primeira norma cogente prevendo a criação de uma estrutura símile à SPE no Brasil" a insculpida na

---

<sup>469</sup>Há alguns casos que, apesar de poderem se subsumir nessa hipótese, não estão expressamente mencionados pelo legislador, razão pela qual deixa-se de incluir nesse item. Integram essa hipótese, por exemplo, os casos de concessões feitas com base nas Leis n.º 9.074, de 1995 e n.º 8.666, de 1993. Nestas situações, quando permitido que participem da concorrência empresas associadas na modalidade de consórcio, devem elas redigir o instrumento integrativo, ao qual se dá o nome de consórcio instrumental. Em vencendo a concorrência, deverão estabelecer o consórcio operacional (art. 33, da Lei n.º 8.666, de 1993). Ocorre que, desde a promulgação da Lei n.º 9.074, de 1995, foi admitida a formação, pelas empresas, do designado "consórcio empresarial" (art. 21), que alguns órgãos concedentes vêm entendendo ser a SPE. Assim, nos editais de licitações vêm sendo prevista a necessidade de, vencendo o consórcio o certame, constituir uma SPE para contratar a concessão. Segundo Modesto Carvalhosa, "É mais interessante para o Poder Público que a exploração do objeto da licitação seja feita por uma nova sociedade especificamente constituída. Nesta, a fiscalização e a garantia dos credores são mais amplas que as do consórcio, em que não se presume a solidariedade. Essa exigência (SPE) tanto mais se justifica no caso das 'concessões' (Lei n. 9.074, de 1995), tendo em vista o seu longo prazo (geralmente vinte anos) e a complexidade das relações das concessionárias com o Poder Público (agências reguladoras)." (**Comentários à lei de sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.4, tomo II, p.400/401).

<sup>470</sup>Não apenas delimitado em termos de gênero e espécie, mas igualmente em especificidade, conforme anotado nos itens 3.1 e 3.2, acima.

<sup>471</sup>Respeitados, naturalmente, os *quoruns* legais.

Portaria 107, emitida pelo Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal.<sup>472</sup> Segundo Mauro Rodrigues Penteado, tal norma, editada em 1967, instituiu o *consórcio-societário*, visando à venda de madeiras no exterior, mediante a criação de um ente dotado de personalidade jurídica.<sup>473</sup> Sob nosso enfoque, no entanto, a primeira estrutura jurídica societária que permitiu abrigar a SPE no Brasil é a sociedade em conta de participação. Tal análise será feita no item seguinte.

Em 1995, por meio do artigo 20, da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro, que trata da *concessão e permissão de serviços públicos estabelecido no artigo 175 da Constituição Federal*, foi facultado ao órgão concedente que obrigasse aos vencedores do certame, se em consórcio, a formarem sociedade para contratar com o poder concedente.<sup>474</sup> Naturalmente, em vindo a ser instituída essa obrigação, será ela de constituição de uma SPE.

Pode-se relacionar, ainda, o artigo 432 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99 (Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1999), que trata dos ganhos de capital, no âmbito da política dos Programas de Privatização. Nessa norma, o fisco faz expressa referência às sociedades de propósito específico.<sup>475</sup>

---

<sup>472</sup>GUIMARÃES, Leonardo. A SPE – Sociedade de Propósito Específico. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico Financeiro**, n.125, p.135, 2002.

<sup>473</sup>PENTEADO, Mauro Rodrigues. Associações voluntárias de empresas. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico Financeiro**, n.52, p.48, 1983.

<sup>474</sup>Art. 20. É facultado ao poder concedente, desde que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato.

<sup>475</sup>Art. 432. *Os ganhos de capital na alienação de participações acionárias de propriedade de sociedades criadas pelos Estados, Municípios ou Distrito Federal, com o propósito específico de contribuir para o saneamento das finanças dos respectivos controladores, no âmbito de Programas de Privatização, estão isentos do imposto de renda (Lei n.º 9.532, de 1997, art. 79). Parágrafo único. A isenção de que trata este artigo fica condicionada à aplicação exclusiva do produto da alienação das participações acionárias no pagamento de dívidas dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios (Lei n.º 9.532, de 1997, art. 79, parágrafo único).*

Ainda, e especialmente, faz referência à sociedade de propósito específico a Lei que aprovou as parcerias público-privadas (Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004), a qual determina, antes da celebração do contrato, a constituição de um ente dessa natureza.<sup>476</sup>

Nesses casos, a lei fez referência expressa a entes de propósito específico. Há outros casos, no entanto, que podem acolher escopos dessa natureza, mas que não estão expressamente indicados na legislação. É a respeito deles que nos ocuparemos no próximo tópico.

### 3.3.2 A Sociedade em Conta de Participação

Considerando que já foram analisadas as sociedades em conta de participação no presente trabalho (item 2.4.3 – supra) e que se trabalhou com o conceito de determinabilidade do objeto, conforme o dispositivo do C. Comercial que abordava exatamente esse tipo societário, passa-se diretamente à questão que interessa neste momento, que é a da verificação da prestabilidade desse tipo societário como forma de atingimento do fim: propósito específico.

As disposições do CCB sobre a sociedade em conta de participação, não trazem, como fazia o C. Comercial, qualquer indicativo de que seu objeto é para *uma*

---

<sup>476</sup>Art. 9.º *Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.*

§ 1.º *A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.*

§ 2.º *A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado.*

§ 3.º *A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento.*

§ 4.º *Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo.*

§ 5.º *A vedação prevista no § 4.º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento.*

*ou mais operações determinadas*. Ao tratar do objeto social, a referência que faz é que ele será exercido pelo sócio ostensivo, em seu nome e sob seu risco (art. 991).

Não obstante a inexistência de previsão legal indicativa de atividade dessa natureza<sup>477</sup>, pode-se encontrar na doutrina mais recente aportes de que esse tipo societário continua a ser utilizado com esse objetivo. Verifique-se, por exemplo, a afirmação de Gonçalves Neto de que essas sociedades "também são encontradas na constituição de 'joint ventures', na aplicação de incentivos fiscais em empreendimentos de reflorestamento etc."<sup>478</sup> Ora, consabido que a constituição de *joint ventures*, como a seguir será analisado, tem objetivo específico, podendo ser caracterizado como propósito específico. Por outro lado, a formação de sociedades para aplicação de incentivos fiscais em empreendimentos de reflorestamento pode ser exemplo típico de propósito específico, imutável.

Mamede reconhece expressamente que a contratação da conta de participação pode dar-se para "um único negócio, um conjunto determinado de negócios, por tempo determinado ou indeterminado."<sup>479</sup> E, mencionando casos práticos, fala de consórcios de investimentos em bolsa, tendo uma instituição financeira como sócia ostensiva; de investimentos em *flats*, tendo o incorporador como sócio ostensivo; construção de grandes obras, tendo o construtor como sócio ostensivo. Em todos os casos, os investidores seriam os sócios participantes. Segundo o autor, "Realizado o objeto social, quando seja certo, ou findo o tempo certo contratado pelas partes, finda-se a sociedade em conta de participação".<sup>480</sup> Constata-se, dessas assertivas, que essa modalidade societária se presta, sem dúvidas, ao exercício de uma

---

<sup>477</sup>Cuja especificidade seja indicativa de um negócio definido na constituição da sociedade, dotado de imutabilidade.

<sup>478</sup>GONÇALVES NETO, **Lições de direito societário**, op. cit., p.183.

<sup>479</sup>MAMEDE, op. cit., p.52.

<sup>480</sup>MAMEDE, op. cit., p.57.

atividade específica, bastando, para tanto, que as partes assim o contratem em sua constituição.

Falando dessa modalidade societária sob a égide do C. Comercial, José Edwaldo Tavares Borba a coloca em plano de comparação com os demais tipos regulados pela mesma Lei, para dizer que, ao contrário das demais, está ela em franca ascendência, sendo utilizada cada vez mais em empreendimentos diversos. Cita a área de incorporações imobiliárias, fundos de investimentos acionários e parcerias empresariais.<sup>481</sup> E considerando que o referido jurista carioca entende que a "finalidade desse contrato é, com efeito, a obtenção de capital de risco para um dado empreendimento"<sup>482</sup>, certamente, sob sua ótica, essa sociedade amolda-se aos princípios do *propósito específico*.

Portanto, diante desses pronunciamentos, certamente pode-se concluir que a sociedade em conta de participação tem condições de explorar um propósito específico. No entanto, pode ultrapassar esse objetivo. Ou seja, a constituição dessa modalidade societária pode ter em vista um objeto que não se traduza como específico. Melhor dizendo, nem toda a sociedade em conta de participação é uma sociedade de propósito específico.

Em um, porque a lei não estabelece que o seu fim seja único e que tenha uma determinada especialidade, como o faz em relação às fundações. De fato, ao definir a sociedade, o artigo 991 simplesmente estabelece que o objeto social é exercido pelo sócio ostensivo, sem aclarar que *objeto social* será esse. Considerando que estamos no âmbito do direito privado, nos termos do artigo 104, II, do CCB, qualquer objeto que seja lícito, determinado ou determinável, será possível.

Em dois, porque o legislador, deliberadamente, atribuiu às partes a discricionariedade de escolher acerca desse objeto social. Será ele sempre determinado,

---

<sup>481</sup>BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998. p.82.

<sup>482</sup>BORBA, op. cit., p.81.

mas nem sempre específico, de curta ou longa duração, para um ou vários atos de empresa. A escolha é dos co-participantes que, no momento da contratação, estabelecerão como será sua vida em sociedade.

Assim, a sociedade em conta de participação presta-se para o exercício da empresa com fim específico, desde que as partes assim o contratem.

### 3.3.3 O Consórcio

Mencionando que o consórcio se transplantou para a ordem jurídica portuguesa, advindo do mundo anglo-saxônico por força da figura conhecida como *unincorporated joint venture*, José A. Engrácia Antunes define esse instituto como o

instrumento contratual de cooperação interempresarial pela qual duas ou mais pessoas, singulares ou colectivas, que exercem uma atividade económica, se vinculam a realizar concertadamente determinada actividade ou efectuar certa contribuição com vista a prosseguir um dos objectos taxativamente previstos na lei.<sup>483</sup>

No direito brasileiro, Fran Martins define o contrato de consórcio como aquele com a "finalidade de executar determinado empreendimento, obrigando-se cada sociedade, em relação àquele com quem o consórcio vai contratar, de acordo com as condições previstas no contrato e respondendo apenas pelas obrigações por ela assumidas".<sup>484</sup> Wilson de Souza Campos Batalha, por seu turno, destaca, além desses elementos, a inexistência de personalidade jurídica, de subordinação ou dependência entre as sociedades componentes do consórcio.<sup>485</sup>

Disciplinados na Lei n.º 6.404, de 1976 (arts. 278/279), os consórcios têm ampla atuação como forma de desenvolvimento das pequenas e médias empresas, que se unem em técnica de colaboração empresarial, revelando-se

---

<sup>483</sup>ANTUNES, op. cit., p.94.

<sup>484</sup>MARTINS, **Comentários**..., v.3, op. cit., p.485-486.

<sup>485</sup>BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Comentários à lei das sociedades anônimas**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p.1.165.

agentes eficazes na vida econômica, como destacam Fabio Konder Comparato<sup>486</sup> e Mauro Rodrigues Penteado<sup>487</sup>.

Sendo agentes eficazes na vida econômica, cabe perguntar se sua atuação pode ser ampla, de forma a estabelecer estrutura de auxílio no crescimento das empresas, ou se há restrições no seu campo de colaboração. Em outras palavras, seu objeto pode ser qualquer um, ou a lei estabelece vínculos, parametrizando esse objeto?

Para o que interessa neste estudo, cabe destacar, dos dispositivos legais citados, algumas partes: "*As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento*" e *do contrato de constituição deve constar "o empreendimento que constitua o objeto do consórcio"*.

Comentando esses dispositivos, Fran Martins afirma que:

O emprego da palavra determinado conduz à fixação do empreendimento a ser realizado e, ao mesmo tempo, impede que o consórcio seja constituído para a execução de empreendimentos que não sejam certos. Não permite a lei que se constitua um consórcio, por exemplo, que tenha por objeto a construção de estradas em geral...<sup>488</sup>

Sobre o mesmo tema, anota Modesto Carvalhosa que:

A sua duração será sempre determinada, vocacionada a ser curta ('association momentanée'). E por essa curta duração, coincidente com seu fim específico (empreender ou contratar com terceiros), o consórcio não substitui ou supera a personalidade jurídica de seus contratantes, cujos fins são mais amplos e genéricos e que demandam tempo de duração longo ou indeterminado.<sup>489</sup>

E continua, mais abaixo: "Assim, os empreendimentos que constituem o objeto do consórcio serão sempre específicos, o mesmo ocorrendo com os meios

---

<sup>486</sup>COMPARATO, Fabio Konder. Consórcios de empresas. In: \_\_\_\_\_. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p.220-235.

<sup>487</sup>PENTEADO, Associações..., op. cit., p.47.

<sup>488</sup>MARTINS, **Comentários**..., op. cit., p.488.

<sup>489</sup>CARVALHOSA, **Comentários**..., op. cit., p.387.

para a sua consecução, que, embora se somem no que tange à contribuição de cada um, não se confundem".<sup>490</sup>

Concorda, ainda, com essa fixação de objeto no contrato de constituição, de molde a lhe emprestar um propósito específico, Gonçalves Neto, para quem a figura não se confunde com a SPE, em face de esta constituir pessoa jurídica distinta das pessoas dos sócios que a integram, enquanto aquele é contrato associativo, mas despersonalizado.<sup>491</sup>

Como visto, portanto, o consórcio pode ser enquadrado como um dos entes jurídicos reconhecidos por lei que, apesar de sua falta de personalidade, terá propósito específico. Ao contrário do que ocorre com a sociedade em conta de participação, na qual os sócios podem definir se o propósito será ou não absolutamente delimitado, com suas especificidades, no consórcio essa fixação decorre de previsão legal. Aqui, não há margem de arbítrio para os consorciados. Devem seguir a lei e definir o seu objeto de atuação.

Comentando essa sua característica, João Luiz Coelho da Rocha<sup>492</sup> alerta para o risco de que, não sendo dessa forma, os consórcios poderiam transformar-se em sociedades irregulares<sup>493</sup>. É verdade, pois se os consorciados pudessem desenvolver qualquer atividade, sem determinação específica, não acobertados pelo manto da personalidade jurídica, o risco da transformação da atuação em irregular seria grande.

Assim, além de cogente, é razoável o dispositivo legal que estabelece como sendo sempre de propósito específico a associação de entes para a formação do consórcio.

---

<sup>490</sup>CARVALHOSA, **Comentários...**, op. cit., p.387.

<sup>491</sup>GONÇALVES NETO, **Lições de direito societário II**, n.160.

<sup>492</sup>ROCHA, João Luiz Coelho da. Os consórcios de empresas e seus riscos jurídicos. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, n.115, p.84, 1999.

<sup>493</sup>Na verdade a designação técnica, segundo o CCB, seria sociedade em comum.



### 3.3.4 Grupo de Sociedades

Outro tema que enseja, de certa forma, a análise da sujeição ativa para a persecução de um objeto específico, é a dos grupos de sociedades, regulamentado no Capítulo XXI da LSA (arts. 265/277).

Afirmado que esses grupos podem ser de coordenação ou de subordinação, Fábio Konder Comparato explica que, em face de o sistema brasileiro ter adotado orientação distinta da alemã, só regula os grupos de sociedades e não os grupos de empresas. "Por conseguinte, se o elo de ligação entre duas ou mais sociedades passar, exclusivamente, por pessoas físicas, sem participação de capital de uma em outra nem convenção consorcial, não estaremos, no Brasil, diante de um grupo ao qual se apliquem as normas específicas dos capítulos XX, XXI e XXII da Lei n. 6.404."<sup>494</sup>

Essa questão do grupo ser societário está dentro das definições fornecidas por nossos doutrinadores. Veja-se, por exemplo, a de Modesto Carvalhosa:

conjunto de companhias sujeitas a um controle comum, que, mediante convenção formal, visam a concentrar, sob direção autônoma do grupo, a política de administração, os fatores de produção, o patrimônio e os resultados (lucros), mantendo cada uma das pactuantes a sua 'formal' personalidade jurídica.<sup>495</sup>

No mesmo sentido, adotando a posição de que o grupo brasileiro é formado por sociedades, Gonçalves Neto o considera como um "ajuste de subordinação em que duas ou mais sociedades, de tipos iguais ou diferentes, sob mesmo controle, reúnem-se para atuar em harmonia, sob única direção".<sup>496</sup>

O grupo, assim existente em função dessa união de sociedades, ganha consistência em face de uma *direção unitária*, que, apesar de não ser um conceito unívoco, segundo Eduardo Secchi Munhoz, "permite identificar com melhor propriedade,

---

<sup>494</sup>COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova lei de sociedades por ações. In: \_\_\_\_\_. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p.197.

<sup>495</sup>CARVALHOSA, **Comentários**..., op. cit., p.314.

<sup>496</sup>GONÇALVES NETO, **Lições de direito societário II**, op. cit., n.159.

o grupo de sociedades em atuação".<sup>497</sup> E essa direção unitária, segundo Engrácia Antunes, tem a ver com a questão do poder econômico que a exerce. Sim, porque sob o ponto de vista econômico, o "grupo constitui uma nova e revolucionária forma da organização da actividade económica da empresa moderna: ao contrário da empresa tradicional, que se caracteriza por revestir uma estrutura unissocietária, a empresa de grupo constitui uma unidade económica plurissocietária".<sup>498</sup>

Ocorre que, visto dessa maneira, sob direção comum<sup>499</sup> e constituído para realização dos objetos das sociedades, ou "*participar de atividades ou empreendimentos comuns*" (art. 265), poderia parecer que os grupos são mecanismos de realização de propósitos específicos, quando, em verdade, seu escopo não é exatamente esse.

Segundo o referido dispositivo legal, podem-se encontrar no grupo duas finalidades distintas: (a) auxiliar no cumprimento dos objetos sociais das sociedades que lhe são formadoras; ou (b) ter um escopo próprio, que, indiretamente, seja auxiliar das sociedades que lhe formam.

Dois lições são elucidativas dessas modalidades. A primeira, trazida por Fran Martins, que afirma:

No caso do grupo de sociedades, a finalidade do mesmo é justamente fazer com que, dentro do interesse do grupo, seja permitido o favorecimento de uma sociedade a outra, podendo, até, a convenção estipular que as sociedades fiquem obrigadas a 'participar de atividades ou empreendimentos comuns'.<sup>500</sup>

---

<sup>497</sup>MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**: poder de controle e grupos de sociedades. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p.110.

<sup>498</sup>ANTUNES, op. cit., p.52.

<sup>499</sup>Quanto ao aspecto da **direção comum** nos grupos de sociedade, Comparato e Salomão Filho esclarecem que, "contrariamente a uma opinião assaz difundida, a melhor doutrina considera a unidade de direção o único critério geral de identificação de todo os grupos econômicos, e não a unidade de controle, que só ocorre no grupo econômico de subordinação..." (op. cit., p.43).

<sup>500</sup>MARTINS, **Comentários...**, v.3, op. cit., p.432.

A segunda, mencionada por Eduardo Secchi Munhoz, proveniente da autora suíça Anne Petitpierre-Sauvain, que assim se expressa:

...para que o grupo de sociedades possa ser considerado juridicamente relevante, é preciso que seus membros tenham algo em comum. Não é preciso tratar-se de um interesse comum, como à primeira vista se poderia imaginar, mas de uma política geral, de uma organização global da atividade econômica dos vários membros.<sup>501</sup>

Sendo assim, em face dessas duas possibilidades, ou das alternativas legais, pode-se dizer que, comumente, não será próprio dos grupos de sociedades o estabelecimento de um propósito específico. No entanto, não há qualquer vedação legal para que isso ocorra. Podem, no interesse comum, os detentores do poder de direção econômica do grupo fixar objetivos específicos para ele e fazerem-no atuar para o respectivo cumprimento.

Em síntese, em nossa forma de ver, os grupos de sociedades não são formas próprias de cumprimento de propósitos específicos empresariais, mas não há qualquer impeditivo para que isso venha a ocorrer.

### 3.3.5 "*Joint Venture*"

Para além dos mecanismos societários e extra-societários analisados nos itens anteriores, cabe, ainda, verificar se, por meio da chamada "*joint venture*", é possível buscar um fim com determinada especificidade.

Leonardo Guimarães define o instituto como "um negócio, corporação ou sociedade, formado por duas ou mais companhias, indivíduos ou organizações, sendo que pelo menos um deles é uma entidade comercial que colima expandir suas atividades para conduzir um novo negócio mercantil".<sup>502</sup>

---

<sup>501</sup>MUNHOZ, **Empresa...**, op. cit., p.110.

<sup>502</sup>GUIMARÃES, op. cit., p.130.

Enaltecendo que sua noção tem origem jurisprudencial, Irineu Strenger ressalta seu caráter negocial, baseado em fórmula contratual, decorrente de relação de colaboração ocasional, podendo ou não estar modelada em esquema societário.<sup>503</sup>

Gonçalves Neto, por seu turno, afirmando que alguns classificam tal instituto como modalidade de consórcio, aponta para sua natureza de "associação de empresas visando objetivos específicos e limitados, normalmente de caráter temporário". Lembra, no entanto, que o instituto não tem figura equivalente no direito brasileiro e que, conforme as legislações dos diversos países onde é implantado, vai assumindo fórmulas institucionais ou contratuais diferentes.<sup>504</sup>

Já Engracia Antunes, quanto ao termo, assevera que "generalizou-se na prática internacional dos negócios para designar um amplíssimo sector de acordos vocacionados à realização de um empreendimento comum entre empresas". O doutrinador lusitano, traçando os contornos desses acordos, enfatiza que os mesmos podem assumir formas contratuais ou dar origens a novas sociedades, dotadas de personalidade jurídica própria. Elucida, ainda, que eles podem objetivar "determinado projecto específico" ou abranger vários setores da atividade econômica das empresas envolvidas.<sup>505</sup>

Diante das definições adotadas pelos doutrinadores, ainda que não se tenha a "*joint venture*" como uma associação típica, pode-se entender que o mecanismo permite identificar uma forma de contratação entre empresários, cujos fins são, perfeitamente, adaptáveis aos do propósito específico. A assunção desses contornos vai depender, exclusivamente, dos termos adotados pelos contraentes, no ato da convergência volitiva.

---

<sup>503</sup>STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p.350.

<sup>504</sup>GONÇALVES NETO, **Lições de direito societário II**, op. cit., p.329.

<sup>505</sup>ANTUNES, op. cit., p.99.

Sendo assim, pode-se dizer que: (a) se a *joint venture* assumir a forma societária, uma vez que os sócios se reuniram e organizaram uma nova personalidade jurídica, e se essa nova sociedade tiver um determinado projeto específico, é possível ela se confundir com uma SPE; (b) se houver reunião de empresários, mediante contratos com contornos não societários, mas para a realização de projeto específico, ter-se-á um grupamento com propósito específico, mas não uma SPE; (c) se os empresários se reunirem em torno de uma nova sociedade, ou não, para explorar vários setores da atividade econômica das empresas envolvidas, não se poderá falar em SPE ou mesmo de propósito específico.

### 3.3.6 "*Groupement D'Intérêt Économique*" – GIE<sup>506</sup>

Não é incomum, entre os doutrinadores nacionais, ao tratarem dos grupos de coordenação ou de subordinação, mencionarem os *groupements d'intérêt économique* ou GIE. Tais grupamentos foram criados pela Ordenação de n.º 821, de 1967, sendo regulados no Título V do Código Comercial francês.

Podendo ser formados por pessoas naturais ou jurídicas, a finalidade desses GIE é o desenvolvimento ou a melhora da atividade econômica de seus membros, sendo definidos como "uma 'pessoa jurídica', constituída livremente entre duas ou mais pessoas ilimitadamente e em princípio solidariamente responsáveis, que se reúnem tendo em vista agenciar os meios aptos a desenvolver suas atividades econômicas, que permanecem independentes".<sup>507</sup>

---

<sup>506</sup>Não se desconhece a existência de grupamentos de empresas em outros sistemas jurídicos, como o espanhol (agrupación temporal de empresas), o italiano (consórcio) ou o português (agrupamento complementar de empresas). No entanto, optou-se por retratar o GIE em face de sua influência nos demais que surgiram após a sua promulgação e seu ineditismo. Segundo Mauro Rodrigues Penteadó (Associações..., op. cit., p.54), esse modelo é a fórmula mais bem-sucedida de incremento da colaboração interempresarial.

<sup>507</sup>Segundo Mauro Rodrigues Penteadó (Associações..., op. cit., p.59).

Sua criação acarretará a aquisição de personalidade jurídica e seu prazo de duração será, segundo a lei (art. 251.1), determinado. Seus membros, ao constituí-lo, podem fazê-lo com, ou sem, capital social.

Apesar de registrados no registro de comércio, não serão reputados comerciais, salvo se seus atos efetivamente envolverem atividades dessa natureza.

Em caso das sociedades organizadoras do grupamento serem emissoras de debêntures, também o *groupement d'intérêt économique* poderá emitir obrigações dessa natureza.<sup>508</sup>

Fazendo-lhes referência, Comparato afirma ser a mais bem-sucedida fórmula de consórcio de empresas, o que teria levado a Comunidade Europeia à criação, por seu turno, do chamado "*groupement européen d'intérêt économique*", decalcado sobre o mesmo modelo.<sup>509</sup>

Aproximando-o do consórcio de empresas, Carvalhosa afirma ser o GIE um "*instrumento de colaboração entre empresas preexistentes*". Esclarece, ainda, que não há possibilidade de sua transformação em sociedade, podendo, no entanto, uma sociedade ou associação transformar-se em GIE.<sup>510</sup>

Contrariando as posições lançadas por Comparato e Carvalhosa, Fran Martins afirma que o consórcio não se confunde com os *groupements d'intérêt économique*, com os quais têm alguns pontos de contato, mas outros tantos divergentes.<sup>511</sup>

Também não lhes reduzem ao consórcio, Rachel Sztajn, para quem os GIE têm características que podem ter pontos de contatos com esses grupos, mas

---

<sup>508</sup>Conforme Engrácia Antunes, fortemente inspirados nos GIE, foram criados em Portugal os Agrupamentos complementares de empresas – ACE. Decorrem eles do agrupamento de duas ou mais pessoas (físicas ou jurídicas), com o fim de "melhorar as condições de exploração ou os resultados das respectivas actividades económicas individuais" (op. cit., p.91-92).

<sup>509</sup>COMPARATO, Consórcios..., op. cit., p.228-229.

<sup>510</sup>CARVALHOSA, **Comentários**..., op. cit., p.409-410.

<sup>511</sup>MARTINS, **Comentários**..., v.3, op. cit., p.485.

também têm outros que os aproximam das sociedades de pessoas, como a questão da responsabilidade dos associados.

Dessas lições, pode-se concluir que, apesar de não haver absoluta identidade entre os GIE e os consórcios<sup>512</sup>, tal qual foram regulados na legislação brasileira, em relação ao tema *propósito específico* a solução para ambos é a mesma. Ou seja, seu propósito será sempre específico, até em face do seu prazo de duração, que é determinado, por força de lei.

### 3.4 O PROPÓSITO ESPECÍFICO E AS FORMAS SOCIETÁRIAS

Feita a abordagem do que se entende por *propósito específico*, analisadas algumas possíveis formas de exploração da atividade específica por variados modelos contratuais e associativos (sujeito ativo), passa-se, agora, à verificação de quais as formas societárias encontradas no direito brasileiro passíveis de exploração desse tipo de escopo.

Considerando que no Capítulo 2 efetuou-se revisão dos conceitos e das estruturas das formas societárias, promove-se, neste momento, análise apenas sobre os elementos essenciais para a conclusão que ora se pretende.

Em um primeiro momento, é necessário verificar se o **propósito**, o qual se está a analisar, é de **caráter econômico, ou não**. Essa verificação, preliminar, tem o objetivo de direcionar a pesquisa para as sociedades empresariais ou não empresariais.

Entende-se que nada há a obrigar que, ao se delimitar uma especificidade, deva-se fazer com objeto econômico. A exemplo do ensinamento do legislador francês, seguido pela Comunidade Européia<sup>513</sup>, a finalidade a ser adotada pelos instituidores

---

<sup>512</sup>Um dos fortes pontos de distinção é a questão de obtenção de personalidade jurídica pelos GIE, enquanto isto é vedado aos consórcios.

<sup>513</sup>A respeito dos GIE e dos GIEE.

de uma SPE pode, ou não, ter caráter econômico. Essa é uma questão de conveniência, cujo arbítrio não pode ser retirado dos sujeitos que pretendam constituir a sociedade.<sup>514</sup>

Sendo assim, o fato de a sociedade a ser constituída ter caráter empresarial, ou não, é uma questão de definição dos sócios.

Importa, a partir dessa constatação, observar se a estrutura da sociedade simples comporta a assunção de um objeto cujo propósito seja específico, ou se os sócios serão obrigados a buscar uma das formas das sociedades empresárias, apesar do objeto ser "não econômico". É o que se fará no próximo tópico.

Por outro lado, não será objeto de abordagem, a sociedade em conta de participação, eis que ela já foi estudada no item 3.3.2 acima, para os mesmos fins. Não será tratada, igualmente, da sociedade em comum, considerando que sua estrutura é aberta e não forneceria a necessária segurança para as respostas técnicas.

### 3.4.1 Sociedade Simples

Estudando a introdução desse novo tipo societário no direito brasileiro, Gonçalves Neto verifica que deve ser considerada sociedade simples no direito brasileiro, aquela que tenha por **objeto o exercício de atividade** (a) rural ou (b) intelectual, de natureza científica, literária ou artística.<sup>515</sup>

Verificando os objetos a que se pode dedicar esse tipo societário, conclui-se que, sem dúvidas, é possível instrumentalizar a SPE por meio de uma sociedade simples. Acrescente-se, quando se exemplifica as *joint ventures* com propósito específico, em muitas oportunidades se faz mediante a apresentação de exemplos de associação com objetivo de exploração de atividade científica, o que é muito comum na atualidade, em face dos custos desse tipo de escopo. Ainda que nem

---

<sup>514</sup>Pode, por exemplo, um grupo de advogados formar uma sociedade de advogados, para contratar uma causa específica e, terminada a causa, a sociedade é liquidada.

<sup>515</sup>GONÇALVES NETO, **Lições de direito societário**, op. cit., p.122.



sempre a *joint venture* venha a constituir ente societário, o exemplo deixa entrever a solução para a questão colocada.

Portanto, considerando que nada há na legislação a impedir que o fim da sociedade simples seja delimitado por uma especificidade, bem como que a natureza das atividades que ela pode desenvolver se afeiçoem, sem problemas, a essa natureza, entende-se que é possível a criação de uma sociedade simples de propósito específico.

De conseqüência, cabe centrar um pouco mais os estudos nos dispositivos inerentes a esse tipo societário, para verificar se há, com a adoção do modelo, alguma repercussão nesse âmbito.

#### 3.4.1.1 A dissolução por exaurimento do fim social

Dos dispositivos que regulam a sociedade simples, merece destaque, neste passo, o inciso II, do artigo 1.034, em sua interpretação conjugada com o parágrafo único do artigo 981.

Conforme estrutura formal estabelecida pelo legislador de 2002, o artigo 981 compõe, com outras normas (até o artigo 985), as disposições gerais aplicáveis a todas as sociedades reguladas no direito brasileiro. Ou seja, aplicam-se tais dispositivos às sociedades empresárias e não empresárias, àquelas inteiramente disciplinadas no CCB ou objeto de normatização própria. Sendo assim, sempre que for analisada qualquer norma especial de algum dos tipos societários regulados no direito brasileiro, pode tal interpretação sofrer as influências desse sistema criado pelo codificador.

Quanto ao artigo 1.034, no entanto, sua regulamentação está inserida dentro de um plano menor, qual seja, o do capítulo próprio à sociedade simples, que é superposto pelo subtítulo relativo à sociedade personificada. Desta sorte, o âmbito de abrangência do artigo 1.034 é inexoravelmente menor que o do artigo 981.

Tendo esses limites como referência, parte-se para a análise dos dispositivos. Conforme o caput do artigo 1.034, a **sociedade pode ser dissolvida**

**judicialmente** quando *exaurido o fim social*. Como foi colocado o verbo "pode" na oração, está figurando uma situação de faculdade, de permissão, que é outorgada aos sócios, de irem ao Judiciário requerer a dissolução da sociedade. Não se trata, portanto, de um caso de dissolução de pleno direito, mas sim de dissolução por força de decisão judicial.

Ocorre que, também por força de permissivo legal, concedido com base no parágrafo único do artigo 981, os sócios podem estabelecer um determinado propósito à sociedade que, uma vez preenchido, esta não tem motivo para continuar suas atividades, ou até esteja incapacitada de ter continuidade<sup>516</sup>. A título de exemplo, atente-se para sociedade que venha a ser constituída por um grupo de advogados em torno de uma causa judicial, bem como aquelas que lhe sejam conexas. Transitada em julgado a causa e liquidada a sentença, não há qualquer razão para a manutenção da sociedade. Nestes casos, quer parecer que a dissolução se operaria de pleno direito e não por decisão judicial.

Assim, enfrentando a questão da dissolução da sociedade simples<sup>517</sup> de propósito específico, com base nos dispositivos mencionados, entende-se que há transformação da classificação da sua dissolução, quando exaurido o fim social, **passando a ser de pleno direito**.<sup>518</sup>

---

<sup>516</sup>No direito italiano há, no artigo 2.272, previsão similar a essa. Comentando tal dispositivo, Jaeger e Denozza mencionam a dificuldade de se verificar o preenchimento do objeto social de uma sociedade, se ela não tiver um objeto específico. Dizem que "*il conseguimento dell'oggetto sociale è ipotizzabile solo quando l'oggetto è un'attività che si esaurisce in sé*" (op. cit., p.186).

<sup>517</sup>Em verdade, não só as sociedades simples, mas também as demais sociedades reguladas no Código. É que esse dispositivo aplica-se a elas, por força de artigos que determinam a sua regência supletiva, como os artigos 1.040 e 1.053.

<sup>518</sup>A inserção da dissolução, por ter sido atingido o objeto social, na classificação de 'pleno direito', não é estranha no direito estrangeiro. Dentre as causas de dissolução da sociedade de pleno direito, estabelecidas no artigo 2.272 do Código italiano, está justamente a do "*conseguimento dell'oggetto sociale*". Comentando esse dispositivo, Galgano afirma que "*Le cause di scioglimento della società operano di diritto.*" (**Diritto**..., op. cit., p.134).

### 3.4.1.2 A resolução em relação a um sócio

Tratando da resolução da sociedade simples em relação a um sócio, o legislador brasileiro estabeleceu critérios diferentes, considerando o prazo de duração da sociedade (art.1.029).

Para a sociedade simples de prazo indeterminado, é admitido o direito de retirada do sócio a qualquer tempo, desde que notificados os demais sócios. Para a constituída por prazo determinado, o direito de retirada só poderá ser exercido na medida em que ficar provada judicialmente a justa causa.

No entanto, dentro do contexto legal da segunda hipótese, deve ser inserida uma **nova alternativa**: a da sociedade criada com propósito específico.

Naturalmente, se a sociedade tiver sido criada para atingir um determinado propósito e a forma escolhida pelos sócios foi a de sociedade não empresarial, é porque as pessoas que a compõem têm importância fundamental para sua existência.

Se os sócios são fundamentais para o atingimento da finalidade a que se propõe a sociedade, a melhor interpretação a ser dada à última parte do artigo 1.029 é de forma extensiva, para ali também albergar a hipótese de sociedades de propósito específico.

Assim, o direito de retirada do sócio, na sociedade simples de propósito específico, demandará a busca de pronunciamento jurisdicional, com lastro em justa causa.

Essas, pois, as conseqüências mais visíveis da adoção, pela sociedade simples, de um determinado propósito específico. Verificadas as mesmas, cabe estudar outras formas societárias, como modo de investigar se também a elas aplica-se essa verdade, ou seja, se também elas podem adotar esse modelo de objeto social. É o que se fará a seguir.

### 3.4.2 Sociedade Cooperativa

A sociedade cooperativa, forma que continua regulada pela Lei n.º 5.764, de 1971, mas com as características que lhe foram dispensadas no CCB, será sempre considerada sociedade simples (art. 982, parágrafo único).

Interessante notar que há no CCB atual, como já existia no direito anterior, uma linha divisória entre a cooperativa e a sociedade anônima, para posicioná-las nos extremos, colocando aquela sempre em um lado, enquanto esta estará de outro. Anteriormente, a cooperativa era considerada como sociedade civil. Hoje, passou a ser sociedade simples, independentemente de seu objeto. A sociedade anônima, antes comercial, hoje é considerada empresarial, mesmo que sua atividade não seja dessa natureza.

A explicação para essa sua característica, de estarem sempre em situações de oposição, poderia encontrar resposta no pensamento de Calixto Salomão, para quem, enquanto nas sociedades anônimas o interesse é de criação de um novo ente, com querer e objetivos distintos dos de seus membros, a cooperativa atua de forma a intermediar os interesses individuais dos sócios e o mundo exterior.<sup>519</sup>

Pode, por outro lado, a explicação ser encontrada no postulado ideológico que cada tipo societário representa. Segundo Boaventura de Souza Santos e César Rodríguez, como teoria social, o associativismo está lastreado em princípios não capitalistas de cooperação e mutualidade, para a defesa de uma economia de mercado e, como "prática econômica, o cooperativismo inspira-se nos valores de autonomia, democracia participativa, igualdade, equidade e solidariedade."<sup>520</sup> Essa ideologia, certamente, não é a encontrada nas sociedades anônimas. Segundo Engrácia Antunes, a sociedade anônima forneceu o instrumental jurídico necessário

---

<sup>519</sup>SALOMÃO FILHO, **O novo...**, op. cit., p.238.

<sup>520</sup>SANTOS, Boaventura de Souza; RODRÍGUEZ, César. Para ampliar o cânone da produção. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p.33.

para que se pudesse atender aos imperativos financeiros e organizativos do regime capitalista. Parafraseando Georges Ripert, Antunes repete a célebre frase de que a sociedade por ações havia se tornado o "maravilhoso instrumento do Capitalismo moderno".<sup>521</sup>

Intermediando, portanto, os interesses individuais dos cooperados e o mundo exterior, calcada em princípios não capitalistas de cooperação e mutualidade, pergunta-se acerca de a possibilidade da sociedade cooperativa buscar um propósito específico.

Segundo Calixto Salomão, a principal característica dessa sociedade é a **inexistência de um interesse social próprio**, que possa ser visto como distinto dos interesses dos seus sócios<sup>522</sup>. Para Gonçalves Neto, seu traço distintivo estaria no objetivo dos sócios, que não seria de lucro, mas de utilização dos serviços da sociedade, para melhorar sua situação econômica.<sup>523</sup> Já para Paul Singer, a finalidade básica da cooperativa não é maximizar os lucros, mas a quantidade e a qualidade do trabalho, sendo seu princípio básico a autogestão.<sup>524</sup>

Tais pontos foram bem apropriados por nossos tribunais, como retrata o acórdão proferido pela 1.<sup>a</sup> Turma do Superior Tribunal de Justiça, de lavra do Ministro José Delgado, no REsp. 784378, assim ementado:

...COOPERATIVAS DE CRÉDITO. ATOS VINCULADOS À SUA ATIVIDADE BÁSICA. NÃO-INCIDÊNCIA DO PIS. ART. 30 DA LEI N.º 11.051/2004. ORIENTAÇÃO DA 1.<sup>a</sup> SEÇÃO. PRECEDENTES.

(...)

4. No julgamento dos REsp's n.ºs 616219/MG e 591298/MG, afetados à 1.<sup>a</sup> Seção, esta Corte Superior uniformizou posicionamento no sentido de que:

- "o ato cooperativo não gera faturamento para a sociedade. O resultado positivo decorrente desses atos pertence, proporcionalmente, a cada um dos cooperados.

---

<sup>521</sup>ANTUNES, op. cit., p.37-38.

<sup>522</sup>SALOMÃO FILHO, **O novo...**, op. cit., p.238.

<sup>523</sup>GONÇALVES NETO, **Lições de direito societário**, op. cit., p.146.

<sup>524</sup>SINGER, op. cit., p.86.

- Inexiste, portanto, receita que possa ser titularizada pela cooperativa e, por consequência, não há base imponible para o PIS. Já os atos não cooperativos geram faturamento à sociedade, devendo o resultado do exercício ser levado à conta específica para que possa servir de base à tributação (art. 87 da Lei n.º 5.764/71);
- toda a movimentação financeira das cooperativas de crédito, incluindo a captação de recursos, a realização de empréstimos aos cooperados bem como a efetivação de aplicações financeiras no mercado, constitui ato cooperativo, circunstância a impedir a incidência da contribuição ao PIS. Salvo previsão normativa em sentido contrário (art. 86, parágrafo único, da Lei n.º 5.764/71), estão as cooperativas de crédito impedidas de realizar atividades com não associados;
  - atualmente, por força do art. 23 da Resolução BACEN n.º 3.106/2003, as cooperativas de crédito somente podem captar depósitos ou realizar empréstimos com associados. Assim, somente praticam atos cooperativos e, por consequência, não titularizam faturamento, afastando-se a incidência do PIS. A reunião em cooperativa não pode levar à exigência tributária superior à que estariam submetidos os cooperados caso atuassem isoladamente, sob pena de desestímulo ao cooperativismo;
  - qualquer que seja o conceito de faturamento (equiparado ou não a receita bruta), tratando-se de ato cooperativo típico, não ocorrerá o fato gerador do PIS por ausência de materialidade sobre a qual possa incidir essa contribuição social."
5. Recurso especial conhecido em parte e, nesta, parcialmente provido para excluir da incidência do PIS-Faturamento tão-somente os atos cooperativos próprios praticados pela recorrente (grifo nosso).

Sendo assim, não há discrepância, na doutrina e na jurisprudência, de que o ato cooperativo nada mais é que o somatório das vontades dos atos dos cooperados. Ou seja, a manifestação da vontade da sociedade cooperativa é a própria manifestação das vontades dos cooperados, no seu interesse pessoal.

Partindo-se desse pressuposto, entende-se não ser possível buscar um propósito específico para a cooperativa, eis que esta tem como escopo, invariavelmente, os benefícios dos cooperados e não um interesse próprio. Aludir a propósito específico, neste caso, seria tratar de limitar o propósito dos sócios e não da cooperativa. Isto, com todo o respeito, não parece possível.

É claro que se pode contrapor, afirmando que existe um número bastante elevado de cooperativas criadas com propósitos de recuperação de determinadas empresas, tendo sido criada, inclusive a Associação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Autogestão (ANTEAG), justamente para atingir esse fim. Isto não basta, no entanto, para combater a hipótese de que essa gestão está delimitada para o escopo de resolver os problemas sociais e salariais desses trabalhadores e não para

o exercício de um propósito específico da cooperativa. O fim que se busca é o idealizado pelos trabalhadores e não pela sociedade.

Dessa forma, em face da inexistência de um interesse específico e próprio da sociedade, não é possível identificar um propósito que lhe seja particular. E se o escopo é dos sócios, não se pode conceber um propósito específico da sociedade cooperativa.

Portanto, considera-se que não é possível falar em sociedade cooperativa de propósito específico. Seria possível conceber, isto sim, um propósito específico para os associados os quais, por meio da cooperativa e, cumprindo seus interesses próprios<sup>525</sup>, buscassem um determinado escopo. Mas, repita-se, não se pode afirmar que isto reduziria o interesse social da sociedade ao interesse dos sócios, de modo a concluir que ela teria um propósito específico.

### 3.4.3 Sociedade Limitada

Quanto às características próprias da sociedade limitada, já foram delineadas no item 2.4.6. Sendo assim, para efeitos de maiores detalhamentos, faz-se expressa remissão a esse tópico, de sorte que não se promova atividade repetitiva. Neste momento, o foco recairá, especificamente, sobre a verificação de plausibilidade de estabelecimento de propósito específico nessa sociedade.

A primeira menção diz respeito à regra de remissão estabelecida no artigo 1.053. Segundo ela, aplicam-se à sociedade limitada<sup>526</sup> as regras da sociedade simples. Já no artigo 1.054, define o legislador que o contrato social deverá mencionar, no que couber, as indicações do artigo 997, o qual estabelece os elementos básicos do contrato social. Dentre tais elementos, consta o objeto social, um dos obrigatórios do contrato social.

---

<sup>525</sup>Utilizando-se o raciocínio de C. Salomão.

<sup>526</sup>Naquilo que o respectivo capítulo legal for omissivo.

Naturalmente, por força do parágrafo único do artigo 981, esse objeto social poderá ser restrito, ou mais claramente, específico. Desta sorte, nada há a impedir a formação de sociedade limitada de propósito específico.<sup>527</sup>

#### 3.4.3.1 A dissolução por exaurimento do fim social

Relembrando a regra de remissão, mencionada no item anterior e considerando que o capítulo que trata da sociedade limitada não disciplina a dissolução judicial da sociedade<sup>528</sup>, conclui-se que a ela se aplica o artigo 1.034.<sup>529</sup>

Portanto, são cabíveis neste tópico as assertivas lançadas no item que tratou, quanto à sociedade simples, da **dissolução por ter sido exaurido o fim social**. Naquele tópico, após rápida digressão acerca do esgotamento da atividade da empresa, concluiu-se que, em se tratando de SPE, essa modalidade de dissolução da sociedade poderia ser efetivada independentemente de intervenção do Poder Judiciário, já que passaria a **operar de pleno direito**. De certa forma, Modesto Carvalhosa acompanha esse posicionamento, afirmando que na limitada de propósito específico a dissolução se opera por decisão dos sócios, obtida em reunião ou assembléia.<sup>530</sup>

---

<sup>527</sup>Expressamente a reconhecem Carvalhosa (**Comentários...**, op. cit., p.349); Leonardo Guimarães (op. cit., p. 134); Gonçalves Neto (**Lições de direito societário II**, op. cit., p.330).

<sup>528</sup>O artigo 1.087 trata apenas das causas de dissolução de pleno direito.

<sup>529</sup>Com o mesmo entendimento, Gonçalves Neto (**Lições de direito societário**, op. cit., p.317), Modesto Carvalhosa (**Do direito...**, op. cit., p.345); Rubens Edmundo Requião (**A sociedade...**, op. cit.); e Adalberto Simão Filho (op. cit., p.194).

<sup>530</sup>Do direito..., op. cit., p.349. Nessa oportunidade, Carvalhosa assevera que "tanto nas limitadas com propósito específico, quanto naquelas com prazo de duração subordinado ao esgotamento de uma atividade, a dissolução não se opera de pleno direito, mas somente por declaração de vontade dos sócios, manifestada em assembléia ou em reunião dos mesmos." Ocorre que as deliberações dos sócios para dissolução da sociedade estão encartadas no artigo 1.033, que são aquelas que se operam de pleno direito. E, o mais curioso, é que o próprio autor considera que essas são causas de dissolução de pleno direito ou extrajudicial, como consta dessa mesma obra, p.332-333.



Assim, a dissolução da sociedade limitada de propósito específico que atingiu o seu escopo caracteriza-se como de pleno direito, não havendo necessidade de intervenção do Poder Judiciário, para declará-la.

Interessante hipótese poderia decorrer da situação em que os sócios, lastreados no aspecto temporal, estabelecessem prazo certo para a sociedade e, dentro desse prazo ela não tivesse condições de cumprir o seu objeto social.

Aplica-se parcialmente, ao caso, a regra do inciso I do artigo 1.033 do CCB, que estabelece a prorrogação do tempo da sociedade. Certamente não se pode cogitar de prorrogação por prazo indeterminado, o que desnaturaria a forma adotada pelos sócios no contrato social, mas essa continuidade seria com o intuito de permitir o cumprimento do *fim* proposto para o ente e, uma vez cumprido, entraria ele em dissolução.

Ainda aqui, pode se imaginar, após a prorrogação do prazo, dar-se de pleno direito a dissolução, desde que, é natural, esteja cumprido o escopo alinhado no contrato social.

O importante, assim, é o exaurimento do objeto social, como fator de caracterização da dissolução de pleno direito, perdendo força, inclusive, as disposições acerca do prazo para que isto ocorra.

#### 3.4.3.2 Direito de retirada do sócio

No item 2.4.6.6, supra, comentou-se acerca do direito de retirada do sócio na sociedade limitada, mostrando duas posições conflitantes, apresentadas na doutrina: de um lado, os defensores do direito potestativo do sócio, nas sociedades contratadas por prazo indeterminado, delas se retirar imotivadamente; de outro, os que advogam a tese de que o direito de retirada só pode ser exercido sob motivação prevista em lei. Observou-se, nessa oportunidade, que o Judiciário terá a função de resolver essa problemática, mas, acredita-se ser, em face da liberdade de contratar e, conseqüentemente, de distratar, bem como em decorrência das nuances contratualistas

da sociedade limitada, a facultatividade do direito de retirada mais adequada ao nosso sistema jurídico.

Sendo assim, o direito de retirada, em qualquer sociedade limitada contratada por prazo indeterminado, seria exercido ao livre arbítrio do sócio. Esta não é uma verdade absoluta. Como já referido quando analisada a sociedade simples (3.4.1.2), há exceção a essa regra. Trata-se da **limitada com propósito específico** e que tenha sido **contratada levando em conta a pessoa dos sócios**. Nessa modalidade, a retirada do sócio seguiria a regra da sociedade contratada por prazo determinado, ainda que seu objeto não seja temporalmente definido.

Essa é uma situação excepcional, que demandaria a análise do caso concreto, para avaliar a importância dos sócios na concretização do objeto específico estabelecido para a sociedade. O comportamento seria similar ao adotado pelo Judiciário, ao admitir a dissolução parcial de sociedade anônima por quebra da *affectio societatis*, reconhecendo que, no caso em análise, o vínculo entre as pessoas era de outra natureza que não o capital por elas integralizado na sociedade.

Portanto, em casos de sociedade limitada com propósito específico, contratada por prazo indeterminado, desde que os sócios tenham importância para o cumprimento do objeto da sociedade, **o exercício do seu direito de retirada estará vinculado à prova de justa causa**. Não sendo esta provada, o sócio não poderá se retirar da sociedade, salvo com o consentimento dos demais.

### 3.4.3.3 O conselho fiscal e o propósito específico

Conforme as assertivas supra (item 2.4.6.5), foi admitida a inserção, na limitada, de conselho fiscal. Na definição de Modesto Carvalhosa, a função desse órgão estaria vinculada ao controle e à fiscalização das contas dos administradores, além da denúncia de erros, fraudes e crimes.<sup>531</sup>

---

<sup>531</sup>CARVALHOSA, Do direito..., op. cit., p.149.

Há, para além dessas funções, outra que guarda íntima relação com a sociedade de propósito específico. Trata-se da **fiscalização dos negócios e operações sociais** (art. 1.069, inciso III). O dispositivo legal permite essa interpretação, ainda que o texto mencione emissão de parecer, *tomando por base o balanço patrimonial e o de resultado econômico*. Interpretar a norma restritivamente, para dizer que ao conselho fiscal só caberia a verificação dos elementos financeiros é, segundo pensamos, diminuir o âmbito de atuação do referido órgão, para além de não conferir ao diploma uma interpretação sistêmica. Se ao conselho fiscal cabe (dever-função) examinar livros e papéis da sociedade (inc. I), lavrar pareceres sobre o resultado desses exames (inc. II), convocar assembléias (inc. IV), entre outros deveres, naturalmente sua função não é de ordem exclusivamente financeira.

O exercício do órgão é mais complexo, tendo atividades que adentram à análise conjuntural do objeto da sociedade, de tal arte que lhe é permitido fiscalizar a efetiva atuação daquela. E se tem por função a verificação da atuação da sociedade, naturalmente será obrigado a, havendo desvios do propósito específico estabelecido no contrato social, denunciar aos sócios, para que estes adotem as medidas cabíveis em face dos administradores.

Assim, considerada a especificidade do objeto da SPE, crê-se não caber ao caso a afirmativa de Mamede, de que para a maioria das sociedades limitadas não se justifica o conselho fiscal<sup>532</sup>, já que será de grande importância para os sócios esse efetivo controle da atividade a ser exercida. E como não está delegada a nenhum outro órgão societário essa fiscalização, é de grande valia o funcionamento de tal conselho nessas sociedades.

Outras questões poderiam ser trazidas, em decorrência das características da SPE limitada, mas, considerando que o objetivo era demonstrar a possibilidade do exercício de atividade com esse nível de especificidade nesse tipo societário,

---

<sup>532</sup>Mamede, op. cit., p.363.

já evidenciada, passa-se ao próximo tópico do trabalho, que irá analisar a sociedade anônima.

#### 3.4.4 Sociedade Anônima

Foi acima enaltecido que a sociedade anônima constitui o tipo societário mais completamente regulado no direito brasileiro, tendo Osmar Brina Corrêa-Lima chegado a afirmar que a Lei das Sociedades por Ações apresenta-se como verdadeiro "*Código do Direito Societário Brasileiro*".<sup>533</sup> Em decorrência desse seu aprimoramento legislativo, opina Mauro Rodrigues Penteado no sentido de que elas mostram-se aptas a serem instrumentos de colaboração empresarial.<sup>534</sup> Sendo assim, a verificação está pautada nesses pressupostos: (a) de que se está diante de um sistema legal completo (LSA), (b) o qual serve de instrumento para a união de colaboração.

Se a sociedade anônima tem essa característica, de ser um tipo societário apto a abrigar interesses convergentes a desenvolver colaboração recíproca e gerar resultados benéficos a todos, um dos elementos para a sua capacidade de ser sociedade de propósito específico já está presente. Necessário investigar se também a especificidade do escopo é algo que se lhe amolda ao objeto.

Estudando o complexo de normas que enfeixam a LSA, Rachel Sztajn as classifica em:

1. normas tipificadoras gerais, cogentes porque ditadas em benefício de terceiros;
2. normas tipificadoras de subtipos e não-obrigatórias para todas as hipóteses concretas, cogentes apenas para o subtipo determinado;
3. normas dispositivas e derogáveis por deliberação de fundadores ou da assembléia-geral.<sup>535</sup>

---

<sup>533</sup>CORRÊA-LIMA, op. cit., p.12.

<sup>534</sup>PENTEADO, *Associações...*, op. cit., p.46.

<sup>535</sup>SZTAJN, **Contrato...**, op. cit., p.79.

Sem dúvida alguma, a norma que trata do objeto da sociedade está no elenco das normas tipificadoras cogentes, devendo existir em todas as sociedades anônimas, nos termos da análise conjunta dos artigos 2.º e 83 da LSA, 1.089 e 997, II, do CCB, além da regulamentação estabelecida pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio.

Verificada a necessidade da cláusula *de escopo* em todas as sociedades, pergunta-se qual o sentido que o legislador quis dar à expressão *qualquer empresa de fim lucrativo*, inserida no texto do artigo 2.º, como sendo o objeto a ser perseguido pela companhia.

Destacando certa imprecisão terminológica na lei, Corrêa-Lima afirma que o *"Objeto da sociedade é a sua atividade-fim. Seu fim é o lucro. O fim é o primeiro na intenção, mas o último na execução.* E complementa seu pensamento, enaltecendo que o "fim" aparece com um duplo alcance, ora sendo a atividade estabelecida no contrato social, ora sendo a produção de lucros (sentido teleológico).<sup>536</sup>

José Edwaldo Tavares Borba, igualmente, verifica essa duplicidade de sentido no dispositivo legal, deixando claro que o objeto social a ser perseguido é que deve corresponder a um fim lucrativo. E vai mais além, afirma, ainda, que não basta a atividade produzir lucros, é necessário que tais lucros se destinem ao quadro associativo.<sup>537</sup>

Rubens Requião, por seu turno, destaca que a palavra "empresa" foi empregada pelo legislador no seu sentido técnico-jurídico, de atividade organizada, exercida pelo empresário, destinada à produção e circulação de bens ou serviços.<sup>538</sup>

Dessas posições, resta claro que há um **objeto imediato** da sociedade, a que se pode designar **empresa**, e um objeto mediato, que é o lucro que essa

---

<sup>536</sup>CORRÊA-LIMA, op. cit., p.29.

<sup>537</sup>BORBA, op. cit., p.133-134.

<sup>538</sup>REQUIÃO, **Curso de direito comercial**, v.2, op. cit., p.29.

empresa deva produzir. Partindo-se desse pressuposto, conclui-se que analisar eventual *propósito específico* é verificar o *objeto imediato* da sociedade. Ou seja, não se pode cogitar de fim determinado, para o estudo que se está a realizar, analisando a questão do lucro. O lucro será importante em outro momento, quando se estudar a plausibilidade de seu alcance, na formação de sociedades para recuperação de empresas, mas não neste momento, quando se deseja verificar a "atuação" da sociedade anônima. Em conclusão, neste tópico cabe verificar se a *empresa* da sociedade anônima pode ser de propósito específico.

O artigo 2.º da LSA, estabelece que a companhia pode explorar **qualquer** empresa não contrária à lei, à ordem pública e aos bons costumes. Estabelecido o objeto, deve ser ele definido de modo preciso e completo, no estatuto (parág. 2.º). Pressupõe-se que o referido dispositivo está em consonância com o que, mais tarde, veio a estabelecer o legislador constituinte, ou seja, que há liberdade de empresa.<sup>539</sup>

Se há liberdade de escolha do objeto imediato da sociedade anônima, certamente essa escolha pode recair em algum propósito que seja, no mínimo, **funcional, temporal, espacial e subjetivamente** delimitado. Melhor dizendo, em se tratando de poder discricionário dos fundadores da companhia, cabe a eles decidir, segundo a faculdade que lhes é concedida pela Constituição Federal e pela LSA, qual a melhor forma de explorar a atividade por meio da sociedade. Não há qualquer restrição legal, para que os sócios-fundadores definam como objeto da sociedade um propósito específico que seja imutável. Essa sua escolha está dentro de sua liberdade privada. E a sociedade anônima, como ícone da democracia de gestão<sup>540</sup>, não se afasta do cumprimento dessa função de realização da atividade desejada pelos seus idealizadores.

---

<sup>539</sup>Segundo o artigo 170 da CF/1988, a ordem econômica está baseada na livre iniciativa e é "assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica".

<sup>540</sup>Em face de sua organização realizada por meio de três órgãos específicos.

Ainda que a questão fosse analisada sob o enfoque do CCB, a solução não seria outra. Considerando-se que se aplicam às sociedades anônimas as disposições do CCB, naquilo que a lei especial for omissa, tem-se que os artigos 997 e 981 são a ela aplicáveis. Em primeiro lugar, porque o ato constitutivo das sociedades tem natureza contratual, ainda que seja de contrato-organização (supra, item 2.2); em segundo lugar, porque não há na LSA qualquer dispositivo que delimite as condições específicas do estatuto das companhias. É estabelecida a forma de constituição das sociedades fechada e aberta, mas não há referência expressa dos elementos constitutivos do estatuto, ou contrato de constituição. Assim, considerando que o CCB regula essa matéria, sendo omissa a lei especial, aplica-se à sociedade anônima, nesse particular, a regra do CCB. E a regra do CCB, como já esclarecido quando se tratou da sociedade limitada, é da permissão de adoção de propósito específico para a sociedade.

Desta forma, analisando-se a questão pelo enfoque da LSA, ou adotando o foco do CCB, em qualquer hipótese será possível constituir uma sociedade anônima com propósito específico.<sup>541</sup>

---

<sup>541</sup>A CVM (Comissão de Valores Mobiliários) reconhece expressamente essa possibilidade, mediante a Instrução CVM n.º 408, de 18/08/2004. Nela, além de admitir a existência da SPE, em seu âmbito mais largo, ou seja, como entidade de propósito específico, prevê a influência que tais entidades podem ter em sociedades abertas, em decorrência de controle societário ou econômico. Assim, não se prendendo às formas tradicionais de exercício de controle, a CVM foi buscar métodos modernos para regular a matéria, definindo que há controle, desde que, direta ou indiretamente: *(I) a companhia aberta tenha o poder de decisão ou os direitos suficientes à obtenção da maioria dos benefícios das atividades da EPE, podendo, em consequência, estar expostas aos riscos decorrentes dessas atividades; ou (II) a companhia aberta esteja exposta à maioria dos riscos relacionados à propriedade da EPE ou de seus ativos*. Explicando, exemplificativamente, essas formas de controle econômico, nas quais, eventualmente, a companhia nem faça parte da SPE ou da EPE, Walter Douglas Stuber assim se pronuncia: "O patrocinador ou a entidade em cujo benefício foi criada a EPE pode transferir ativos à EPE, obter o direito de executar serviços ou de usar os ativos possuídos pela EPE, enquanto outras partes (fornecedores de capital) podem prover os recursos para financiamento da EPE, cobrando por esses recursos uma remuneração, que pode ser uma espécie de aluguel, tarifa ou mesmo uma participação nos resultados. Assim, uma companhia que mantém transações com a EPE, normalmente o instituidor ou patrocinador, pode substancialmente controlar a EPE. A participação nos benefícios gerador por uma EPE pode assumir várias formas: instrumento de dívida, instrumento patrimonial, direito de participação, participação residual ou arrendamento." (STUBER, op. cit., p.1-2).

O reconhecimento legal dessa possibilidade veio mediante a Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que, em seu artigo 9.º, admitiu expressamente a sociedade anônima aberta, como forma societária apta a desenvolver projeto de "parceria público-privada". A partir desse momento, portanto, se a possibilidade era meramente doutrinária, passou a ser decorrente de lei.

Admitida a plausibilidade de companhias com propósito específico, passa-se à análise de algumas questões próprias desse tipo societário, que possam ter alguma relação com a adoção dessa forma de objeto social.

#### 3.4.4.1 A emissão de partes beneficiárias

Conforme definição legal, partes beneficiárias são títulos negociáveis, sem valor nominal e estranhos ao capital social, de emissão das companhias fechadas (arts.46 e 47, parág. único).

Tais títulos conferirão ao seu titular direito de crédito eventual contra a companhia emitente, baseado em seus lucros, não podendo ultrapassar a 0,1 (um décimo) deles.

Considerando que esses títulos, apesar de poderem ser alienados, são, geralmente, entregues graciosamente a prestadores de serviços à companhia, têm sofrido críticas, de tal sorte que há na doutrina quem defenda a extinção de sua existência, como noticiam Requião e Gonçalves Neto.<sup>542</sup> Possivelmente com base nessas críticas, nossos legisladores, em 2001, através da Lei n.º 10.303, proibiram a sua emissão por companhias abertas.

Por outro lado, nos termos do artigo 48, esses valores mobiliários terão, sempre, prazo de duração fixado no ato de sua emissão. Essa é a questão que nos interessa sobremaneira no momento. Visto que a sociedade anônima pode ser

---

<sup>542</sup>Gonçalves Neto (**Lições de direito societário II**, op. cit., n.53); Requião (**Curso de direito comercial**, v.2, op. cit., n.341).



criada com objeto específico e que pode emitir partes beneficiárias, que são estranhas ao capital social, há necessidade, em caso de conjugação dessas duas hipóteses, de compatibilizá-las. Isto porque, se a companhia tem um determinado objeto, com aspecto temporal inferior ao prazo de duração das partes beneficiárias, certamente haverá impossibilidade de cumprimento do objeto deste título. Sim, já que as partes beneficiárias conferem direito de crédito com base em lucros, após a extinção do objeto da companhia, esta não produzirá lucros e, conseqüentemente, aqueles títulos ficarão sem objeto.

Pode ocorrer, no entanto, que não seja o aspecto temporal o preponderante no objeto da SPE. Nestes casos, a cautela recomenda que a emissora considere os fatos que revelam a especificidade do objeto para elaborar o plano de emissão dos valores mobiliários. Naturalmente, para que estes não sejam vazios, deverá haver uma harmonização de elementos, de tal sorte que as partes beneficiárias tenham vencimento antes da conclusão do objeto da companhia.

#### 3.4.4.2 A emissão de debêntures

Cercados de maior importância prática que as partes beneficiárias, mas também na categoria de valores mobiliários, são as debêntures. Podem ser definidas como parte de um contrato de mútuo, tendo como mutuária a sociedade emissora e como mutuantes os debenturistas.

Ao contrário do que ocorre com as partes beneficiárias, as debêntures conferem aos seus titulares direito de crédito efetivo contra a companhia, com base nas condições constantes da escritura de emissão e, se houver, do certificado (art. 52).

Como empréstimo que é, tem sido expressivamente usado como forma de captação de recursos em sociedades e, especialmente no mercado imobiliário, como medida auxiliar na incorporação. Neste setor, em conjunto com a SPE, tornou-se de grande importância para efetivação de empreendimentos.

Trata-se da criação de sociedades de propósito específico para incorporar determinado empreendimento, tendo, de um lado, a incorporadora, de outro, a construtora e, em outra posição, os investidores. A SPE, formada pela incorporadora e pela construtora, lança o empreendimento. Ao mesmo tempo, para capitalizar-se, vai ao mercado buscar recursos mediante a emissão de debêntures. Como garantia das debêntures, oferece aos mutuantes os valores a receber dos clientes adquirentes das unidades do empreendimento. Assim, com o mútuo constrói o empreendimento. Com seu resultado positivo, paga os debenturistas. O remanescente, pagas as demais despesas, é o resultado da atividade.

Sendo assim, como no caso das partes beneficiárias, há que haver uma harmonização entre o prazo de duração do propósito específico e o prazo de emissão e condição de vencimento das debêntures. E neste caso com um agravante: enquanto as partes beneficiárias podem ser concedidas a título gratuito e fornecem direito de crédito eventual aos seus titulares, as debêntures são decorrentes de contrato de mútuo, e o direito de crédito dos debenturistas é efetivo. Com isto quer-se dizer que seu conteúdo não pode ser esvaziado.

O legislador, em que pese a inexistência de experiência prévia acerca de sociedades com propósito específico, deu condições práticas para que se tornassem compatíveis essas questões. Ao estabelecer a competência da assembléia-geral, para deliberar sobre a criação de debêntures, previu que esta deveria dispor acerca da *época* e *condições* de vencimento do título (art. 59, VI, LSA). Ratificando esse entendimento, considerou que os certificados devem conter *prazo de duração* e *objeto da companhia* (art. 64, I, LSA), bem como as *condições* e *época* do vencimento das debêntures (art. 64, III).

Com essa forma de expor, propiciou ao conclave que defina, considerando o objeto da companhia, a forma de vencimento do mútuo tomado junto aos debenturistas. Não haverá incompatibilidade, portanto, se a assembléia fixar, como vencimento das debêntures, um marco que não seja temporal. O que se faz necessário é que haja

um determinado vencimento<sup>543</sup>. Ou seja, elas não podem ser eternas, ou sem prazo, já que a lei determina que na emissão sejam fixadas condições e época de vencimento.

Assim, indiscutivelmente é possível emitir debêntures em SPE, bem como é compatível com essa espécie de valor mobiliário a fixação de vencimento que não seja em data certa.

#### 3.4.4.3 A dissolução por exaurimento do fim social

Conforme a análise elaborada nos itens relativos às sociedades simples e limitada, concluiu-se que a dissolução da sociedade por exaurimento do fim social deve ser classificada como de pleno direito, em contraposição à dissolução por decisão judicial.

Considerando que a LSA regulamenta a matéria, cabe verificar se o tratamento emprestado por esse diploma ao tema é similar, ou se há alguma nuance distintiva.

Nos termos do artigo 206, I, dissolve-se a companhia de pleno direito: *(a)* pelo término do prazo de duração; *(b)* nos casos previstos no estatuto. Não há discordância na doutrina que esses casos são, efetivamente, de dissolução de pleno direito<sup>544</sup>, dispensando qualquer decisão judicial para que venha a ocorrer. Mais, há concordância ainda que, antes de decorrido o prazo de duração, podem os sócios, em reunião assemblear, prorrogar o prazo da sociedade ou transformá-la por prazo indeterminado.

Essa questão do prazo guarda relação com o que foi dito acerca da inalterabilidade do objeto da sociedade de propósito específico, ou seja, se a prorrogação do prazo for no sentido de conseguir obter o resultado esperado do fim

---

<sup>543</sup>Esse vencimento pode se dar, não para pagamento, mas para substituição por ações. Mas, no caso, como está a se tratar de SPE, acredita-se que seja mais coerente pensar em pagamento.

<sup>544</sup>Wilson do Souza Campos Batalha (op. cit., p.1.010); Fran Martins (v.3, p.6); Rubens Requião (**Curso de direito comercial**, v.2, op. cit., p.347); Alfredo de Assis Gonçalves Neto (**Lições de direito societário II**, op. cit., p.250).

estabelecido para a companhia, diríamos que é possível alterar o prazo de duração da sociedade. Só com esse objetivo é que se viabilizaria a prorrogação do prazo da sociedade de propósito específico. No entanto, a assembléia da SPE não tem poderes para transformá-la de prazo determinado em indeterminado, por violar os princípios estabelecidos no ato criador da sociedade. Essa alteração poderia transformar o objeto da companhia, o que é vedado para as SPE, como já se teve oportunidade de observar.

Por outro lado, tem igual importância para este estudo, a norma estabelecida na alínea (b), que trata de outras causas de dissolução previstas no estatuto. Decorre esse interesse, da possibilidade de o propósito específico da companhia estar arrimado em outro aspecto, que não o temporal. Nessas situações, a dissolução da companhia vai se dar pelo cumprimento do seu objeto, o qual estará definido no estatuto. Também nesses casos o tratamento será de dissolução de pleno direito.

Destarte, as duas hipóteses legais, elencadas no artigo 206 da LSA, permitem dizer que a dissolução da sociedade anônima de propósito específico, por cumprimento de seu objeto, dar-se-á de pleno direito. Assim, em qualquer dos casos, não será necessário buscar o Poder Judiciário para a dissolução da sociedade.

#### 3.4.4.4 O conselho fiscal e o propósito específico

Dentro das funções estabelecidas aos órgãos da companhia, cabe àqueles incumbidos da sua administração cumprir o estatuto "*para lograr os fins*" (art. 154) da mesma. Sendo assim, cabe à diretoria e, quando houver, ao conselho de administração, cumprir o estatuto para o efeito de fazer a companhia atingir o seu escopo imediato (empresa) e, de conseqüência, o seu fim mediato (lucro).

A persecução desses objetivos pode ser desviada no decorrer da vida societária, devendo os rumos ser corrigidos. É função do conselho fiscal, quando em funcionamento, verificar o cumprimento dos deveres legais dos administradores e

denunciar eventuais desvios ou disfunções (art. 163). Quando os problemas ocorrerem no âmbito da diretoria, a denúncia deverá ser feita ao conselho de administração, se existente. Se inexistente esse conselho, ou se a ocorrência tiver com ele ligação, poderão as denúncias ser efetivadas perante a assembléia-geral.

Essa função de fiscalização é exclusiva do conselho fiscal (art. 163, 7.º) e seus membros responderão por omissão no cumprimento de seus deveres. Sendo assim, em caso de a SPE desviar-se do seu rumo, em companhias cujo conselho fiscal esteja em funcionamento, estes poderão ser responsabilizados por sua omissão, já que é sua função verificar se os administradores estão conduzindo-na para atingir o seu propósito.

Estando fora de dúvidas que a sociedade anônima pode explorar um propósito específico, passa-se ao próximo, a fim de examinar os demais tipos societários regulados no direito brasileiro.

### 3.4.5 Demais Tipos Societários Empresariais

O Departamento Nacional de Registro do Comércio, órgão do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, faz publicar estatísticas acerca do que chama "constituição de empresas por tipo jurídico no Brasil". Nessas estatísticas, que trazem o perfil desde 1985, é curioso observar a tendência das pessoas, ao optar pelo tipo jurídico da exploração da atividade empresária. Os números apresentados revelam que há um equilíbrio na escolha pela exploração da atividade por meio de firmas individuais e sociedades limitadas, as quais figuram na sua preferência. Depois delas também equilibradas estão as sociedades anônimas e as cooperativas. Os demais tipos societários, em face de sua insignificância, figuram em bloco, não sendo revelado o número de opções individualizadamente. Segundo esses dados, desde 1985 foram registradas 8.815.890 empresas no Brasil, sendo 4.569.288

firmas individuais, 4.300.257 sociedades limitadas, 20.080 sociedades anônimas, 21.731 sociedades cooperativas e 4.534 outros tipos societários.<sup>545</sup>

Em face dessas grandezas, não parece adequado analisar individualmente cada um dos demais tipos jurídicos regulados no CCB, eis que sua importância prática é diminuta. Acresça-se a isto o fato de em todos eles haver sócios com responsabilidade ilimitada pelos débitos sociais. Como já houve oportunidade de expor, não seria crível que a constituição de uma SPE para recuperação de empresas recaísse em um tipo societário com essas características, pois a sociedade já teria os riscos do próprio crédito. Assim, com mais esse ingrediente, a importância dessas sociedades neste trabalho se reduz mais ainda.

Registre-se, no entanto, que nada há, na legislação, que impeça que se explore, por via de uma dessas formas societárias, um determinado propósito específico. Assim, considerando que o regime a elas aplicado é o da liberdade, pois é "*assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica*" (art. 170, CF 1988), podem os sócios estabelecer, no contrato, determinado objeto social que contenha especificidade tal, a qual possa ser classificada como propósito específico.

Com esta análise, encerra-se o percurso previsto para este capítulo, tendo sido abordada a sociedade de propósito específico, mas não só. Verificaram-se, também, as demais formas de exploração de um determinado escopo, para além das formas societárias e, quando a atividade é desenvolvida por sociedade, analisaram-se alguns tipos societários e características importantes para o desenrolar deste trabalho.

Em síntese, chegou-se à conclusão que existem alguns critérios para se definir o propósito da atividade a ser explorada, de tal forma que possa ela ser designada de *específica*. Foram usadas, nesse sentido, a funcionalidade, a temporalidade, a espacialidade e a subjetividade para promover essa apuração, concluindo, no entanto, que tais critérios são meramente exemplificativos.

---

<sup>545</sup>Conforme informação divulgada no endereço eletrônico <<http://www.dnrc.gov.br/>>, em 18 mar. 2006.

Por outro lado, concluiu-se, igualmente e, neste caso, com amparo na doutrina que analisa o objeto das *fundações*, que, estabelecido um propósito específico para um determinado ente, ele passa a ser imutável. Essa assertiva não está lastreada em aspectos formais, mas materiais. Reconhece-se que, havendo interesse das partes em promover a alteração do objeto de uma SPE, provavelmente o órgão encarregado dos registros da sociedade venha a promover a modificação, se estiverem presentes os requisitos de forma do ato. Ocorre que, a partir dessa modificação, essa sociedade não será mais a mesma, materialmente falando. Terá ela sofrido modificação substancial em seu ato constitutivo, de tal sorte que não pode ser reconhecida como aquela que originalmente foi concebida.

Assim, feitas tais constatações, passa-se ao próximo e derradeiro capítulo, no qual tem-se por objetivo unir os dois temas centrais desta tese: SPE e recuperação de empresas.

## CAPÍTULO 4

### SPE E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Na introdução deste trabalho, foi alertado que este capítulo seria destinado à verificação da estrutura adequada para recepção da função estabelecida pelo legislador, no inciso XVI, do artigo 50, da LRE. De fato, tendo baseado o trabalho sobre esses dois pilares<sup>546</sup>, é chegado o momento de promover o seu cruzamento. E o seu objeto, realmente, tem essa conexão entre (1) função<sup>547</sup> e (2) estrutura, eis que o legislador adverte que *constituem meios de (1) recuperação a constituição de (2) sociedade de propósito específico para adjudicar os ativos do devedor*.

Quanto à estrutura, trabalha-se com duas possibilidades: a primeira, determinada no dispositivo legal, criada pelos credores para o fim de receber os ativos do devedor; a segunda, a criação de sociedade pelo próprio devedor, de sorte a transferir a *empresa* para a nova sociedade, na qual passará a gerir seus negócios e, com uma nova perspectiva de atuação, superar a crise. Este foi o caminho seguido pelas Lojas Arapuã, já referido neste trabalho e exemplo ao qual vai

---

<sup>546</sup>De um lado está a estrutura, assentada sobre o ente que tem capacidade de desenvolver a empresa, ou seja, a atividade estabelecida como de propósito específico. Este seria o primeiro pilar do trabalho, ao qual dedicamos diversos itens. De outro, está a função. A respeito dela, fala-se na ideologia apresentada pelo legislador (LRE) ao delimitar os contornos da Lei. Também sobre essa ideologia traçamos diversas linhas no presente trabalho, podendo se caracterizar como o segundo pilar de sustentação.

<sup>547</sup>Sobre a *função*, que pode ser designada de forma indireta como o *interesse* que a manutenção e a recuperação de empresas podem estabelecer na política econômica e social do Estado, ver estudo de Comparato e Salomão Filho (op. cit., n.85). Nesses comentários, os professores da USP acentuam que, considerando que as grandes empresas tendem a se inserir no plano nacional de desenvolvimento, passam a ser agentes da realização dessa política. Nessa condição, há crescente estabelecimento de inter-relação entre os interesses públicos e privados. Como forma de demonstração de interesse público na empresa, lembram a reforma do direito falimentar francês, baseado na distinção entre empresário e empresa, procurando separar os remédios jurídicos adequados ao processamento da insolvabilidade da empresa. Ora, a LRE atuou, justamente, neste sentido. Reconheceu a importância da empresa no contexto sociopolítico nacional e criou mecanismos para sua recuperação. Assim, quando se fala de função estamos tratando dessa primeira questão, do interesse que o Estado tem na recuperação da atividade privada e, quando se cogita da estrutura, verifica-se quais os mecanismos colocados à disposição para se promover essa função.



ser dedicado aporte mais adiante. Esta opção, tem sido amplamente utilizada na prática hodierna.

Definido o universo temático a investigar, passa-se à sua análise.

#### 4.1 A FUNÇÃO

Obedecendo ao método utilizado neste trabalho, importa, antes de aprofundar o estudo sobre as estruturas, analisar qual a perspectiva da função, na qual elas estarão inseridas, em que pese o tema já ter sido objeto de estudo mais acurado no Capítulo 2.

O sentido a ser destacado, neste tópico, diz respeito à interpretação a ser outorgada no ato de avaliação dos modos ou dos planos de recuperação de empresas.

Importa destacar, portanto, os **fundamentos** do capítulo III da LRE, especialmente aqueles estabelecidos no artigo 50, para que, nessas análises, obedeça-se a procedimento sistêmico.

A recuperação de empresas, como já salientado no Capítulo 2, tem objetivo de **saneamento da atividade econômica**, por meio de mecanismos aptos para tal mister e, como ensina Sztajn, aplicando-se

medidas alternativas que, ao invés de simplesmente conceder prazo para liquidar os créditos quirografários, sem levar em conta a real situação da sociedade, sua viabilidade econômica, antes de aprovar mecanismos que permitam a continuidade da atividade, é preciso saber se há razões suficientes para não determinar sua extinção... mas ao revés, seja aprovada a reorganização da atividade.<sup>548</sup>

Ao utilizar o adjetivo *alternativas*, referindo-se ao substantivo *medidas*, a professora de São Paulo não indica quais os padrões de sua referibilidade, o que faz com que o intérprete tenha que se colocar perante o tema, de certa forma, com ideologia. Isto porque, como dizem Boaventura de Sousa Santos e César Rodríguez,

---

<sup>548</sup>SZTAJN, In: SOUZA JR. e PITOMBO, op. cit., p.218.

"qualificar algo como alternativo implica, desde logo, ceder terreno àquilo que se pretende opor, o que assim, reafirma o seu carácter hegemônico".<sup>549</sup>

Portanto, quando se venha a estabelecer o *plano de recuperação*, certamente haverá a impregnação dessa ideologia do intérprete, adotando medidas que considerem suas preferências e seus valores, sem se descurar do objetivo central, qual seja, reestruturação do ente produtivo.

Com essa ideologia, poder-se-ia imaginar – considerando que uma das grandes bandeiras que foi levantada durante o processo de aprovação legislativa tinha por foco o direito dos trabalhadores – a reestruturação por meio de negociação com essa classe de credores, de modo que fosse criada por eles uma cooperativa para viabilizar a empresa. Tal *alternativa*, que foi adotada em alguns processos de insolvência, não parece adequada à função de recuperação de empresas.

Aníbal Quijano, estudando os *sistemas alternativos de produção*, conclui que a diferença entre a gestão das sociedades capitalistas e as cooperativas está no fato de que nestas "a distribuição de produtos, bens, serviços e benefícios de mercado é feita, ou deve ser feita, de acordo com os trabalhadores e para os fins por eles decididos, além de, evidentemente, dever ser feita, em favor dos mesmos".<sup>550</sup>

Essa lógica, conforme exposta, leva, não para a recuperação da empresa, mas para o interesse egoístico de uma classe de credores, o que não se coaduna com os princípios da LRE. E, tanto isto é verdade que o referido estudioso esclarece que as cooperativas de trabalhadores, que são, para essa aplicação, eminentemente experiências brasileira e indiana, organizam-se sobre a base de empresas em falência<sup>551</sup>,

---

<sup>549</sup>SANTOS e RODRIGUEZ, op. cit., p.27.

<sup>550</sup>QUIJANO, Aníbal. Sistemas alternativos de produção? In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Produzir para viver**: os caminhos da produção não capitalista. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p.474-512. p.490.

<sup>551</sup>Em regra, o que se busca recuperar, nesses casos, são exclusivamente os postos de trabalho e não a atividade econômica. Inexiste qualquer preocupação com o "todo", mas somente com a "parte".

têm origem em apoio político e institucional e recebem fluxo de capital do Estado, da Igreja ou de alguma organização não-governamental. E quando esse apoio cessa ou diminui, sobrevêm grandes dificuldades financeiras, ou até mesmo, o seu desaparecimento, considerando que elas utilizam tecnologia atrasada, não conseguindo manter qualquer atividade adequadamente rentável.<sup>552</sup>

Portanto, há que se promover temperamento dos interesses, e essa é a marca da LRE, para que todos possam ser atendidos, de forma que a empresa, na condição de atividade produtiva, possa continuar inserida no mercado e esteja reproduzindo o modo de produção capitalista, o que, aliás, atende ao interesse do legislador.

Verifique-se que o legislador fez questão de destacar todos os interesses envolvidos na recuperação, ao dispor, no artigo 47 da LRE, que o seu objetivo seria a superação da crise do devedor, permitindo a manutenção da fonte produtora de emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo a preservação da empresa, da sua função social e da atividade econômica.

Podem-se, então, captar desse dispositivo os fundamentos que se buscam, para poder emprestar uma linguagem sistêmica ao capítulo legal abordado. Em outras palavras, está nele inserida a síntese da **função** do processo de recuperação de empresas.

Interessante notar que, ao contrário do que ocorria ao tempo da concordata, quando o interesse a ser preservado era o do devedor, presentemente esse foi o interesse menos dotado na tutela do legislador. No já referido artigo, em que pese tratar-se da superação da situação de crise do devedor, isto só se faz com o objetivo de permitir a manutenção da empresa, ou seja, o devedor é meio, para se atingir o fim, que é a empresa. A separação dos conceitos de empresa e empresário, que teve início com a doutrina, atingindo seu auge, no direito privado brasileiro, quando da promulgação do CCB, foi completamente absorvida nesse capítulo da LRE.

---

<sup>552</sup>QUIJANO, op. cit., p.493.

A fonte produtora de empregos e dos interesses dos credores, aquela que estimula a atividade econômica e promove a função social, dentro do que ideologicamente possa se entender por tal conceito, não é o devedor, mas sim a empresa. É ela, como atividade econômica organizada, que pode atingir esses objetivos da lei e garantir que a **função** seja cumprida.

Portanto, ainda que se possam criar mecanismos que estabeleçam propensão em favor de determinados interesses, em razão da ideologia empregada pelo intérprete legal, esses mecanismos só poderão afetar os meios, ou seja, os procedimentos, e não os fins, quer dizer, a própria função da Lei, que conduz para a **preservação da empresa**.

Daí porque, quando se trata das estruturas, como será feito nos itens seguintes, há certa liberdade no agir, considerando que elas estão no âmbito dos procedimentos e não das finalidades. No que diz respeito à função, há inflexibilidade, de modo que deve ser perseguida a manutenção do ente produtivo e não o interesse dos eventuais envolvidos no processo.

Tendo como premissa tal fator, passa-se ao estudo das estruturas, que será dividido em duas partes, como já alertado anteriormente.

#### 4.2 A SPE CONSTITUÍDA PELOS CREDORES

O pressuposto do qual se inicia, neste tópico, é o de que os credores de um determinado devedor comum, aceitando proposta por este elaborada, a qual esteja dentro dos parâmetros estabelecidos na LRE, resolvem constituir uma sociedade, para receber os seus ativos, como forma de pagamento do seu passivo.

Têm-se, nessas condições, duas questões, de certa forma, individualizadas: (a) uma delas é a constituição da sociedade; (b) a outra é o pagamento de uma dívida existente, por meio da adjudicação dos ativos. A sua ligação está, tão-somente, na forma que uma vai emprestar à outra, já que, conforme consta do CCB (arts. 304, 334, 360), constituição de sociedade, para adjudicação de ativos

(arts. 714 e 715, CPC), não é pagamento, nem se trata de modelo de extinção das obrigações.

Há, ainda, a considerar, que os ativos serão transmitidos à sociedade e não ao sócio, o qual passa a ter, em relação a ela, direitos patrimoniais.

Portanto, para esta primeira hipótese (sociedade constituída pelos credores), é realmente importante investigar a estrutura societária utilizada e a natureza do negócio jurídico realizado pelos credores. É o que se fará a seguir.

#### 4.2.1 A Forma Societária a ser Utilizada

No capítulo 2, concluiu-se que o sistema do direito societário brasileiro é de tipicidade fechada, quando se trata de sociedades empresariais, podendo ser criadas outras formas, que não aquelas expressamente mencionadas em lei, quando se optar por atividades não empresariais. Com base nesse pressuposto, analisaram-se aquelas previstas na legislação, classificando-as e enaltecendo suas principais características.

Concluiu-se, por outro lado, no capítulo 3, que podem explorar atividades de propósito específico sociedades empresariais e não empresariais, estando, tão-somente, afastadas dessa hipótese as cooperativas.

Unindo as informações desses dois capítulos, impende verificar qual a forma societária a ser utilizada pelos credores para adjudicar os ativos do devedor.<sup>553</sup> Tais formas podem ser estabelecidas tendo como referente dois critérios fundamentais: **(a) a diferença de classificação entre os credores;** **(b) o objeto social a ser perseguido** pela sociedade. Outros critérios poderiam ser utilizados, entretanto estes parecem ser mais relevantes do ponto de vista dos interesses a serem protegidos.

---

<sup>553</sup>Esclarece-se que não serão abordadas as possibilidades de solução por meio de entidades de propósito específico, criadas a partir de formas não societárias, pois estas não são objeto de nossa tese.

#### 4.3.2 Explicações Necessárias

Como ponto de partida para avaliar o melhor tipo societário a ser utilizado pelos credores na recepção dos ativos do devedor comum, optou-se por analisar a situação da conciliação de seus interesses, diante de sua diferente classificação. Poderia ser oposto, no entanto, contra essa opção, que, tratando-se do regime de recuperação de empresas, essa questão seria despicienda, considerando-se que a classificação dos créditos é norma específica do regime falimentar, nos termos do artigo 83 da LRE.

Parece, no entanto, que seriam inconciliáveis os interesses dos diversos credores, não se lhes apresentando um plano que outorgue **tratamento isonômico**, ou seja, tratando os iguais com igualdade e os desiguais na medida de suas diferenças.

Tal assertiva decorre da opção do legislador brasileiro<sup>554</sup>, o qual, mesmo para a recuperação de empresas, manteve diferença classificatória entre alguns credores, como pode ser desvelado nos artigos 26, 41, 52, parág. 1.º, II, e 54, todos da LRE.

Quanto ao artigo 41, em decorrência da política legislativa, há previsão da divisão dos credores em três classes, conforme equalização de seus interesses: *(i) titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; (ii) titulares de créditos com garantia real; (iii) titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.*

Comentando esse dispositivo legal, Fábio Ulhoa Coelho esclarece que a divisão da assembléia-geral em classes tem como objetivo impedir distorções na formação da vontade, pois os diferentes interesses nem sempre são conciliáveis entre si.<sup>555</sup> É certo. Ajustadas as vontades de acordo com os interesses mais próximos,

---

<sup>554</sup>Diferente daquela adotada pelo legislador germânico, que resolveu abstrair qualquer forma de privilégio ou preferência, mantendo todos os credores em uma única escala de classificação.

<sup>555</sup>COELHO, **Comentários...**, op. cit., p.106.

certamente é mais eficaz a deliberação. E, considerando que a AG tem competência para deliberar sobre o plano, de forma conjunta, mas também analisando os interesses de cada classe, como bem demonstra o artigo 45, certamente a classificação dos créditos é matéria relevante para o assunto recuperação e não só falência.

Outro dispositivo, que deixa clara essa necessidade de se tratar dos interesses distintos, é o artigo 54. Verifica-se nele expressa disposição de outorgar tratamento desigual aos créditos derivados da legislação do trabalho ou de acidente do trabalho, se considerados em comparação com os demais existentes na listagem do devedor.

Sobre o dispositivo, Rachel Sztajn estabelece raciocínio de ordem econômica, para dizer que o motivo do benefício outorgado aos trabalhadores ou aos acidentados é decorrente, não de sua hipossuficiência, mas de sua **vulnerabilidade**, em face da assimetria de informações de que são portadores tais classes de credores.<sup>556</sup>

Sob essa mesma ótica, podem ser enxergados os créditos decorrentes de pequenos fornecedores ou prestadores de serviços, em regra quirografários, que não podem ser comparados aos créditos das instituições financeiras, em termos de simetria de informações. Como sabido, apenas a título de exemplo, o Sisbacen lhes distribui relatórios periódicos acerca do comprometimento econômico-financeiro dos atores do cenário econômico. Ora, como poderiam com elas competir os fornecedores, sem essa informação privilegiada? Por outro lado, as instituições financeiras têm alicerçados seus créditos em garantias reais, ou, por força da espécie de contratos firmados, conseguem se *imunizar* ao instituto da recuperação de empresas, por meio de créditos extra-concursais. Assim, esses credores são, também por força de política legislativa, tratados de forma distinta daqueles outros. Ocorre que, neste caso, por serem mais organizados e em menor número, apesar de sua melhor e maior condição de informações, têm tratamento mais benéfico na lei. De qualquer

---

<sup>556</sup>SZTAJN, In: SOUZA JR. e PITOMBO, op. cit., p.267.

sorte, o princípio da isonomia, ao menos parcialmente, está atendido, tratando os iguais de igual forma e os diferentes na medida de suas desigualdades.

Demonstrada a distinção de tratamento no momento anterior à formação da sociedade, é importante que essa mesma condição permaneça no seu âmbito de atuação. Não se imagina que, apenas pelo fato de ter surgido o ente que passa a gerir o interesse de todos os credores, que estes tenham adquirido equilíbrio em suas relações, de modo a poder outorgar a eles tratamento indistinto, sem considerar suas peculiaridades e características particulares. Não será porque o quirografário aderiu ao pacto societário que ele passa a ter o mesmo interesse socialmente relevante do trabalhista. As condições de desigualdade permanecem, apesar da outorga da personalidade jurídica. E se permanecem, há necessidade de criação de mecanismos eficientes para que os interesses relevantes sejam protegidos.

O que modificará, naturalmente, é o que se entenda por interesse relevante e a sua forma de proteção. Enquanto as classes de credores estão bem definidas na hipótese legal, para as reestruturações isto vai demandar a análise do *plano* apresentado e aprovado. Ou seja, neste setor vai se aplicar a ideologia, para concluir-se como as classes de credores serão divididas dentro do ente a ser constituído.

Em decorrência dos fatores expostos, entende-se como mais afinada a abordagem proposta de verificar o tipo societário mais adequado, para fins de harmonizar os interesses dos credores, ainda que, em concreto, o *plano* possa prever que todos os credores tenham tratamento igualitário.

Nesse mesmo sentido, cabe lembrar o que foi dito da natureza do **ato constitutivo das sociedades**, no que tange à teoria do **contrato-organização**. Na ocasião, foi mencionado que esse mecanismo auxiliaria às explicações a serem fornecidas no capítulo central desta tese. De fato, nas sociedades formadas por credores, para adjudicar os bens do devedor, certamente inexistirá o elemento *affectio societatis*. Provavelmente não haverá, entre os sócios, qualquer vínculo maior que o desejo de organizar uma sociedade para receberem seus créditos. Sendo assim, deve haver (no sentido de obrigatoriedade) algum vínculo maior que os interesses



individuais dos sócios que promova a sustentabilidade da sociedade.<sup>557</sup> Esse interesse maior é justamente a organização, como "*coordenação da influência (jurídica) recíproca entre atos*", tal como nos descreve o professor da USP.<sup>558</sup>

Estão presentes, nesse caso, os elementos necessários para que o contrato-organização tenha eficácia. A lei emprestando validade ao ato dos particulares, no sentido de criarem um ente jurídico apto a receber os ativos do devedor, não para satisfação pessoal e egoística de cada sócio, mas para a realização de um fim maior, que é o escopo da sociedade.

Com a adoção dessa teoria, explica-se o vínculo de sustentação do *status* societário, o que seria de difícil interpretação a partir de laços de outra natureza.<sup>559</sup>

Destarte, compreendido, por um lado, que há necessidade de, ao criar a sociedade, fazê-lo de forma a reconhecer as diferentes classificações dos credores<sup>560</sup>

---

<sup>557</sup>Com essa conclusão, desde já alinhavamos nosso posicionamento, de que independentemente do tipo societário escolhido, a sociedade será de capital, no que diz respeito à sua classificação quanto à estrutura econômica.

<sup>558</sup> SALOMÃO, **A sociedade**..., op. cit., p.58.

<sup>559</sup>A *liberdade* dos credores em constituir a sociedade está conectada com sua *liberdade* em sentido geral, apreendida de maneira eloqüente por Amartya Sen: "A liberdade de entrar em mercados pode ser, ela própria, uma contribuição importante para o desenvolvimento, independentemente do que o mecanismo de mercado possa fazer ou não para promover o crescimento econômico ou a industrialização." (**Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p.21). E para atingir essa *liberdade*, o economista indiano, e professor de Harvard e Oxford, esclarece que se devem estabelecer *processos*, os quais "*permitem a liberdade de ações e decisões como as oportunidades reais que as pessoas têm, dadas as suas circunstâncias pessoais e sociais*." Explica, ainda, que a *privação da liberdade* pode advir de processos inadequados, como violação do direito de voto, ou de oportunidades inadequadas, incluindo aquelas elementares (op. cit., p.31). Tais ensinamentos tem total conexão de sentido com a escolha que os credores possam fazer em face dos seus interesses na continuidade da empresa. E essa liberdade se inicia, não na constituição da sociedade, mas no momento em que há que se decidir acerca do plano de reorganização apresentado pelo devedor. Desde esse momento, reunidos conforme os interesses mais próximos, os credores deliberam sobre a manutenção da empresa e, aprovada, terão direito de debater acerca do ente societário a ser constituído, sob pena de se caracterizar a *privação de liberdade*, por decorrência da apresentação de oportunidades inadequadas.

<sup>560</sup>Rachel Sztajn concorda com esse raciocínio, como pode ser constatado de seu comentário acerca do inciso IX do artigo 50 da LRE (In: SOUZA JR. e PITOMBO, op. cit., p.242).

e, de outro, que os credores terão condições de *organizar* a sociedade desejada, pois entre as prerrogativas que lhes são concedidas estão as de opinar sobre o plano do devedor, cabe, então, contextualizar os tipos societários eficazes para a execução do plano de saneamento, na medida já delineada (adjudicação de ativos). É o que será estudado a seguir.

#### 4.2.3 Os Tipos Societários Eficientes para o Fim Proposto

Do que até agora foi dito, podem-se abreviar algumas conclusões para delinear os tipos societários eficientes para a execução do propósito específico (adjudicação de ativos do devedor). Está a se referir à multiplicidade de **direitos dos credores**.

A primeira pergunta, então, é qual(is) o(s) tipo(s) societários(s) permite(m) a conciliação de sócios com mais de uma classe de direitos. Fala-se, igualmente, de **complexidade de estrutura**, de tal sorte que na *organização* a ser dada pelos sócios, a sociedade possa ser adequada às diferentes classificações que eles possuam. Ou seja, que sociedade(s) pode(m) se moldar a uma estrutura organizacional complexa?

Porém, há mais. Esses elementos não são suficientes para apontar os tipos societários aptos a abrigar os interesses dos credores, para o objetivo já delineado. A **atividade** a ser desenvolvida pela sociedade, parece, faz em conjunto com os elementos anteriores, o elenco suficiente para que se possa estabelecer a escolha. A questão da atividade é de importância fundamental, tendo, inclusive, servido de parâmetro para o legislador de 2002 estabelecer o diferencial entre as sociedades empresárias e as simples. Este é, sem dúvidas, o marco sobre o qual vai se assentar a linha divisória fundamental para a escolha do tipo societário a ser adotado e, por isso, é sobre ele que, em primeiro lugar, fixaremos nossa convicção.

Entre nossas conclusões acerca do propósito específico, entendemos que ele é imutável. Constituída a sociedade, portanto, terá ela sempre aquela mesma razão de ser. Neste caso, o motivo de sua constituição foi a adjudicação dos bens do devedor. Ou seja, foi ela criada para receber, após a expropriação do devedor,

os seus bens. Este é, salvo que os sócios tenham estabelecido alguma atividade extraordinária<sup>561</sup>, seu escopo. Resolvido o escopo, a sociedade será dissolvida, perdendo sua razão de ser.

Se o propósito específico é imutável, a pergunta a fazer é: o objeto da sociedade é empresarial? Entendemos que não.

A sociedade criada com o propósito específico de adjudicar ativos não tem atividade operacional. Sua existência é efêmera e visa, tão-somente, dar guarida a interesses que não seriam conciliáveis de forma isolada. Sua operação se resumirá aos atos necessários para adjudicar os bens, harmonizar os interesses e promover sua liquidação. Não há qualquer *atividade econômica organizada para a produção de bens ou de serviços* (art. 966, CCB). Sendo assim, **não será empresarial**.

Entenda-se que a não adoção desse tipo de atividade não viola a *função* estabelecida no escopo legal. Parte-se do pressuposto que o legislador, ainda que não o tenha esclarecido, cria situação hipotética na qual os bens que são transferidos aos credores, são os que não são necessários à continuidade da empresa do devedor, como pensam Sztajn<sup>562</sup>, Ulhoa Coelho<sup>563</sup> e Lobo<sup>564</sup>. Sendo assim, este mantém atuante o seu estabelecimento empresarial, apesar da transferência de seus ativos, o que é plenamente possível, como tem se pronunciado a doutrina sobre o tema.<sup>565</sup> Nessa solução, há a manutenção da empresa, que permanece em

---

<sup>561</sup>Essa hipótese não parece adequada, eis que o inciso X, do mesmo artigo, trata da constituição de sociedade de credores. Neste caso, sim, poder-se-ia falar em diversificação de atividades ou de assunção das atividades do devedor.

<sup>562</sup>SZTAJN, In: SOUZA JR. e PITOMBO, op. cit., p.244 e 240.

<sup>563</sup>COELHO, **Comentários...**, op. cit., p.142.

<sup>564</sup>LOBO, In: ABRÃO e TOLEDO, op. cit., p.127.

<sup>565</sup>Ver, entre outros, Toledo (A disciplina..., op. cit., p.278-280); Carvalhosa (Do direito..., op. cit., p.631); e Requião (**Curso de direito comercial**, v.1, op. cit., p.270).

poder do devedor e dá-se o pagamento dos credores, mediante a entrega de ativos dispensáveis para o seu exercício.

Portanto, como não empresarial, em princípio, as formas que remanesceriam para serem adotadas pelos credores seriam de sociedade simples ou cooperativa. Todavia, esta não é a realidade.

Quanto à sociedade cooperativa, como já frisado no item 3.4.2, não é possível explorar, por meio desse tipo societário, um propósito específico.<sup>566</sup>

Quanto à sociedade simples (em espécie), não é ela o único móvel para se explorar uma atividade não empresarial. Nos termos do artigo 983 do CCB, a sociedade simples (em gênero) pode-se constituir por qualquer dos tipos regulados em lei, ou outro, sendo, como já ressaltado, de tipologia aberta.

Ocorre que, para nós, nesse caso, a tipologia aberta não nos é interessante, em face da insegurança jurídica que poderia causar, já que os sócios têm, entre si, um tênue vínculo de ligação. A proposta, então, é trabalhar com os tipos estabelecidos na legislação societária.

A pergunta que vem a seguir é se a sociedade anônima estaria excluída dessa possibilidade. É que o parágrafo único, do artigo 982, do CCB, estabelece que se considera sempre empresária essa sociedade. Consideramos que não. Essa sociedade é empresária, não em face da atividade exercida, mas em decorrência de opção legal. É a dita empresarialidade em razão da forma. Como diz Corrêa-Lima, não se deve repudiar a idéia da companhia sem fim lucrativo, pois a lei da sociedade anônima pode identificar a própria sociedade, ou o modelo de constituição de qualquer sociedade ou associação.<sup>567</sup> Por isso, entende-se que, mesmo que a atividade não seja empresária, a forma pode ser de sociedade anônima.

---

<sup>566</sup>Considerando que as explicações para essa conclusão já foram alinhadas nesse item, remete-se o leitor ao mesmo, por brevidade.

<sup>567</sup>CORRÊA-LIMA, op. cit., p.32.

Desse modo, tem-se como conclusão parcial que a *SPE constituída pelos credores será não empresarial, podendo adotar uma das formas personificadas do elenco do CCB, com exclusão da sociedade cooperativa.*

Indo avante, impende investigar as outras questões levantadas no presente tópico. O próximo elemento de análise diz respeito à disponibilidade de meios para o exercício dos diferentes direitos dos sócios. Neste ponto, certamente há uma grande redução de opções.

Não há dúvidas de que a sociedade anônima corresponderia perfeitamente a essa função. Considerando-se que a LSA dispõe acerca das espécies e classes das ações, distinguindo-as, justamente, em face dos direitos atribuídos aos acionistas, essa questão estaria resolvida. Mas também serviria à função a comandita por ações. Esta, no entanto, será descartada de pronto, considerando que a responsabilidade ilimitada dos administradores não se coaduna com o objetivo visado. Não seria crível que alguns credores, em benefício de todos, assumissem pessoalmente a responsabilidade pelas dívidas da sociedade, especialmente ante a inexistência de vínculo pessoal entre eles.

No entanto, acredita-se que também a sociedade limitada tem estrutura condizente com essa função. Como já mencionado, é possível a divisão das quotas em preferenciais ou ordinárias, tendo como fator de distinção os direitos<sup>568</sup> ou vantagens atribuídos aos sócios. Não há no CCB sistematização dos direitos, ou mesmo das vantagens. Há, portanto, lacuna legal que pode ser suprida pela LSA, com a divisão das quotas em espécies e classes. Para tanto, é necessário que o contrato social preveja a adoção da LSA como supletiva e regre pormenorizadamente a divisão em espécies e, em sendo o caso, em classes de quotas.<sup>569</sup>

---

<sup>568</sup>Sempre considerados os direitos indisponíveis inerentes à categoria de sócios de limitada, como o de voto.

<sup>569</sup>A possibilidade de a sociedade limitada ser revestida de estrutura mais complexa, inclusive com divisão de quotas em ordinárias e preferenciais e criação de conselho de administração, é expressamente admitida por Modesto Carvalhosa (Do direito..., op. cit., p.44).

Ainda que se entenda não ser possível a criação de espécies distintas de quotas, certamente a sua divisão em classes não seria recriminável. Nesse sentido, não há qualquer vedação legal ou de lógica<sup>570</sup> de sistema que aconselhe a não adoção dessa divisão. Portanto, seria possível utilizar a sociedade limitada (simples) como estrutura para a função desejada.

Quanto aos demais tipos societários, entendemos que nenhum deles teria condições de solucionar essas questões, seja pela falta de adequação da estrutura à função, seja pela responsabilidade ilimitada de, pelo menos, uma das categorias de sócios, seja porque, em sua estrutura econômica, não são classificados como sociedades de capital.

Finalmente, insta abordar a estrutura das sociedades. Teriam os dois tipos, que remanesceram após os expurgos realizados, condições de outorgar as ferramentas adequadas aos sócios, para que estes possam **organizar** sua atividade, com o menor risco possível? Não temos dúvidas que sim.

Quanto à estrutura da sociedade limitada, foi esclarecido no item 2.4.6.2 que aos sócios cabe a criação de estrutura mais complexa, aproximando-a daquela da sociedade anônima. Nesse sentido, reforçando tal entendimento, Gonçalves Neto afirma que a limitada pode ser estruturada com elementos de sociedades de pessoas

---

<sup>570</sup>Ressalte-se a questão de lógica do sistema, em face da contradição que poderia surgir, já que estaremos trabalhando com uma sociedade simples, no seu aspecto material, com opção expressa por um modelo que rege a sociedade empresarial por excelência (sociedade anônima), no seu aspecto formal. Entendemos que a este argumento poderiam ser contrapostos dois outros. De um lado, a opção por uma estrutura mais complexa não precisa compreender o sentido material da sociedade empresária. Exemplo disso é que o próprio Código permitiu ao particular utilizar-se, para a atividade não empresarial, de qualquer das formas das sociedades empresariais. De outro, poderia ser pensado na condição de estabelecer regramentos específicos e não generalizantes, para determinadas parcelas da estrutura de que necessitasse o particular. Assim, poderia optar-se, por exemplo, por reger as espécies e classes de ações, o estabelecimento de conselho de administração, como forma de resolver o problema, sem cogitar de um amplo esquema de subsidiariedade da LSA. Esses dois argumentos, em nosso pensar, são suficientes para neutralizar aquele de falta de lógica do sistema.

ou de capital, conforme o desejo dos sócios.<sup>571</sup> Do mesmo modo, Carvalhosa, destacando o seu hibridismo, explica que à *limitada* podem ser aplicadas supletivamente as regras da sociedade anônima.<sup>572</sup> Concluindo, Ulhoa Coelho diz que os sócios podem escolher entre dois tipos de sociedades limitadas: um voltado às sociedades de pessoas e outro às de capital.<sup>573</sup>

Relativamente às sociedades anônimas, não há dúvidas quanto à sua estrutura organizacional, como também já abordado no item 2.4.7.1 supra, considerando que a doutrina entende que a mesma se dá por meio de técnica organicista, que lhe empresta estabilidade, como bem ensinado por Garriguez.<sup>574</sup>

Sendo assim, *entendemos que os tipos societários eficientes para o exercício da atividade estabelecida no artigo 50, XVI, da LRE, são a **sociedade anônima** e a **sociedade simples, sob a forma de sociedade limitada**, com cláusula expressa de que as omissões da lei serão supridas pela LSA.*

Quanto à sua classificação, utilizando os mesmos critérios do item 2.3 supra, pode-se concluir que essas sociedades serão sociedades de capital; quanto à sua estrutura econômica, os sócios serão todos de responsabilidade limitada; e, em face de sua personificação, as sociedades terão autonomia patrimonial.

#### 4.2.4 Negócio Jurídico Indireto

Como referido no início deste capítulo, além da investigação dos tipos societários (estrutura) adequados para atingir a função estabelecida na Lei, também

---

<sup>571</sup>GONÇALVES NETO, **Lições de direito societário**, op. cit., p.191-192.

<sup>572</sup>Portanto, não remanescem as antigas dúvidas se a suplência da LSA é em relação ao contrato social ou ao C. Comercial, a qual gerava conflitos na doutrina (CARVALHOSA, Do direito..., op. cit., p.40).

<sup>573</sup>COELHO, **Comentários**..., op. cit., p.165-166. O autor não trata das possibilidades das sociedades limitadas simples e empresárias.

<sup>574</sup>GARRIGUES, op. cit., p.70.

seria estudada a natureza jurídica do negócio realizado pelos credores, visto que parte-se da criação de uma sociedade, para se receber um crédito, o que está, certamente, fora dos limites tipicamente delineados pelo legislador no CCB.

Em face da atipicidade do meio (sociedade) para se atingir o fim (recebimento dos créditos), quer parecer, ao se tratar da hipótese ventilada, estar se cogitando de **negócio jurídico indireto** ou de, simplesmente, **negócio indireto**.

O negócio indireto, segundo Tullio Ascarelli, ocorre "quando as partes recorrem, no caso concreto, a um negócio determinado para alcançar, consciente e consensualmente, por seu intermédio, finalidades diversas das que, em princípio lhe são típicas".<sup>575</sup>

Afirmando que, no negócio indireto, inexistente discrepância entre a vontade declarada e a real, Calixto Salomão, ensina que nele "o que as partes querem é exatamente o negócio declarado. A peculiaridade do negócio indireto está no fato de que as partes visam a alcançar um fim que não é típico no negócio adotado" e continua, "o fim prático visado é alcançado justamente por meio do negócio adotado e declarado".<sup>576</sup>

Sobre o mesmo tema, Alberto Auricchio encontra três sentidos apropriados. Em uma primeira noção, "*si ha negozio indiretto tutte le volte in cui il raggiungimento di un scopo si fa uso di una via obliqua, traversa.*" A segunda noção, mais limitada, "*nel negozio indiretto l'intesa delle parti si risolve nel predisporre nel mettere in opera una serie di atti che valgono a piegare il negozio alla realizzazione di uno scopo diverso da quello corrispondente alla causa*". Mas, segundo o referido professor, sua noção preferida é a que entende "*che nel negozio indiretto le parti realizzano uno scopo diverso da quello tipico mediante l'apposizione di clausole speciali*".<sup>577</sup>

---

<sup>575</sup>ASCARELLI, Tullio. O negócio indireto. In: \_\_\_\_\_. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva, 1969. p.94.

<sup>576</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. Sociedade simulada. In: \_\_\_\_\_. **O novo direito societário**. São Paulo: Malheiros, 1998. p.122.

<sup>577</sup>AURICCHIO, Alberto. Negozio Indiretto. In: **Novissimo Digesto Italiano**, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1965. v.11. p.221.



Diante desses conceitos pode-se entender que, para a caracterização do negócio indireto, devem-se preencher dois requisitos básicos: (a) a existência de uma declaração de vontade real, respeitante ao negócio jurídico que está sendo realizado pelas partes o qual elas efetivamente querem concluir; e (b) a ocorrência de um fim indireto, móvel das partes, mas que não é típico do negócio estabelecido.<sup>578</sup> Para tanto, as partes visam alcançar um fim que não é típico do negócio adotado, mas se sujeitam à disciplina jurídica desse negócio.<sup>579</sup> Pode-se dizer, ainda, não ser negócio indireto, (a) aquele cuja determinação do objeto indireto esteja fora do conteúdo do contrato, colocando-se na condição de simples motivo, ou (b) aquele que demande uma ulterior atividade para se chegar ao objetivo final.<sup>580</sup>

Há, na doutrina atual, divergências sobre a possibilidade de se estender a essa categoria a qualidade de autonomia dogmática, defendendo, aqueles que são contrários, a idéia de que a liberdade contratual outorgou amplas possibilidades à formação da autonomia privada. E essa autonomia faria com que o negócio indireto estivesse dentro da categoria "negócio jurídico", sem que o Direito lhe outorgasse uma categoria própria. Sendo assim, os particulares seriam livres para perseguir seus objetivos, por meio da escala teleológica que lhes fosse colocada à disposição, inexistindo forma preestabelecida de garantia dos acordos que entre si modelaram e concluíram.<sup>581</sup>

Contra-pondo-se a essa teoria, Orlando de Carvalho raciocina que o negócio indireto é *aproveitamento legítimo dos negócios tipificados*, conciliando-se perfeitamente

---

<sup>578</sup>Ver CARVALHO, Orlando de. Negócio jurídico indirecto. In: \_\_\_\_\_. **"Escritos – Páginas de Direito I"**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p.38.

<sup>579</sup>ASCARELLI, O negócio..., op. cit., 1969, p.105.

<sup>580</sup>Conforme Auricchio (op. cit., p.222).

<sup>581</sup>Conforme estudos desenvolvidos por Oertmann e Dominedò, citados por Orlando de Carvalho (op. cit., p.71).

em um ambiente de liberdade contratual<sup>582</sup>, a qual, ao invés de não o autorizar, reforça-o.<sup>583</sup> Concluindo o tema, o professor de Coimbra assim arremata:

Situado entre dois mundos que se penetram e se alheiam, o do 'conhecer' e o do 'proceder' jurídico, tem em si mesmo uma natureza dúplice que participa da tipicidade abstracta e é, pois, carecente de adaptação individualizadora para existir, e da realidade concreta da vida, carecendo de um especial esforço de análise para ser pensado. Contudo é uma figura lógica e harmoniosa, sabe manter-se nos justos limites da transigência recíproca da teoria e da prática, e, por isso mesmo, nem é uma 'deformação' do tipo legal nem uma 'construção' fictícia do suposto existente.<sup>584</sup>

Em face dessa delimitação própria, os autores que trabalham com essa categoria, em regra, a extremam de outras que possam lhe ser próximas, como a simulação, o negócio fiduciário, o negócio abstrato e a fraude. Em especial, considerando que o elemento principal deste trabalho é a SPE, vai se centrar na questão da simulação, investigando se, na criação do ente, pode existir esse vício.

Para o direito brasileiro haverá **simulação** quando os negócios jurídicos: *(a) aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; ou (b) contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; ou (c) os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados* (art. 167, CCB).

Pode-se dizer, ante o elenco legal, que o vício da simulação é da espécie que afeta a declaração da vontade. Há discrepância entre a vontade real e a declarada. Em todas as hipóteses legais, não se percebe uma identidade entre o "querer" e o "declarar". Não há vício de vontade, mas de sua declaração.

Sob esse aspecto, há total distância entre a simulação e o negócio indireto. Neste, a vontade é real e a sua manifestação também. As partes realmente desejaram

---

<sup>582</sup>Concordando com essa característica, de que a autonomia privada lhe outorga autonomia dogmática, pode-se consultar Alberto Auricchio, para quem o negócio indireto é típica manifestação da autonomia privada e pode se explicar, entre outras formas, pela liberdade de determinação do conteúdo dos contratos (op. cit., p.221).

<sup>583</sup>CARVALHO, op. cit., p.81-82.

<sup>584</sup>CARVALHO, op. cit., p.88.

realizar o objeto direto de sua negociação e o realizaram. Elas também objetivaram atingir o fim indireto do negócio, e este também foi alcançado, com a tão-só realização do negócio indireto.

O reconhecimento jurisprudencial do negócio jurídico indireto pode ser constatado no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

- **Compra e venda de ações, com pacto de retrovenda. Negócio jurídico indireto. Direito de resgate abrangente das ações acrescidas em razão de bonificações e do direito de subscrição. Desistência de recurso não devidamente formalizado.**
- Qualificada a avença como negócio jurídico indireto, não contraria o art. 1.140 e par. único do CC a decisão que considera como compreendido no direito de resgate tudo quanto se acrescentou às ações vendidas, quer por força de bonificações, quer em razão do direito de subscrição.
- Não veda a lei tenha a retrovenda por objeto bens moveis.  
Recurso especial conhecido, em parte, e provido.<sup>585</sup> (grifo nosso)

Verifica-se, do reconhecimento dos direitos emergentes do contrato, que o STJ além de dar autonomia à categoria jurídica do negócio indireto, empresta-lhe valor, adotando a teoria de Tullio Ascarelli, para quem o negócio fiduciário (compra e venda com pacto de retrovenda) seria figura conexa ao negócio indireto. O importante é verificar, no entanto, que as partes, no contrato, declaram a vontade de retrovenda e não a de garantia. No entanto, essa sua declaração não constitui simulação, pois elas efetivamente tiveram interesse em transmitir a propriedade em garantia de uma determinada situação que, resolvida, fez com que a propriedade do bem a qual tinha sido transmitida, retornasse ao proprietário original, com todos os seus frutos. Neste caso, o negócio direto seria a compra e venda com cláusula de retrovenda e o indireto, a garantia. Ambos, por meio do mesmo ato, foram atingidos. E, o mais importante, sem vício na declaração de vontade.

A contrário senso, verifique-se, em outra situação de entrega de bem para garantia de dívida, a simulação presente. Neste, a decisão é do Tribunal de Justiça do Paraná:

---

<sup>585</sup>STJ, 4.<sup>a</sup> T., Resp. 28598/BA, Relator Ministro Barros Monteiro, *in* RT vol. 741 p.210.

**Ementa: Apelação cível. Ação declaratória de nulidade de ato jurídico. Compra e venda de imóvel. Garantia de empréstimo. Divergência entre o valor dos cheques e das notas fiscais. Valor do imóvel. Simulação. Declaração de vontade. Intenção. Recurso desprovido.** 1 - Não foram demonstradas nos autos as razões das divergências existentes entre os valores constantes nas notas fiscais e nos cheques acostados aos autos. 2 - o valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) atribuído à compra de um terreno de 700m<sup>2</sup> (setecentos metros quadrados), mesmo que seja este terreno localizado em uma pequena cidade do interior do estado, é irrisório, o que corrobora para o entendimento da existência de simulação. 3- independentemente da ocorrência de coação ou ameaça, nota-se a divergência entre a intenção e o sentido literal da linguagem no ato jurídico discutido, devendo prevalecer a intenção dos apelados, configurando-se a ocorrência de simulação.<sup>586</sup>

Se no primeiro caso as partes haviam declarado a sua vontade real, demonstrando o negócio direto que estavam a fazer e o indireto que atingiam por meio desse expediente, neste segundo a atuação foi de forma a desviar-se da vontade verdadeira, para utilizarem-se de declaração deturpada da vontade. De fato, houve a vontade da venda. Nesse sentido a manifestação foi correta. Mas os elementos fáticos lançados no contrato (valor do contrato e valor da dívida garantida) não estavam em consonância com a realidade. Nesse sentido houve a quebra entre a vontade real e a vontade declarada.

Esses dois julgados são bons exemplos de situações que têm similaridade de forma, mas divergência de conteúdo.

No direito societário, a questão da simulação foi investigada, tanto por Ascarelli<sup>587</sup> como por Salomão Filho<sup>588</sup>, especialmente no âmbito das sociedades unipessoais. O objeto dessa investigação tinha como centro o fato de, em diversas hipóteses, a sociedade ser constituída por duas ou mais pessoas, mas dirigida a um único centro de vontade. Ou seja, a sociedade é formalmente perfeita em sua origem, mas é dirigida exclusivamente para obter os benefícios legais da condição de sociedade, como a separação patrimonial, quando, em verdade, o que se espera

---

<sup>586</sup>TJPR, 16.<sup>a</sup> CC, Ap. 309775400, Relator Desembargador Helio Henrique Lopes Fernandes Lima. Julg: 07/12/2005.

<sup>587</sup>ASCARELLI, O negócio..., p.120 e segs.

<sup>588</sup>Calixto SALOMÃO FILHO, Sociedade simulada, op. cit., p.122 e segs.

é a existência da atuação indireta daquele que exerce o poder individualmente no ente.

A conclusão dos dois professores é a de que, afora as situações de simulação, que efetivamente podem ocorrer, a sociedade formada por duas ou mais pessoas, mas dirigida por uma única vontade, é perfeita e atende a seu escopo. Neste caso, é patente a realização de um negócio indireto, eis que as partes podem declarar, exatamente, qual é a sua vontade no ato constitutivo da sociedade: contratar a sociedade. Com esta declaração, conseguem, sem mais condição, alcançar o objetivo indireto do detentor do poder de controle da sociedade: autonomia e separação patrimoniais.<sup>589</sup> Essa situação atinge perfeitamente o sentido do negócio indireto.

Em face dessas ponderações da doutrina e, mesmo, das decisões judiciais acima transcritas, pode-se afirmar que a simulação e o negócio indireto, portanto, não se confundem, como categorias jurídicas.

Assim, temos duas conclusões, neste tópico: (a) que o negócio jurídico indireto é categoria autônoma; (b) que, diante de sua autonomia, no direito societário, não se confunde com a simulação.

Destarte, podemos passar ao próximo tópico, confrontando a SPE criada pelos credores, com o negócio indireto, para verificar se há conexão de sentido entre eles.

#### 4.2.5 Natureza jurídica da SPE constituída pelos credores

Feito esse corte metodológico, para poder explicar a teoria do negócio indireto, voltamos à nossa linha de investigação, para verificar se ela é adaptável à situação da SPE formada por credores, para fins de adjudicar, em pagamento

---

<sup>589</sup>Como forma de atingir o objetivo de ter controle absoluto da sociedade, o controlador pode, ainda, estabelecer cláusulas com conteúdo que ele detenha a parte do capital social necessária para exercer, isoladamente, o poder de controle da mesma. É possível, mais, estabelecer que este sócio tenha condições de excluir os demais por justa causa, sem necessidade de recorrer ao Judiciário para tanto. Eventualmente tenha ele condições de alterar, isoladamente, o pacto social, para adaptar a sociedade ao seu interesse. Por fim, podem os demais realmente não exercer qualquer dos direitos pessoais ou patrimoniais na sociedade.

dos créditos, os ativos do devedor. Para a verificação, resgatam-se os elementos identificadores dessa espécie de negócio, acima apontados.

O seu primeiro elemento identificador, seria a declaração da **vontade real**. O pressuposto, então, é que os credores queiram, realmente, constituir uma sociedade de propósito específico. Sua declaração de vontade deve coincidir com sua vontade real. Entende-se que, considerando que as propostas de recuperação de empresa são apresentadas pelo devedor, podendo os credores manifestar sua aceitação ou oposição, certamente a resposta para esse quesito será positiva. Ou seja, se o devedor apresentou a proposta de transferir seus ativos para uma sociedade formada pelos credores e estes aceitaram constituí-la, a manifestação da vontade corresponde à vontade real.

O segundo elemento a ser identificado é a ocorrência de um **fim indireto**, visado pelas partes, mas que não seja típico do negócio adotado. De fato, o que os credores buscam, nesse caso, é o recebimento de seu crédito, coisa que não é inerente à constituição de uma sociedade. Admitem sujeitar-se à disciplina própria do regime societário, para poder receber seus créditos. Segundo a interpretação sistemática que se pode dar ao dispositivo legal, os credores criam a sociedade e, por força dessa criação, o juiz do processo de recuperação lhes adjudica, em pagamento, os bens do devedor. Em verdade, adjudica à sociedade, e os credores passam a ter, a partir da adjudicação, os direitos patrimoniais inerentes à condição de sócios. Há verdadeira recepção indireta desses bens.

Portanto, estão presentes os dois elementos que caracterizam o negócio indireto. Cumpre, agora, verificar se não há razão para afastamento dessa natureza.

A contrário senso, o fato de o objeto indireto não ser alcançado pelo contrato, colocando-se como simples motivo dele, seria o primeiro fator de descaracterização de negócio indireto. Na hipótese sob verificação, quer-se pensar que tal situação não se dá. Ao se constituir a sociedade, os ativos são a ela transferidos e o crédito é recebido, pelos direitos patrimoniais de que o sócio será detentor. O recebimento do crédito não é, portanto, simples motivo da constituição da sociedade, estando fora do

pressuposto de sua constituição. Ao contrário, ele está inserido no seu próprio contexto, obtendo êxito, os credores, em seu intento, tão-só com a providência adotada.

Por fim, pergunta-se da necessidade de ulteriores atos para a consumação do negócio. Pensa-se que assim não seja. Pelo negócio indiretamente realizado, atinge-se o diretamente pretendido, sem necessidade de um outro, para o consumir.<sup>590</sup>

Há, no caso, um negócio complexo, consistente na constituição da sociedade e na expropriação dos bens do devedor para adjudicá-los em favor dos credores<sup>591</sup>. Realizado esse negócio, apesar de os credores não receberem diretamente esses bens, de tal sorte que ficasse extinta a obrigação de acordo com uma das modalidades de extinção previstas no ordenamento jurídico, como o pagamento ou a dação em pagamento, ela (a extinção) ocorrerá indiretamente, por força do negócio realizado.

Sendo assim, está caracterizado o negócio jurídico indireto. E as repercussões da adoção dessa natureza jurídica para o objeto de nosso estudo podem ser várias. Alinham-se algumas, sem pretensão de exaustão do tema.

A primeira decorrência é a de que a adjudicação dos bens será feita na pessoa de terceiro, que não o verdadeiro credor. Como já mencionado, o ato de adjudicar é aquele decorrente da entrega judicial de bens do devedor ao credor, como forma de pagamento de uma dívida. Neste caso, a sociedade receptora dos bens não é credora, comparecendo no ato como se fosse, simplesmente, o somatório dos interesses dos seus sócios, o que não se coadunaria com as modernas teorias sobre o ato constitutivo das sociedades. No entanto, por força das disposições de

---

<sup>590</sup>Orlando de Carvalho, em apertada síntese, alinha os elementos do negócio indireto da seguinte forma: "vontade séria dos efeitos típicos designados como queridos, para excluir a idéia de simulação; tipicidade em concreto do negócio-meio, para excluir a idéia de inominação; e fim indirecto, possuidor de capacidade funcional em abstracto, mas no caso real remetido para o campo dos motivos e decorrendo como **efeito normal** do negócio adoptado" (op. cit., p.70).

<sup>591</sup>Nos termos do artigo 647, II, do CPC, a adjudicação consiste no ato judicial de expropriar bens do devedor, para entregá-los ao credor.

vontade, emanadas do ato de recuperação de empresa aprovado, essa situação acaba sendo resolvida, pela *organização* adotada pelos sócios/credores.

A segunda repercussão é a imposição da participação em sociedade, àqueles que, eventualmente, tenham desaprovado o *plano*. Como já foi verificado no capítulo próprio, a vontade majoritária tem o condão de aprovar o plano de saneamento do devedor em crise. Neste caso, se o plano aprovado tiver como seu escopo a criação de sociedade entre os credores, mesmo sem tê-lo aprovado eles terão de participar dela, para poder receber seus haveres. Pode-se presumir essa imposição a partir do imperativo contido no artigo 59 da LRE, que estabelece que o *plano "implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos"*. Filiou-se, o legislador, nesse sentido, ao princípio do *majoritário*, defendendo que a maioria tem o poder de decidir por todos, revelando o bem comum. Tal norma, não obstante, será sempre analisada sob o seu enfoque constitucional, eis que ninguém é obrigado a associar-se contra a sua vontade. Nesse caso, poderá o credor, em nosso ver, abrir mão do crédito, ou receber após o pagamento de todos os demais credores, para não prejudicar a deliberação aprovada por maioria. Ou seja, ao aceitar participar da sociedade, receberá os direitos patrimoniais decorrentes da adjudicação dos bens do devedor à sociedade. Se não aceitar participar, não será compelido a tanto. Terá, então, duas alternativas: abrir mão de seu crédito ou recebê-lo após o pagamento dos demais.

Uma outra e terceira questão a ser cogitada, diz respeito ao valor de integralização do capital social. Suponha-se que os credores tenham integralizado o capital social com seus créditos, permutando-os por participações societárias, o que solucionaria o problema apontado na *primeira decorrência* (supra). Nestes casos, a sociedade criada passaria a ser credora daquela em crise, substituindo a coletividade de credores. Ocorre que, os sócios ou os avaliadores irão assumir a responsabilidade pelo valor atribuído aos bens (créditos) permutados pelas quotas/ações. Esses bens, certamente, não têm preço equivalente ao seu valor de face, em decorrência da crise do devedor. Há, sem dúvidas, risco de não recebimento do mesmo. Essa



situação gera potencial responsabilidade para os credores, que respondem pela solvência dos devedores do crédito cedido à sociedade, bem como pela sua correta avaliação (arts. 1.005 e 1.055, 1.º, CCB e 8.º, LSA). Como já concluímos no item 2.4.1.2.1, supra, há que se adaptar a interpretação desses dispositivos ao sistema da LRE. Sua interpretação literal poderia conduzir a uma situação de injustiça social, uma vez que os credores, para auxiliar a recuperação do devedor comum, poderiam ser guindados à condição de inadimplentes, relativamente ao seu contrato social. Por isso, a situação ideal é que, na constituição da sociedade fique claro, para quaisquer terceiros interessados que venham a ter acesso ao contrato ou ao estatuto, que a sociedade está sendo criada com o objetivo de receber créditos de devedor em crise, de tal sorte que não possam alegar desconhecimento de eventuais problemas ocorridos com o crédito cedido.

Não estivéssemos diante de um negócio jurídico indireto, não seria possível solucionar esses problemas, pelo menos da forma indicada, pois cada um dos atos – constituição de sociedade e extinção das obrigações – seria tido como isolado, não se conjugando com o outro.

Sendo assim, entendemos que estão presentes todos os elementos necessários para qualificar o ato de *constituição de sociedade de propósito específico*, pelos credores, *para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor*, como **negócio jurídico indireto**. Esta é, de conseqüência, sua **natureza jurídica**.

Estabelecida essa conclusão, para a sociedade criada pelos credores, está assentada a estrutura necessária para adequar-se à função estabelecida na LRE. No entanto, há outra forma de recuperação de empresas, que também se utiliza da criação de uma sociedade de propósito específico, mas que tem estrutura diversa desta que acabamos de estudar. É dessa outra forma que vamos tratar no próximo item.

### 4.3 AS SOCIEDADES CRIADAS PELO DEVEDOR

Como esclarecemos no início deste capítulo, iríamos trabalhar com dois universos temáticos estruturais. O primeiro é o delineado nos itens precedentes e diz respeito à sociedade criada pelos credores. O segundo, a que vamos nos dedicar a partir de agora, trata da SPE organizada pelo próprio devedor, e que tem sido, pelo menos até agora, meio amplamente utilizado nos casos de recuperação de devedores em crise.<sup>592</sup>

Essa alternativa, no entanto, não é aquela proposta pelo legislador no inciso XVI, do artigo 50, mas, considerando sua proximidade com o tema, acreditamos ser conveniente a sua análise.

Trata-se de estrutura funcional, que normalmente se assenta em duas novas sociedades, constituídas a partir daquela que se encontra em estado de crise. A primeira seria uma subsidiária, ou alguma sociedade que se transformasse em *alter ego* da sociedade em crise, para a qual seria vertido o seu estabelecimento empresarial<sup>593</sup>. A outra seria a sociedade de propósito específico, que teria como objetivo adquirir, mediante permuta por valores mobiliários<sup>594</sup>, os débitos daquela devedora, promovendo o alongamento e, eventualmente, a redução do perfil da sua dívida.

---

<sup>592</sup>Conforme Tepedino (op. cit., p.171).

<sup>593</sup>É importante que se reforce o conceito de estabelecimento empresarial, no qual não se enquadram as dívidas do empresário. Assim, ao promover a transferência do estabelecimento, só se transferem os ativos e não os passivos. Com essa opinião concordam Duclerc Verçosa e Paula Barros, ao comentarem os equívocos que são cometidos por alguns empresários brasileiros, ao equipararem a operação de *drop down* no direito brasileiro, como se ela fosse realizada no âmbito da *common law* (A recepção do "drop down" no direito brasileiro. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, n.125, p.42, 2002).

<sup>594</sup>Em realidade, tratar-se-ia de extinção das obrigações por força de novação subjetiva e objetiva, tendo em vista que haveria um novo devedor (SPC), outro vencimento e, eventualmente, outro valor para a dívida.

No plano de reestruturação formulado pelas Lojas Arapuã, antes da promulgação da nova LRE, a equação apresentada tinha essas características. O voto vencedor, do acórdão que aprovou esse plano perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, apresenta a estratégia da devedora:

(a Arapuã) apresentou um 'Plano de Reestruturação Econômico-Financeira' do qual era parte principal a criação da ARAPUÃ COMERCIAL S/A, sua subsidiária, que ficou conhecida como ARAPUÃ II. As Lojas Arapuã deteriam 99,99% do capital da Arapuã II representado pelo ativo circulante. Uma terceira empresa seria criada, a CPE Participações S/A (Companhia de Propósito Específico), sem vínculo com as outras duas e destinada a comprar créditos<sup>595</sup> para esvaziar o quadro de credores.<sup>596</sup>

Compreendido que o plano de reestruturação está lastreado em duas sociedades, cabendo a uma delas suceder, nos negócios empresariais a devedora, Ricardo Tepedino explica a estrutura dessa sociedade, a qual recebe o estabelecimento empresarial, da seguinte maneira:

A constituição de uma nova sociedade cujo capital é detido pela empresa, quase na sua totalidade (raramente se abre uma subsidiária integral, talvez pela formalidade exigida pelo art. 251 da Lei das S/A.), e para a qual se verte o próprio estabelecimento comercial – ou seja, os ativos necessários à exploração da atividade econômica da empresa, e o seu aviamento, ou **goodwill** – é um instrumento de reorganização corporativa amplamente utilizado no Brasil e alhures. Essa operação societária (que não só é utilizada em caso de crise financeira) é conhecida, no jargão do mercado, como **drop down**. Desse modo, a subsidiária passa a contar com bens corpóreos e incorpóreos de sua acionista, pondo-os a serviço da atividade empresarial antes desenvolvida através dela, agora isolado do passivo que a sufocava, o qual remanesce com essa última, mas garantido pelas ações ou quotas do capital da primeira.<sup>597</sup>

Como verificado, o objetivo do trespasse à nova sociedade, é permitir que a receptora dos bens tenha condições de executar suas atividades empresariais, sem os problemas decorrentes da crise pela qual estaria passando a sociedade

---

<sup>595</sup>O voto n.º 7817, lavrado nos AI ns. 157.800.4/7-00 e 157.801.4/1-00, da 8.ª Câmara de Direito Privado do TJSP, esclarece que essa compra se faria pela "*entrega de debêntures por ela emitidas e resgatáveis futuramente*".

<sup>596</sup>Acórdão registrado sob n.º 00593025, lavrado no A.I. n. 257217/4/5, da 8.ª Câmara de Direito Privado do TJSP, tendo como Relator o Desembargador Silvio Marques Neto.

<sup>597</sup>TEPEDINO, op. cit., p.170.

originária. Com essa atuação, e esse é o objetivo do plano, tem a oportunidade de recuperar sua capacidade de pagamentos e o seu crédito, justamente porque o ente criado não tem problemas cadastrais e seus índices econômico-financeiros são melhores que os da sucedida. Por outro lado, a criação da SPE tem a finalidade de promover a novação dos seus débitos, alongando o perfil e, muitas vezes, reduzindo a dívida, ficando com os encargos e, assim, não tendo uma boa demonstração financeira.

Enquanto a sociedade receptora do estabelecimento empresarial terá atividade econômica organizada, com o mesmo direcionamento daquele da sociedade em crise, com as eventuais correções de método de atuação, a sociedade de propósito específico terá atividade não empresarial, dedicada à aquisição do passivo da devedora, trocando-o por títulos resgatáveis. Naturalmente, essa permuta terá por objetivo alongar o prazo de vencimento das dívidas e, se possível, reduzir os montantes previstos nas obrigações estabelecidas entre credor e devedor em crise.

Feito esse intróito, dedicamo-nos, agora, à análise das sociedades criadas pelo devedor, tanto à SPE destinada à aquisição dos débitos, quanto à sociedade subsidiária, ou seja, aquela criada para receber o *fundo de empresa*.

#### 4.3.1 Os Tipos Societários Eficientes para o Fim Proposto

Dentro do mesmo raciocínio desenvolvido relativamente à sociedade criada pelos credores, faz-se necessário perquirir quais os tipos societários aptos a desenvolver as atividades idealizadas pelo devedor, no modelo estruturado conforme o que foi dito no item 4.2.5 supra. Estamos, neste caso, portanto, tratando de duas estruturas: (a) a sociedade receptora do fundo de empresa; (b) a SPE, destinada à aquisição dos débitos. Levando em consideração que são duas estruturas diferentes, vamos tratá-las isoladamente.

#### 4.3.2 A Sociedade Receptora do Fundo de Empresa

Ressalvado que a sociedade que recebe o estabelecimento empresarial não constitui uma SPE e, portanto, não é objeto imediato de nosso estudo, é necessário esclarecer seu funcionamento, em face de sua composição, em conjunto com esta<sup>598</sup>, do plano de reestruturação do devedor em crise.

Conforme esclareceu Ricardo Tepedino, tal ente teria o aviamento e os ativos necessários à exploração da atividade econômica da empresa em crise. Com base nesses elementos, formadores do fundo de empresa e do sobrevalor decorrente da organização do negócio<sup>599</sup>, essa nova sociedade atuaria de molde a substituir a anterior em seus negócios.

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, concedendo parecer sobre o assunto Arapuã, concluiu que a sociedade subsidiária manteve as atividades da que sucedeu e que tal atitude era, de certa forma, benéfica aos credores, já que a "empresa em funcionamento vale mais do que a simples soma do valor de seus ativos. É o que se chama de **going concern value**".<sup>600</sup> (grifo nosso).

Desses pronunciamentos, como o de Tepedino e de Toledo, que têm a acuidade de analisar a questão no seu estado concreto, percebe-se a necessidade de exploração de **atividade empresária** pela sociedade subsidiária.

Em primeiro lugar, porque a atividade que já vinha sendo exercida certamente era empresária e, se a outra nada mais é do que a sua substituição, deve sê-lo também. Em segundo lugar, porque a função a ser desenvolvida, nos termos da ideologia legal, é a da **recuperação da empresa**. Se é necessário recuperar a **empresa**, não se pode pensar em fazê-lo sem dar continuidade à sua atividade. Não será

---

<sup>598</sup>Que irá ser utilizada pelo devedor, para comprar seus débitos.

<sup>599</sup>Conforme Rubens Requião, **Curso de direito comercial**, v.2, op. cit., n.366.

<sup>600</sup>TOLEDO, A disciplina..., op. cit., p.284.

possível dar andamento a atividade empresária, por meio de sociedade não empresária, eis que esta não terá condições de explorar a atividade que a sucedida explorava.

Destaque-se, no entanto, que a preocupação maior é com a empresa e não com o empresário. Foi ela que o legislador desejou reorganizar, quando presente o estado de risco.

Verificando-se os princípios estabelecidos no Projeto de Lei da Câmara n.º 71, de 2.003, é possível identificar essa assertiva. Segundo o Senador Ramez Tebet, são, entre outros, princípios do Projeto transformado em LRE:

- 1) **Preservação da empresa:** *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.*
- 2) **Separação dos conceitos de empresa e de empresário:** *a empresa é o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços. Não se deve confundir a empresa com a pessoa natural ou jurídica que a controla. Assim, é possível preservar uma empresa, ainda que haja a falência, desde que se logre aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases eficientes.*
- 3) **Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis:** *sempre que for possível a manutenção da estrutura organizacional ou societária, ainda que com modificações, o Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere, estimulando, assim, a atividade empresarial.<sup>601</sup>*

Dáí se extrai que, se a empresa deve continuar, naturalmente haverá necessidade de uma pessoa que a explore. Neste caso, como se está trabalhando com o conceito de sociedades, este será o sujeito de direitos a tê-la como objeto. Mas, para que esse sujeito a explore, certamente será sociedade empresária, nos termos dos artigos 982 c/c. 966, ambos do CCB.

Não seria possível admitir que a empresa fosse explorada, no momento subsequente ao trespasse do estabelecimento à subsidiária, por uma sociedade

---

<sup>601</sup>Conforme texto obtido junto ao endereço eletrônico <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/Consulta>>. Acesso em: 18 mar. 2006.

simples, o que afrontaria os dispositivos legais supra-mencionados, além de não se conformar com a lógica jurídica.

Portanto, a primeira conclusão a que se chega é de que a **subsidiária**, ou sucessora, terá que ser **sociedade empresária**. Em sendo empresária, pelos motivos já explicitados, deverá adotar um dos tipos societários legalmente previstos no CCB, com exclusão da sociedade simples e da cooperativa, que são não empresárias.

Afastam-se, igualmente, dessa possibilidade, aquelas sem personalidade jurídica. É que, somente mediante a aquisição da personalidade jurídica, a sociedade consegue autonomia patrimonial e, sendo assim, poderá receber os ativos da que esteja em crise. Se não for personificada, como a sociedade em comum ou a em conta de participação, não poderá receber, em seu nome próprio, o patrimônio que lhe é destinado.

Como já foi ressaltado, um dos objetivos do plano de reestruturação é realizar a transferência de ativos do devedor para a nova sociedade. Aquelas sem personalidade jurídica criam, entre os sócios, patrimônio especial (arts. 988 e 994 do CCB), com os bens objetos de suas contribuições, os quais não configuram patrimônio próprio da sociedade. Assim, ainda que a devedora pretendesse transferir seu patrimônio para a subsidiária, isto não seria possível, em face da inexistência de separação patrimonial entre sócios e sociedade.

Portanto, a segunda conclusão é de que, ainda que empresária, somente as sociedades classificadas como **personificadas** poderão servir à estrutura necessária para a atuação da subsidiária.

Por outro lado, há que se perguntar se a subsidiária criada é integral ou não. Na hipótese de criação de **subsidiária integral**, por força do artigo 251 da LSA, o seu tipo será obrigatoriamente de **sociedade anônima**. Prescreve o mencionado artigo, que a *companhia* pode ser constituída tendo como único acionista sociedade

brasileira. Ou seja, não se trata da possibilidade de constituição de qualquer tipo social, mas de uma companhia, ou sociedade anônima.<sup>602</sup>

No entanto, sendo a subsidiária constituída de forma não unipessoal, poderão os sócios optar pela própria **anônima** ou pela **limitada**, as mais recomendáveis e, como visto pelas estatísticas divulgadas pelo DNRC, as mais utilizadas<sup>603</sup>. Poderão, ainda, usar as formas de **nome coletivo**, **comandita simples** ou **comandita por ações**.

Em conclusão, portanto, a sociedade receptora do estabelecimento empresarial, que terá como objetivo exercer as atividades daquela que está em crise, poderá ser formada por uma das seguintes formas: *sociedade anônima*, *sociedade limitada*, *sociedade em nome coletivo*, *sociedade em comandita simples* ou *sociedade em comandita por ações*. Se essa sociedade vier a tomar a forma de subsidiária integral, não poderá adotar outro tipo que não o de *sociedade anônima*.

#### 4.3.3 A SPE Adquirente dos Créditos

A outra face da operação sob comento diz respeito à constituição da sociedade que tem como objetivo único a aquisição do passivo do devedor em crise. Em regra, a assunção do passivo se dá pela troca da dívida por títulos de emissão da SPE, prevendo vencimentos mais elásticos, ou, até, por títulos que não concedam direito de crédito efetivo, como é o caso de ações.

Importante destacar que, na situação exposta, a capacidade de geração de caixa foi transferida à sociedade subsidiária, ficando a SPE com a responsabilidade pelo passivo. Sem dúvidas, pois a atividade operacional da empresa em recuperação foi passada para a subsidiária e não para a SPE. Aparentemente, a SPE não teria

---

<sup>602</sup>A obrigatoriedade de forma da subsidiária integral é para que à operação se dê a necessária publicidade e de sorte aos órgãos societários garantirem a autonomia patrimonial da sociedade unipessoal criada.

<sup>603</sup>Conforme informação divulgada no endereço eletrônico <<http://www.dnrc.gov.br/>>. Acesso em: 18 mar. 2006.



condições de arcar com as obrigações assumidas, já que sua atividade é exclusivamente de assunção das obrigações, não tendo operação empresarial. No entanto, certamente as sociedades serão constituídas, ambas, sob regime de grupo – de direito ou de fato – de tal forma que seja possível promover repasses financeiros entre elas, para a regularização do passivo, dentro dos novos prazos avençados com os credores.

Naturalmente, tal colocação não é feita de modo a raciocinar que o grupo é que passaria a exercer uma atividade de propósito específico, como cogitado no item 3.3.4 supra, mas exclusivamente para fins de clarear em que medida a subsidiária pode arcar com as obrigações assumidas, sem ter recursos para tanto.

O grupo, no sentido anotado, é visto nos exatos termos dos artigos 243 e seguintes da LSA e 1.097 e seguintes do CCB, bem como com as características especiais que lhe reconhece a doutrina. Como explica Secchi Munhoz, nele pressupõe-se um poder centralizado, de molde a definir a *direção unitária* das sociedades integrantes, que, em uma concepção estrita, pode-se entender ser a unificação da **gestão financeira** das sociedades e, numa concepção ampla, além da centralização da gestão financeira, um poder central sobre alguma área funcional das sociedades. Sintetiza o autor, afirmando explicitar "como direção unitária o poder de definir uma orientação administrativa geral para os integrantes do grupo, afetando, em maior ou menor grau, sua independência econômica".<sup>604</sup>

Aceitando essa orientação, pode-se aplicá-la ao presente estudo, tendo em ponderação que a direção econômica unitária fará com que os recursos provenientes da empresa explorada pela subsidiária, sejam, em parte, carregados para a SPE, de tal arte que esta possa promover o pagamento dos credores.

Não fosse possível explicar a operação dessa forma, seria improvável a aceitação desse modelo de reestruturação societária, considerando-se que ficaria caracterizada a fraude contra credores, pois ter-se-ia, de um lado, uma sociedade

---

<sup>604</sup>MUNHOZ, **Empresa...**, op. cit., p.111-112.

que assumiria os ativos e desenvolveria a operação empresarial e, de outro, a SPE, que assumiria apenas os passivos, sem condições de saldá-lo.

Há, portanto, vínculo obrigatório entre as sociedades, para que possa ser feita a migração de recursos, de tal sorte que aquela que detenha a operação empresarial, e, assim, venha a obter os ganhos da atividade, possa repassar parte desses lucros àquela que adquiriu o passivo. De sua parte, esta, com esses valores, deverá saldar os débitos originalmente contraídos, dentro dos termos ajustados com os credores.

Exemplo de que há esse vínculo entre a SPE e a sociedade que lhe seja controladora, bem como da atenção que o legislador vem dispensando a esse assunto, pode ser dado a partir da normatização estabelecida pela CVM.

A partir da Instrução CVM n.º 408, de 18/08/2004, a qual estabelece normas de demonstrações contábeis determinando a inclusão das contas das EPE<sup>605</sup> na consolidação das contabilidades das sociedades abertas, a CVM reconheceu que há vínculo entre uma SPE (EPE) e uma companhia, sempre que *"a essência de sua relação com a companhia aberta indicar que as atividades dessas entidades são controladas, direta ou indiretamente, individualmente ou em conjunto, pela companhia aberta"*. E sobre o poder de controle, estabeleceu o órgão que será seu indicativo quando as atividades de uma EPE forem

*conduzidas em nome da companhia aberta ou substancialmente em função das suas necessidades operacionais específicas, desde que, alternativamente, direta ou indiretamente:*

- I - a companhia aberta tenha o poder de decisão ou os direitos suficientes à obtenção da maioria dos benefícios das atividades da EPE, podendo, em consequência, estar exposta aos riscos decorrentes dessas atividades; ou*
- II - a companhia aberta esteja exposta à maioria dos riscos relacionados à propriedade da EPE ou de seus ativos. (art. 1.º, parág. único).*

---

<sup>605</sup>Segundo a Instrução, a sigla significa Entidade de Propósito Específico, tendo em vista que a Comissão reconhece que, nem só por meio de sociedades é possível explorar um propósito específico. Assim, o exemplo é plenamente válido para a presente situação.

Ainda que eventualmente não se trate de companhia aberta, esse regramento infra-legal pode fornecer o embasamento necessário para verificar os elos entre a sociedade de controle e a SPE, os quais indicam para a existência de um grupo de sociedades, de tal sorte que não seria ilógico tratar da transferência de recursos para o pagamento das dívidas assumidas pela SPE.

Com essa primeira conclusão, de que entre as sociedades existiria um **grupo de direito ou de fato**, em razão de uma direção unitária, no que diz respeito, no mínimo, ao seu aspecto econômico, pode-se conceber o pagamento dos débitos pela sociedade que não seja geradora de caixa ou de recursos. Pode-se partir da premissa que há obrigação de transferência de recursos, sob pena de configuração de fraude contra credores, salvo se estes formalmente consentiram em promover a novação subjetiva de seus créditos, sem qualquer vínculo com os ativos da sociedade subsidiária.

#### 4.3.3.1 A forma societária a ser utilizada

Ultrapassada tal questão, surge aquela que foi originalmente proposta, qual seja, examinar que modelo societário serviria para abrigar essa SPE.

Lembra-se que, ao tratar das sociedades aptas a explorar um propósito específico, no capítulo anterior, concluiu-se serem inapropriadas à função somente as cooperativas. Trazida aquela lição para este item, poderia ser repetido tal entendimento.

No entanto, considerando ser criada essa SPE com o objetivo de assumir o passivo da sociedade em reestruturação, importa analisar a estrutura do negócio jurídico de assunção desse passivo, para poder verificar a forma a ser por ela adotada.

Se a SPE vier a assumir as dívidas por meio de contratos regulados pelo direito comum, pode-se dizer que a ilação acima referida tem validade, ou seja, se a modalidade contratual de assunção de obrigações pela SPE for regulada pelo direito das obrigações, constante no CCB, a forma da sociedade pode ser **qualquer uma daquelas aptas a explorar um fim específico**. Lembre-se, no entanto, que este

pode não ser o modelo utilizado, até pela dificuldade da negociação isolada com cada credor.

A regra tem sido da utilização de mecanismos que prevejam a negociação em massa, como, por exemplo, a emissão de títulos ou valores mobiliários, que permitem maior mobilidade para a negociação e mesmo para os credores, que terão condições de fazer circular as riquezas que forem mencionadas no instrumento.

Assim, se o mecanismo utilizado for o da emissão de valores mobiliários, especialmente debêntures<sup>606</sup>, como ocorreu na situação da Arapuã, a estrutura societária será, obrigatoriamente, de **companhia**, porque somente elas têm autorização para emitir tais títulos, como se pode concluir da dicção do artigo 4.º da LSA. Sobre as debêntures, diz Tavares Borba que somente as companhias podem emití-las<sup>607</sup>. Afirma, ainda, o referido autor que essa é uma atividade típica das sociedades anônimas, não podendo, nem que o desejassem, os sócios das limitadas abordar tal assunto no contrato social, pois a "matéria atinente a valores mobiliários, tais como ações, debêntures e partes beneficiárias, as quais, pela sua natureza de mercado, não se coadunam com os fins e propósitos da sociedade limitada".<sup>608</sup>

Em se tratando de sociedade anônima, há, também, que cogitar da espécie de companhia que se está estudando, em face da forma de emissão dos títulos ou valores mobiliários, que pode ser pública ou privada.

Ao estudar a emissão de debêntures, título mais apropriado ao mister de assunção de obrigações, já que sua natureza é de contrato de mútuo, Gonçalves Neto afirma que será privada, se os títulos forem colocados entre um grupo de pessoas

---

<sup>606</sup>Nada impede, no entanto, que sejam emitidos outros títulos, como os *commercial papers*, os quais representam um empréstimo específico e não uma parcela de um empréstimo global, como ocorre com as debêntures. Pode-se cogitar, ainda, da permuta por ações da SPE.

<sup>607</sup>BORBA, op. cit., p.241.

<sup>608</sup>BORBA, op. cit., p.89.

determinadas, como, por exemplo, alguns credores, sendo pública, quando a oferta recorrer à negociação em bolsa ou no mercado de balcão.<sup>609</sup>

Os critérios para verificação fática de emissão pública são determinados pela Lei n.º 6.385, de 07 de dezembro de 1976, ou seja, a utilização de folhetos, prospectos ou anúncios destinados ao público, a procura de subscritores por intermédio agentes ou corretores, a negociação feita em estabelecimento aberto ao público, entre outros.

Assim, dependendo do número de credores da companhia e da forma utilizada pelo devedor para buscar promover a aquisição dos créditos, permutando-os por valores mobiliários, pode ter ele que recorrer à abertura do capital da SPE, sob pena de suspensão da emissão ou distribuição que esteja processando, nos termos do artigo 20 da Lei n.º 6.385/76.

Situação dessa natureza ocorreu na falência da Fazendas Reunidas Boi Gordo S/A., quando um grupo de credores criou a Global Brasil Participações S/A., objetivando reunir créditos suficientes para assumir a sindicância do processo.

Buscaram, então, tais credores, por intermédio da Global Brasil, permutar títulos de sua emissão (ações), por créditos junto à falida. Com esse procedimento, os credores da falida passariam a ser sócios da Global Brasil, e esta seria a credora da falida. Se obtivessem êxito em seu objetivo, conseguiriam reunir os valores de crédito suficientes para lhes garantir a condição de maiores credores da falida e, assim, assumir a sindicância do processo.

No entanto, considerando que os credores eram muitos, o procedimento adotado para seu contato foi considerado, pela CVM, como busca pública de investimento. Com base nesse entendimento, o órgão do Ministério da Fazenda acabou exarando a Deliberação CVM n.º 428, de 10 de abril de 2002, na qual decidiu "*suspender a distribuição pública de ações de emissão da Global Brasil Participações S.A. (CNPJ 04.818.598/0001-81) no mercado de valores mobiliário*", por ter considerado que a mesma,

---

<sup>609</sup>GONÇALVES NETO, *Lições de direito societário II*, op. cit., p.104.

*por meio de propaganda veiculada em seu endereço eletrônico na Internet (www.globalbrasil.com) e folhetos impressos, procura investidores, detentores de créditos junto à empresa Fazendas Reunidas Boi Gordo S.A., inclusive proprietários de Contratos de Investimento Coletivo (CIC), ofertando ações de sua emissão, mediante integralização com tais créditos e valores mobiliários" e que tal atitude "caracteriza-se como emissão pública, sendo necessário, para sua distribuição, o prévio registro na CVM, nos termos do artigo 19, § 3.º da Lei n.º 6.385 de 7 de dezembro de 1976.*<sup>610</sup>

Sendo assim, o procedimento adotado na busca de credores, poderá, também, determinar a qualificação que se empreste à companhia. Poderá ser sociedade fechada, mas adotar procedimento de aberta, quando, então, terá suspenso seu direito de emissão, por força das normas estabelecidas na Lei n.º 6.385/76. Nestes casos, será necessário proceder ao registro da companhia e da emissão na CVM, para regularizar a situação.

Em conclusão, a SPE criada para adquirir os créditos, pode ter **qualquer forma** para exploração de um propósito específico, exceção feita àquelas que se utilizarem da emissão de **valores mobiliários**, quando sua forma será de **sociedade anônima**. Em sendo sociedade anônima, será **aberta** se utilizar, para a procura dos credores, dos meios exemplificativamente mencionados no artigo 19 da Lei n.º 6.385/76<sup>611</sup> e, fechada, se a procura for feita diretamente, pela própria devedora.

Quanto à classificação dessa SPE, dependerá da forma adotada. Considerando a forma prioritária, qual seja, de sociedade anônima, será ela sociedade de capital, personificada, tendo todos os sócios responsabilidade limitada pelas dívidas sociais. Naturalmente essa classificação poderá variar, a não ser no que diz respeito à autonomia patrimonial, pois entendemos que não será possível, em nenhuma hipótese, constituir uma SPE sem personalidade jurídica, para assumir as dívidas da sociedade em reestruturação.

---

<sup>610</sup>Conforme informação obtida no endereço eletrônico <<http://www.cvm.gov.br/port/atos/index.asp>>. Acesso em: 09 mar. 2006.

<sup>611</sup>Devendo, nesse caso, proceder ao registro da companhia e da emissão, na CVM.

#### 4.3.3.1 Natureza jurídica da SPE criada pelo devedor

Fornecido o perfil da SPE criada pelo devedor, cabe investigar sua natureza jurídica, para avaliar se, também neste caso, poderíamos concluir que se trata de negócio jurídico indireto.

Verifica-se que a presente hipótese estrutura-se em esquema diverso daquele anteriormente analisado. A primeira divergência está nos fundadores da SPE. Enquanto naquele primeiro caso tratava-se de ente hipotasiado pelos credores, nesta situação trata-se da SPE constituída pelo próprio devedor. A segunda diferença entre elas é que naquela o propósito específico é de adjudicar, em pagamento, os ativos do devedor, enquanto nesta o objetivo é a extinção das dívidas, por meio da novação. Essas, em nosso pensar, as principais distinções entre as duas operações.

Dadas essas diferenças, pensamos que **não se pode cogitar de negócio indireto**, para a SPE criada pelo devedor, pelo menos na situação exposta no item anterior.<sup>612</sup> O determinante lógico para esse raciocínio está na desvinculação entre o objeto diretamente realizado e o fim almejado pelas partes. É que, neste caso, entre a constituição da sociedade (objeto diretamente realizado) e a extinção de seus débitos (fim almejado), não há um vínculo de intensidade tal que possa se dizer que, da realização do primeiro, decorra logicamente o segundo. Não basta constituir a sociedade para, em sua consequência, ser realizada a negociação com os credores e se obter a extinção dos débitos. Pode-se até cogitar que esse fim é pretendido, mas ele não está diretamente vinculado ao negócio jurídico realizado. Mas, e além, constituída a sociedade, passa a ser objeto direto dela o pagamento dos credores, não por sua liquidação, mas com os meios normalmente aceitos para pagamento dos credores. Ou seja, enquanto no negócio indireto o direito dos credores poderia

---

<sup>612</sup>Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa e Zanon de Paula Barros também entendem que a operação de *drop down* não pode ser considerada como negócio jurídico indireto, sendo tratada como negócio atípico (op. cit., p.45-46).

ser realizado mediante a solução do patrimônio social, neste caso o direito dos credores será efetivado com o pagamento a eles efetivado pelo novo devedor, qual seja, a SPE.

Verifique-se o caso concreto (Arapuã) trazido a lúmen, em que a criação da SPE precedeu em, aproximadamente, quatro anos a decisão que autorizou a realização do negócio jurídico entre credores e devedores. Naturalmente a questão temporal está, nessa situação, dilargada em face da discussão judicial. Mas não seria ela o fator principal para demonstrar a inexistência de relação entre o objeto realizado e o fim querido.

Essa discrepância é demonstrada pelo fato de que, para se obter o fim pretendido, há que se realizar outro ato, que não só aquele da criação da sociedade. Este sim é o critério definidor da inexistência, neste caso, de negócio indireto.

Se não houvesse a necessidade de realização de um outro negócio jurídico típico (novação), para atingir a extinção das obrigações originárias, poderíamos cogitar do negócio indireto. Mas, esta hipótese não se dá. É necessário o negócio societário e, após, o negócio transacional, para obter-se o fim querido. Não há, pois, negócio indireto.

Sendo assim, estamos diante de um negócio jurídico típico de constituição de sociedade, ou seja, a natureza jurídica do ato constitutivo da SPE pelo devedor é de **contrato-organização**, nos moldes de nosso posicionamento já estabelecido anteriormente. E o pagamento que será realizado, terá a condição de extinção das obrigações, de forma direta, entre novo devedor e credores.

#### 4.4 BREVE SÍNTESE

No contexto deste Capítulo, foi promovida a conexão entre os dois grandes pilares do trabalho, quais sejam, a função programada pela LRE com as estruturas viáveis ao referido mister, mirando-se na SPE.



Identificaram-se, assim, as premissas que fundamentam a teleologia da LRE, mediante a análise, especialmente, do seu art. 47, demonstrando-se a rigidez desse parâmetro ou desse fim a ser perseguido.

Quanto às estruturas, foram investigados dois tipos de SPE: a criada pelos credores e a constituída pelo próprio devedor.

No primeiro caso, entendeu-se ser não-empresarial a atividade desenvolvida pela SPE, apesar de ela necessitar de organização mais complexa. Em razão dessa duplicidade de argumentos, pretende-se que os tipos societários apropriados sejam a sociedade anônima, com objeto não empresarial, e a sociedade simples, com forma de sociedade limitada.

É pertinente ressaltar, nesse caso, a natureza jurídica de negócio jurídico indireto para o ato realizado pelos credores, pois o seu objetivo está em receber o seu crédito e não em constituir sociedade. Isto porque, sua emanação de vontade é realizada na criação do ente, tendo como objeto indireto de seu desejo o recebimento de seu crédito, o que se realiza, independentemente de outro ato qualquer.

No segundo caso, a estruturação da recuperação pode ser feita por iniciativa do próprio devedor, criando uma sociedade subsidiária para receber seu estabelecimento empresarial e uma SPE, para adquirir os créditos dos seus credores. Neste caso, entendeu-se que a subsidiária poderá assumir qualquer das formas de sociedade empresarial, sendo empresarial a atividade que vai exercer, pois assumirá o estabelecimento do devedor. Já quanto à SPE, terá ela a forma exigida pelo modelo de assunção de dívida escolhido no *plano de recuperação*. Sendo mediante a emissão de valores mobiliários, sua forma será obrigatoriamente de sociedade anônima. Não sendo esta a opção, poderá adotar uma das demais formas de sociedade típicas personificadas, à exceção da cooperativa.

De qualquer modo, não se poderá compreender, para a SPE criada pelo devedor, a existência de negócio jurídico indireto, pois não estão presentes, neste caso, os elementos identificadores necessários dessa espécie.

Esta, em suma, a síntese deste capítulo. Partindo dela, e daquelas existentes nos demais capítulos, passamos às conclusões deste trabalho.

## CONCLUSÃO

Não seria adequado, em nosso pensar, utilizar este epílogo para repetir o que fora dito no decurso do trabalho. É mais sensato abreviar nossos comentários para reconduzir alguns aspectos que reputamos de maior importância. Antes, porém, importa destacar a cautela com que o fazemos, pois não há qualquer pretensão de tornar o tema fechado, indiscutível, porém de promover a oportunidade para o debate, considerando o seu caráter inovador.

De plano, resalte-se o **modelo de exposição** empregado. A metodologia utilizada promoveu o assentamento do trabalho sobre dois pilares, quais sejam, o da *função* e o da *estrutura*. Como vêm postulando os doutrinadores, especialmente aqueles que trabalharam na formulação da LRE, esse diploma tem um escopo a cumprir quando disciplina a recuperação de empresas. Esse fim é, precipuamente, estabelecer os meios de reconduzir a empresa em crise à sua atividade normal. A investigação centrada nesse ponto permitiu analisar quais os modelos adequados para o cumprimento desse mister. Outorga-se, assim, a devida **resposta àquela formulação** proposta na Introdução deste estudo.

Partindo-se do regime político capitalista, investigaram-se as estruturas societárias adequadas para limitar e empregar a referida função, especialmente por meio das SPE, modelo eleito como objeto do trabalho. Essa forma de investigação proporcionou um posicionamento lógico-dedutivo, de modo a apresentar-se o desfecho para o problema colocado, sem solução de continuidade.

Inicialmente, destacou-se que o intérprete legal deve agir, sempre, de modo sistêmico, considerando a teleologia da lei, ou seja, a recuperação ou manutenção da atividade produtiva. Neste aspecto, não há margem para manobras, de sorte a pretender-se definir outros interesses como prioritários. Por força do artigo 47 da LRE, pode-se perceber exatamente qual o sentido axiológico da recuperação de empresas, razão pela qual se prega a inflexibilidade desse *fim*, a impossibilidade de alteração, pelo intérprete, da *função* estabelecida pelo legislador.

Dentro, ainda, da sistemática de interpretação a ser adotada, indicou-se que também a recuperação de empresas está impregnada pela divisão dos credores em classes, de tal sorte a vincular o aplicador da norma. Essa vinculação, em princípio, deve remanescer mesmo após a aprovação do *plano*, de forma que serão preservados os interesses considerados prioritários pelo legislador, salvo se na sua aprovação essas prioridades forem expressamente excluídas.

Quanto à estrutura, não há dúvidas de que se trata de *meio* para realização de *fim*. Como *meio*, não tem a mesma rigidez deste, podendo ser alterada sua forma, sem que se altere o produto. Partindo-se dessa premissa, foi promovida a sua análise abordando dois tipos de SPE: a criada pelos credores e a constituída pelo próprio devedor.

A doutrina consultada a respeito da SPE geralmente tangenciou-a, outorgando-lhe tratamento pouco aprofundado. Em regra, esclareceu sua adaptabilidade a todos os tipos societários e enalteceu que não só por via de sociedades pode-se explorar um propósito específico, havendo outros meios de *contratar* esse escopo.

Não podemos concordar com a primeira conclusão dessa doutrina, bem como esclarecemos que, **segundo nossa tese, o propósito específico, desde que fixado, torna-se imutável, sob pena de sua desnaturação**. Após revisão das formas societárias regulamentadas no direito brasileiro, **concluimos deverem ser excepcionadas da possibilidade de exploração de propósito específico as sociedades cooperativas**. Em nossa tese, elas não podem ser contratadas com esse propósito, em decorrência da inexistência de um interesse social próprio, distinto do interesse dos cooperados. Elas, portanto, não podem explorar um propósito específico. Quando muito, estarão explorando propósitos dos cooperados, o que permite a mutabilidade e inconstância, próprias da inexistência de um interesse que sobrepuje os interesses dos indivíduos.

Nosso encaminhamento, no entanto, não afasta, como se poderia pensar, a possibilidade de exploração dessa modalidade de propósito por meio de sociedades não-empresárias. Ao contrário, concluimos ser adequada para a adjudicação dos

ativos do devedor a SPE formada pelos credores sob a modalidade de sociedades não-empresárias, nas formas de **limitada** ou **anônima**. Nossa **tese**, nesse sentido, decorre do fato de as sociedades não virem a desenvolver atividade econômica organizada ao recepcionarem tais ativos. São constituídas para atuarem exclusivamente nos trâmites que darão ensejo ao recebimento dos ativos e, uma vez levada a efeito a adjudicação, entram em liquidação, para que os sócios anteriormente credores do devedor comum possam partilhar os bens.

Por outro lado, sua estrutura que, em regra, é utilizada para sociedades empresárias, neste caso servirá para organizar as diferentes classificações dos sócios/credores. Tratando-se de entes melhor dotados de órgãos internos e com características que permitem aos instituidores a criação de níveis distintos de deliberação, possuem a estrutura ideal para o exercício da função prevista pelo legislador.

Questão que mereceu especial atenção neste trabalho diz respeito à extinção da obrigação do devedor, adjudicando, em pagamento, seus bens à sociedade constituída pelos credores (art. 50, XVI, LRE). Ora, se a sociedade tem personalidade jurídica, é ela ente distinto dos seus sócios. Sendo assim, ficaria o problema a resolver, pois quem receberia os ativos não seria a mesma pessoa que deteria os créditos.

Promovida a análise, nossa **tese** é de que essa possibilidade decorre da natureza jurídica dessa operação, a qual pode ser explicada pela via do **negócio jurídico indireto**. De fato, os credores geralmente não têm, entre eles, a necessária *affectio societatis* para a constituição da sociedade. Seu vínculo, ou a motivação que os leva a que se unam em torno de um propósito comum, não é o do desenvolvimento de uma determinada atividade. Esse laço é decorrência de um objetivo a ser alcançado para fora da própria sociedade, que é o recebimento de seu crédito.

No entanto, a constituição do ente coloca-se como um móvel para atingimento do fim colimado. E, longe de ser simulado ou ilícito, esse fim remoto é claro no momento de criação do negócio realizado. Cria-se a sociedade, não para o desenvolvimento de uma determinada atividade que a ela seja relacionada, mas especialmente para

receber o crédito que é dos sócios componentes. A adoção dessa natureza jurídica permite explicar como a sociedade, mesmo sem ser credora, adjudica os ativos do devedor, sem que se possa cogitar de defeito do negócio jurídico.

Mas, para além dessa forma legalmente prevista de constituição de sociedade, consideramos uma outra. Aquela decorrente da iniciativa de o próprio devedor criar uma sociedade subsidiária para receber seu estabelecimento empresarial e uma SPE para adquirir os créditos dos seus credores.

Nesse caso, entendeu-se que a subsidiária poderá assumir qualquer das formas de sociedade empresarial. Tal síntese decorre do pensamento de que ela passará a exercer a empresa do devedor. E se o caso é de exercício de empresa, naturalmente a forma empresarial será a adotada pela sociedade.

Quanto à SPE, ela terá a forma exigida pelo modelo de assunção de dívida estabelecido no *plano de recuperação*. Se o modelo for pela emissão de valores mobiliários, sua forma será obrigatoriamente de sociedade anônima. Não sendo esta a opção, poderá adotar uma das demais formas de sociedade típicas personificadas, à exceção da cooperativa.

De qualquer modo, não se poderá compreender da natureza jurídica da SPE criada pelo devedor, a existência de negócio jurídico indireto, pois não estão presentes, neste caso, os elementos identificadores necessários dessa espécie.

Estas, em síntese, nossas conclusões, com as quais não temos a pretensão de dar o assunto por isento de quaisquer discussões ou críticas, ficando claro, no entanto, que foram elas fruto de reflexões levadas a efeito sobre bases empiricamente relevantes, como foi demonstrado ao longo do trabalho.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2005.

AMARAL, Hermano de Villemor. **Das sociedades limitada**. 2.ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia., 1938.

ANGELICI, Carlo. **La Società Nulla**. Milão: Giuffrè, 1975.

ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. **Os grupos de sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária**. Coimbra: Almedina, 2002.

ASCARELLI, Tullio. **Studi in Tema di Societ**. Milão: Giuffrè, 1952.

\_\_\_\_\_. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva, 1969.

\_\_\_\_\_. O negócio indireto. In: \_\_\_\_\_. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva, 1969.

ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. **Rivista del diritto commerciale**, v.41, 1943.

AURICCHIO, Alberto. Negozio Indiretto. In: **Novissimo Digesto Italiano**, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1965. v.11. p.220-222.

AVELÃS NUNES, A. J. **Noção e objeto da economia política**. Coimbra: Almedina, 1986.

\_\_\_\_\_. Os sistemas econômicos. In: **Separata do Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v.16, 1994.

\_\_\_\_\_. **Neoliberalismo & direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS LEÃES, Luiz Gastão Paes de. **Comentários à lei das S.A.** São Paulo: Saraiva, 1980.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Comentários à lei das sociedades anônimas**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BESSONE, Darcy. **Instituições de direito falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

BRUNETTI, Antonio. **Trattato del Diritto delle Società**. Milão: Giuffrè, 1948.

BULGARELLI, Waldírio. Reforma da lei de falências. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, n.83, p.122-136, 1991.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

CARVALHO, Orlando de. Negócio jurídico indirecto. In: \_\_\_\_\_. **"Escritos – Páginas de Direito I"**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Do direito de empresa. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). **Comentários ao código civil** (arts. 1.052 a 1.195). 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.13.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **O direito hoje e com que sentido?: o problema actual da autonomia do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fabio Konder. **Ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

\_\_\_\_\_. Consórcios de empresas. In: \_\_\_\_\_. **Ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

\_\_\_\_\_. Os grupos societários na nova lei de sociedades por ações. In: \_\_\_\_\_. **Ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

\_\_\_\_\_. A reforma da empresa. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, n.50, p.57-74, 1983.

\_\_\_\_\_. **Direito empresarial**. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. Eleição de diretores em companhia aberta. Validade e eficácia de reuniões do conselho de administração de sociedade anônima. 'Quorum' deliberativo em assembléias gerais de companhia aberta. In: \_\_\_\_\_. **Direito empresarial**. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. Ineficácia de estipulação, em acordo de acionistas, para eleição de diretores, em companhia com conselho de administração. In: \_\_\_\_\_. **Direito empresarial**. São Paulo: Saraiva, 1990.

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

CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine. **A dupla crise da pessoa jurídica**. Curitiba: Saraiva, 1979.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade anônima**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COSSALTER, Phillippe. A "Private Finance Initiative". Trad. Marçal Justen Filho. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, n.6, p.127-180, abr./jun. 2004.

COSTA, Philomeno J. da et al. Ata da Reunião do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, n.54, p.153-160, 1984.

CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. **A sociedade por cotas de responsabilidade limitada**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

DURKHEIM, Emile. Aula Inaugural. In: CASTRO, Ana Maria e DIAS, Edmundo. **Introdução ao pensamento sociológico**. 7.ed. Rio de Janeiro: Eldorado, 1980.

ESTRELLA, Hernani. **Direito comercial (estudos)**. São Paulo: José Konfino, 1969.

\_\_\_\_\_. Dissolução de sociedade por quotas. In: \_\_\_\_\_. **Direito comercial (estudos)**. São Paulo: José Konfino, 1969.

EZQUERRA, Juana Pulgar. Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación. In: VILLAVARDE, R. G.; UREBA, A. A.; EZGUERRA, J. P. **Derecho Concursal Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal**. Madrid: Dilex, 2004.

FERNANDES, Florestan. **Fundamentos empíricos da explicação sociológica**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Compêndio de sociedades mercantis**. São Paulo: Freitas Bastos, 1940.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito comercial**. São Paulo: Freitas Bastos, 1947.

\_\_\_\_\_. **Tratado das sociedades mercantis**. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1958.

FERRER CORREIA, A. **Estudos de direito civil, comercial e criminal**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1985.

\_\_\_\_\_. Reivindicação do estabelecimento comercial como unidade jurídica. In: \_\_\_\_\_. **Estudos de direito civil, comercial e criminal**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1985).

FRONTINI, Paulo Salvador. Reflexões sobre a reforma da lei de falências. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico Financeiro**, n.31, p.43-51, 1978.

GALGANO, Francesco. **Diritto commerciale**: le società. 2.ed. Bologna: Zanichelli, 1984.

\_\_\_\_\_. **I contratti di impresa. I titoli di credito. Il fallimento**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1985.

GANDY, D. Ross. **Marx e a história da sociedade primitiva ao futuro comunista**. Trad. Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.



GARCIA VILLAVERDE, Rafael. El presupuesto subjetivo de la apertura del concurso. In: VILLAVERDE, R. G.; UREBA, A. A.; EZGUERRA, J. P. VILLAVERDE, R. G.; UREBA, A. A.; EZGUERRA, J. P. **Derecho Concursal Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal**. Madrid: Dilex, 2004.

GARRIGUES, Joaquín. **Problemas atuais das sociedades anônimas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1982.

GENOVESE, Anteo. **La nozione giuridica dell'imprenditore**. Padova: Cedam, 1990.

GOMES, Manoel Eduardo A. Camargo e. Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no processo de formação de tutela jurídico-políticas. In: **Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar**. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

GOMES, Orlando. Conferência proferida no Congresso Brasileiro sobre Direito do Consumidor, promovido pelo Instituto dos Advogados do Paraná em dezembro 1986 (fotocópia).

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário**. Curitiba: Juarez de Oliveira, 2004.

\_\_\_\_\_. **Lições de direito societário II: sociedade anônima**. Curitiba: Juarez de Oliveira, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUIMARÃES, Leonardo. A SPE – Sociedade de Propósito Específico. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico Financeiro**, n.125, p.129-137, 2002.

HUGOT, J.; RICHARD, J. **Les Sociétés Unipersonnelles**. Paris: LITEC, s.d.

JAEGER, Pier Giusto. La nozione d'impresa dal codice allo statuto. **Quaderni di Giurisprudenza Commerciale**, Milão, n.65, 1985.

JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. **Appunti di Diritto Commerciale – I – Impresa e Società**. Milão: Giuffrè, 1992.

KATZWINKEL JR., Edgar. **Dissolução de sociedade limitada pela vontade do sócio**. Curitiba, 1988. Dissertação (Mestrado) - UFPR.

LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. **Freakonomics**. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

LOBO, Jorge. **Direito concursal**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LOBO, Jorge; PIMENTEL, Sérgio. A recuperação da empresa em crise no direito francês. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico Financeiro**, n.113, p.148-153, 1999.

LOPES, Mauro Brandão. **A sociedade em conta de participação**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MACHADO, Rubens Approbato. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAGALHÃES, Rubens Aguiar. **Iniciação ao direito falencial**. São Paulo: Max Limonad, 1982.

MAMEDE, Gladston. **Direito societário**: sociedades simples e empresárias. São Paulo: Atlas, 2004.

MARCONDES, Sylvio. **Questões de direito mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

\_\_\_\_\_. A fundação no direito privado e no direito público. In: \_\_\_\_\_. **Questões de direito mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

\_\_\_\_\_. Direito mercantil e atividade negocial no projeto de código civil. In: \_\_\_\_\_. **Questões de direito mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MARTINEZ, Carolina Del Carmen Castillo. El Proyecto Español de Ley Concursal en el Marco de la Armonización del Derecho Europeo: El principio de universalidad y la clasificación de los créditos en el concurso. **Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial**, Navarra, n.10, p.83-104, 2003.

MARTINS, Fran. **Comentários à lei das S.A.** Rio de Janeiro: Forense, 1985. 3v.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito comercial**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1980.

MONTERO, Álvaro Espina. **Crisis de Empresas y Sistema Concursal**: La reforma española y la experiencia comparada. Madrid: Consejo Económico y Social, 1999.

MOREIRA, Vital. **Administração autônoma e associações públicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**: poder de controle e grupos de sociedades. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

NAVARRINI, U.; FAGGELLA, G. **Das sociedades e das associações comerciais**. Trad. Valentina Borguerth Loehnefinke. Conferido com o original, revisto e anotado por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2003.

PACHECO, José da Silva. **Processo de falência e concordata**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

PAJARDI, Piero. **Radici e ideologia del fallimento**. 2.ed. Milão: Giuffrè, 2002.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. Associações voluntárias de empresas. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico Financeiro**, n.52, p.44-63, 1983.

\_\_\_\_\_. **Dissolução e liquidação de sociedades**. São Paulo: Saraiva, 2000.

POSCA, Domenico. **Prime riflessioni sulle principali novità in materia fallimentare introdotte dal D.L. 35/05**. Nápoles: 2005. Disponível em: <<http://www.ilfallimento.it/dottrina>>. Acesso em: nov. 2005.

PRZEWORSKI, Adam. **Estado e economia no capitalismo**. Trad. Argelina C. Figueiredo e Pedro P. Bastos. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.

QUIJANO, Aníbal. Sistemas alternativos de produção? In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p.474-512.

REQUIÃO, Rubens Edmundo. **A sociedade de propósito específico**. Disponível em: <[www.requiaomiro.adv.br/artigo13.htm](http://www.requiaomiro.adv.br/artigo13.htm)>..Acesso em: 04 dez. 2005.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. Curitiba: Saraiva, 1972.

\_\_\_\_\_. A crise do direito falimentar brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 71, v.249, p.89-94, jan./mar. 1975.

\_\_\_\_\_. **Aspectos modernos de direito comercial**. Curitiba: Saraiva, 1986. 3v.

\_\_\_\_\_. Insolvência e preservação da empresa. In: \_\_\_\_\_. **Aspectos modernos de direito comercial**. Curitiba: Saraiva, 1986. 3v.

\_\_\_\_\_. O objeto social nas sociedades anônimas. In: \_\_\_\_\_. **Aspectos modernos de direito comercial**. Curitiba: Saraiva, 1986. 3v.

\_\_\_\_\_. **Comentários à lei das sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1986. v.1.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1993. 2v..

\_\_\_\_\_. **Curso de direito comercial**. Curitiba: Saraiva, 2003. 2v..

ROCHA, João Luiz Coelho da. Os consórcios de empresas e seus riscos jurídicos. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, n.115, p.83-87, 1999.

\_\_\_\_\_. Novas alternativas e derivações jurídicas para a agregação empresarial. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, n.118, p.94-100, 2000.

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

\_\_\_\_\_. **O novo direito societário**. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. Sociedade simulada. In: \_\_\_\_\_. **O novo direito societário**. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. Sociedade anônima: interesse público e privado. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, n.127, p.07-20, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza; RODRÍGUEZ, César. Para ampliar o cânone da produção. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p.23-78.

SCHMIDT, Karsten. Fundamentos del nuevo derecho concursal alemán. La Ley alemana de Insolvencia de 1994 (InsO). In: VILLAVARDE, Rafael García; , Alberto Alonso; EZQUERRA, Juana Pulgar (Dir.). **Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001**. Madrid: Dilex, 2001. p.16-39.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SIMÃO FILHO, Adalberto. **A nova sociedade limitada**. Barueri: Manole, 2004.

SINGER, Paul. Economia solidária. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p.79-130.

SOUZA JR., Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

STUBER, Walter Douglas. **As novas regras da CVM sobre as entidades de propósito específico**. Disponível em: <[www.ibcbrasil.com.br](http://www.ibcbrasil.com.br)>. Acesso em: 19 nov. 2005.

SZTAJN, Rachel. **Contrato de sociedade e formas societárias**. São Paulo: Saraiva, 1989.

TEPEDINO, Ricardo. A recuperação da empresa em crise diante do Decreto-lei 7.661/1945. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, n.128, p.165-173, 2002.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A disciplina jurídica das empresas em crise no Brasil: sua estrutura institucional. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, n.122, p.168-172, 2001.

\_\_\_\_\_. Lei de falências: alienação de estabelecimento da concordatária. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, n.128, p.275-286, 2002.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Sociedades por ações**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

\_\_\_\_\_. **Comentários à lei de falências**. 4.ed. São Paulo: Forense, 1999. 4v.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; BARROS, Zanon de Paula. A recepção do "drop down" no direito brasileiro. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, n.125, p.41-47, 2002.

WEBER, Max. **Ensaios de sociologia**. 5.ed. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982.