

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 16

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
janeiro / junho de 2015

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto e Viviane Perez.

Pareceristas Deste Número: Adem Bafti (UNIVAP), Caroline da Rosa Pinheiro (UFRJ), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Jacques Labrunie (PUC-SP), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Milena Donato Oliva (UERJ) e Sergio Negri (UFJF).

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 16 (janeiro/junho 2015)
. — Rio de Janeiro: Processo, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2016.

Editorial

Apresento o conteúdo deste volume da Revista Semestral de Direito Empresarial, que conta com 9 artigos em variadas áreas do Direito Empresarial.

Abre o volume o trabalho do Prof. Dr. Javier Megías López, Doutor *cum laude* em Direito Mercantil pela Universidad Complutense de Madrid e docente nessa Universidade, sobre a competência de gestão da Assembleia Geral de sociedades de capital na Espanha e suas relações internas e externas. O texto explora as alterações promovidas pela Lei 31, de 3 de dezembro de 2014, na nítida separação funcional que existia entre os órgãos obrigatórios nas sociedades de capital. A referida Lei conferiu à assembleia geral uma maior implicação nas decisões que, historicamente, pertenciam ao órgão de administração. O autor analisa as consequências desta nova regulação sobre distribuição de competência entre órgãos em matéria de representação e responsabilidade.

Em seguida, Juan Luiz Souza Vazquez, mestre em Direito, professor de Direito Comercial da pós-graduação *lato sensu* da FGV/Direito Rio e promotor do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, discorre sobre a Sanção de Inabilitação no Direito Concursal Espanhol. No louvável e bem construído trabalho, o Dr. Juan expõe a inabilitação como uma sanção pessoal prevista na Lei Concursal espanhola (Lei 22/2003), cuja consequência é a proibição para o exercício da atividade empresarial e a administração de bens alheios. Sem embargo, esta medida de natureza predominantemente repressiva não será aplicada em todos os processos concursais, mas tão-somente naqueles em que for aberta a denominada “Sección de Calificación” do concurso de credores. Iniciada a referida Seção, caso o juiz reconheça que o concurso é “culpable”, irá determinar a inabilitação das pessoas afetadas pelo concurso, pelo período de 2 a 15 anos. O trabalho também analisa a razão da manutenção da sanção de inabilitação na le-

gislação concursal espanhola e a possibilidade de ser aplicada de ofício pelo magistrado, bem como a fixação de seu prazo de duração.

Com nossas justas homenagens, o Prof. Dr. Manoel Justino Bezerra Filho, Doutor e Mestre em Direito Comercial e autor de relevantes obras jurídicas, nos oferece seu trabalho sobre a Recuperação Judicial e o Produtor Rural, em coautoria com o Dr. Adriano Ribeiro Lyra Bezerra, mestrando em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP e professor convidado da Escola Paulista da Magistratura – EPM e do COGAE/PUC-SP. O artigo analisa a situação jurídica da sociedade que explora empresa rural e que optou pela inscrição do ato constitutivo na Junta Comercial, ficando, por conseguinte equiparada para todos os fins à sociedade empresária, com fundamento no art. 984 do Código Civil. Tal dispositivo é conjugado com o prazo mínimo de exercício regular da empresa previsto no artigo 48 da Lei nº 11.101/2005. A análise dos autores – e que ainda não encontrou pacificação jurisprudencial ou doutrinária – é no sentido de tentar determinar se estas “atividades” referidas no artigo 48, poderão ter o lapso temporal de dois anos preenchido apenas pelo prazo que correr a partir do registro na Junta Comercial ou, ao contrário, estas “atividades” podem ser contadas a partir do início do exercício do trabalho do empreendedor rural, mesmo sem inscrição no Registro de Empresas.

Rendendo nossos efusivos agradecimentos pela contribuição com a RSDE, Ana Frazão, advogada, mestre e doutora em Direito Comercial, ex-Conselheira do CADE e ex-Diretora da Faculdade de Direito da UnB, estuda com viés transdisciplinar os grupos societários no Direito do Trabalho, os critérios de configuração e suas consequências. No texto, a autora sustenta que as dificuldades decorrentes dos arranjos societários sofisticados observadas entre os agentes econômicos se apresentam com intensidade para o Direito do Trabalho. Tal quadro torna necessária a implementação de regime de responsabilidade que possibilite que as normas trabalhistas sejam ferramentas efetivas de defesa do trabalhador. Entretanto, a jurista pondera ser essencial que a regulação jurídica encontre o equilíbrio para administrar a tensão entre poder empresarial e responsabilidade. Demonstrando sua preocupação com o alargamento desordenado da respon-

sabilidade empresarial em razão da adoção de determinada concepção de grupo, o trabalho procura explorar os critérios para a configuração dos grupos no âmbito do Direito do Trabalho, bem como as suas principais consequências, revelando ser imperioso a adoção de critérios minimamente racionais e consistentes para a responsabilização.

O quinto artigo do presente volume tem como autoras Unie Caminha e Beatriz Randal Pompeu Mota, respectivamente, Doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP) e professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e da Universidade Federal do Ceará (UFC), e mestranda em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza. O trabalho investiga, com supedâneo em teorias e análise econômicas, a intervenção judicial e suas consequências na atividade das operadoras de planos de saúde e no mercado de saúde suplementar, a partir de análise de decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará em processos relacionados ao tema, julgados em 2015.

Carlos Martins Neto e Nicholas Furlan Di Biase discorrem sobre os aspectos atuais das campanhas de financiamento coletivo no Brasil, conhecidas no jargão técnico como “*equity crowdfunding*”. O primeiro autor é advogado no Rio de Janeiro, mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e professor convidado nos cursos de pós-graduação *lato sensu* da FGV-Direito Rio e do COPPEAD/UFRJ; o segundo é acadêmico de Direito na UERJ. O trabalho analisa se campanhas de financiamento coletivo de sociedades em estágio inicial de desenvolvimento podem ser caracterizadas como ofertas públicas de valores mobiliários e aponta as consequências decorrentes de tal constatação. Para tanto, os autores verificam o modo como tais campanhas vem sendo realizadas no Brasil e, na sequência, examinam as vantagens e desvantagens do modelo adotado pelo mercado brasileiro, especialmente no tocante aos custos das operações e à proteção conferida aos investidores.

O jovem e promissor advogado, professor de Direito Comercial no Rio de Janeiro, Cláudio Luiz de Miranda, apresenta artigo so-

bre o pedido de restituição na falência, fruto de suas pesquisas enquanto membro discente do grupo de pesquisa institucional Empresa e Atividades Econômicas, do CNPq, e mestrando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. O ensaio discorre sobre a evolução histórica do pedido de restituição para apresentar suas bases, desde sua origem e desenvolvimento no direito brasileiro. Nessa perspectiva, o autor compõe os principais elementos atuais desse tema, apontando as principais controvérsias e aplicações hodiernas deste instituto.

“Quórum deliberativo e virtualização do capital social: diálogos com o REsp. 1.459.190/SP” é o título do penúltimo artigo desse volume da RSDE, assinado por Marcelo Lauar Leite. O autor é mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN e professor assistente na Universidade Federal Rural do Semiárido – UFERSA. Em 2016, o Superior Tribunal de Justiça aplicou o art. 1.074, § 2º, do Código Civil, e decidiu que a participação social de um quotista no capital, em processo de exclusão extrajudicial, não deveria ser aferida para fins de verificação do quórum necessário àquele desiderato. Em suma, a decisão autorizou a virtualização casuística do capital social, expressando que o quórum previsto no contrato social fosse aferido em face das participações dos quotistas não acusados, as quais seriam consideradas, para esse efeito particular, como representantes de 100% (cem por cento do capital social). Para investigar a juridicidade dessa decisão, o autor perpassa os fundamentos doutrinários, contrapondo-os com base na natureza e nos consectários do capital social e das quotas societárias. A partir daí, apresenta elementos jurimétricos consistentes e evidencia, com absoluta pertinência, que a posição tomada pelo STJ carece de lastros jurídico e racional de aplicabilidade.

Encerra o presente volume o trabalho de Samuel Max Gabbay e Thiago de Lucena Motta, denominado “Grupos societários e extensão falimentar: um estudo crítico”. Samuel Gabbay é mestre em Direito Constitucional na UFRN, onde integrou, como bolsista, o Programa de Formação em Recursos Humanos nº 36 da ANP, sob a competente e dinâmica coordenação do Prof. Titular Yanko Marcius de Alencar Xavier. Thiago de Lucena Motta é advogado, bacharel em Direito pela

UFRN e pesquisador do grupo de pesquisa Direito e Regulação dos Recursos Naturais e da Energia da UFRN, também coordenado pelo prof. Yanko Xavier. Os autores discorrem no trabalho sobre o entendimento do STJ sobre a extensão dos efeitos da falência envolvendo sociedade integrante de grupo societário às demais integrantes do grupo, em caso de fraude. A Corte compreende que, na situação apontada e a despeito de ausência de qualquer previsão na Lei nº 11.101/2005, é necessário provar a ocorrência de abuso de personalidade jurídica e a existência de um grupo econômico. Com pleno acerto, os autores sustentam que a solução jurisprudencial não se afigura como a mais adequada, não só por invocar a *disregard doctrine* como fundamento para a dissolução judicial de sociedades pela falência (quando se sabe que o escopo do instituto não é esse), mas também por violar os princípios da preservação da empresa e da economia processual. Diante do total desacerto do posicionamento do STJ, os autores propõem um modelo baseado na responsabilização direta das sociedades praticantes da fraude, em harmonia com o sistema formado pelas legislações civil, societária e falimentar.

A todos, leitores, autores e colaboradores da RSDE, meus sinceros agradecimentos pelo inestimável apoio.

Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves
Chefe do Departamento de Direito Comercial e Trabalho
Faculdade de Direito/UERJ

Colaboraram neste número

Adriano Ribeiro Lyra Bezerra

Mestrando em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Especialista em Direito Comercial pela Escola Paulista da Magistratura – EPM. Graduado pela Universidade de São Paulo – USP. Auxiliar no sistema PAI na Faculdade de Economia e Administração – FEA da USP. Professor convidado da Escola Paulista da Magistratura – EPM e do COGEAE/PUC-SP. E-mail: adrianoribeiro@hotmail.com

Ana Frazão

Doutora em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília – UnB. Professora de Direito Civil e Comercial da UnB. Ex-Diretora da Faculdade de Direito da UnB. Ex-Conselheira do CADE. Advogada. E-mail: anafrazaovieirademello@gmail.com

Beatriz Randal Pompeu Mota

Mestranda em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza. E-mail: beatrizrandal@gmail.com

Carlos Martins Neto

Mestre em Direito de Empresa e Atividades Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor do Programa de Pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV-RIO. Professor convidado do MBA em Finanças do COPPEAD/UFRJ. Advogado no Rio de Janeiro. E-mail: carlos@moreiramenezes.com.br

Cláudio Luiz de Miranda

Mestrando em Direito de Empresa pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor substituto de Direito Comercial da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor do Programa de Pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV-RIO e do MBA do Instituto COPPEAD/UFRJ. Advogado no Rio de Janeiro. E-mail: claudio@moreiramenezes.com.br

Javier Megías López

Doctor con Mención Europea en Derecho Mercantil por la Universidad Complutense de Madrid *cum laude* y Premio extraordinario de doctorado. Professor de Derecho Mercantil en la Universidad Complutense de Madrid. Codirector del Máster en Asesoría Jurídica de Sociedades de la Universidad Complutense de Madrid. Secretario de la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal – RCP. E-mail: jmegias@ucm.es

Juan Luiz Souza Vazquez

Doutorando em Direito Mercantil pela Universidad Complutense de Madrid. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela UCM-RJ. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Coordenador acadêmico de Processo Civil Societário e de Sociedades Empresárias do LLM em Direito Societário da Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV/RJ. Professor de Direito Empresarial do Curso CERS. E-mail: juan.vazquez2013@icloud.com

Manoel Justino Bezerra Filho

Doutor e Mestre em Direito Comercial, especialista em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor da Escola Paulista da Magistratura – EPM. Associado Fundador do Instituto Brasileiro de Estudos de Recuperação de Empresas – IBR-SP e do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial – IBRADEMP-SP. Associado Honorário do Instituto de Direito de Recuperação de Empresas – IDRE-PR. E-mail: manoeljustino@hotmail.com

Marcelo Lauar Leite

Doutorando em Ciências Jurídico-Empresariais pela Universidade de Coimbra – UC. Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Professor Assistente na Universidade Federal Rural do Semiárido – UFRSA. Advogado. E-mail: marcelo.lauar@ufersa.edu.br

Nicholas Furlan Di Biase

Discente da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. E-mail: nicholas@moreiramenezes.com.br

Samuel Max Gabbay

Doutorando em Ciências Jurídico Económicas na Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa. Mestre em Direito Constitucional na Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito do Petróleo, Gás Natural e Bicomcombustíveis pelo Programa de Formação em Recursos Humanos n. 36 da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocomcombustíveis. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Advogado. E-mail: samuelgabbay@hotmail.com

Thiago de Lucena Motta

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Pesquisador do grupo de pesquisa Direito e Regulação dos Recursos Naturais e da Energia da UFRN. Advogado. E-mail: thiago@lmlnatal.com.br

Uinie Caminha

Doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo – USP. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. Professora da Universidade Federal do Ceará. E-mail: ucaminha@gmail.com

LA COMPETENCIA DE GESTIÓN DE LA JUNTA GENERAL DE SOCIEDADES DE CAPITAL EN ESPAÑA: RELACIONES INTERNAS Y EXTERNAS¹

MANAGEMENT POWER OF SHAREHOLDERS' MEETING IN SPANISH COMPANIES: INTERNAL AND EXTERNAL IMPLICATIONS

Javier Megías López

Resumen: La neta separación funcional entre los órganos necesarios de las sociedades de capital ha sufrido un reciente cambio orientado a permitir a la junta general una mayor implicación en las decisiones que históricamente han pertenecido al órgano de administración. El presente trabajo explora las consecuencias que en materia de representación y de responsabilidad implica la nueva regulación sobre distribución de competencias entre órganos.

Palabras clave: Junta general. Órgano de administración. Competencias. Gestión. Activos esenciales.

Abstract: Functional separation between corporate directors and shareholders has undergone recent changes to allow shareholders meeting more involvement in matters that have historically belonged to directors. This work analyzes the implications of the new

¹ Artigo recebido em 18.07.2016 e aceito em 07.11.2016.

norms distributing powers in representation of the corporations and liability of directors.

Keywords: Shareholders meeting. Directors. Powers. Management. Essential assets.

Sumario: 1. Planteamiento: la distribución orgánica de competencias y conflictos entre los órganos. 2. Competencia de la junta general en materia de gestión: relevancia sobre el poder de representación y la responsabilidad de los administradores. 2.1. La atribución voluntaria de competencia: previsión estatutaria, sumisión por los administradores, e impartición de instrucciones por la junta. 2.2. La nueva atribución legal de competencia para la adquisición o disposición de activos esenciales.

1. Planteamiento: la distribución orgánica de competencias y conflictos entre los órganos.

Como es sabido, la junta general de las sociedades de capital delibera y decide sobre los asuntos propios de su competencia, entendiéndose con dicha afirmación que la competencia del órgano de socios se limita a los asuntos que dispone la Ley y en su caso (como veremos) los que puedan prescribir los estatutos, al contrario de la competencia abierta, genérica y no delimitada que tiene el órgano de administración sobre la gestión y la representación de la sociedad². La

2 Así se desprende incluso del tenor del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC): nótese la diferencia entre lo previsto por el art. 159, en relación con el art. 160, sobre la competencia de la junta general y el tenor del art. 209 de la misma Ley sobre la competencia del órgano de administración. *Vid.* al respecto a ESTEBAN VELASCO, G. [comentario al] Artículo 160. Competencia de la Junta. *In:* ROJO, A.; BELTRÁN, E. (coords.) *Comentario de la ley de sociedades de capital*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 1201-1203; también SÁNCHEZ CALERO, F. *La junta general en las sociedades de capital*. Navarra: Thomson-Civitas, 2007, p. 52 y ss.; y BOQUERA MATARREDONDA, J.; LATORRE CHINER, N. Distribución y conflictos de competencias en la sociedad anónima no cotizada. *In:* EMBID IRUJO, J. M. (coord.). *Las competencias*

doctrina ha clasificado la competencia natural de la junta general en dos grandes grupos de materias: la potestad sobre asuntos de importancia estructural para la sociedad y el control general sobre la gestión social. A ello se añade un tercer grupo que alude a la competencia de la junta general en materia de gestión, como intrusión a la competencia natural del órgano de administración³. Esta atribución de competencias viene justificada por el carácter de la junta general de órgano supremo de la persona jurídica: no sólo decide sobre las cuestiones de mayor importancia, de relevancia incluso vital para la sociedad, sino que ejerce un papel de control sobre el desempeño del otro órgano necesario, llegando incluso a poder ejercer la labor de éste en situaciones concretas⁴. Desde un punto de vista estructural, esa supremacía de la junta general sobre el órgano de administración es más significativa en las sociedades cerradas que en las grandes sociedades abiertas; en éstas, el debilitamiento paulatino de esa supremacía es innegable, e inevitable, no correspondiendo el modelo legal con la realidad societaria⁵. Por el contrario, en las sociedades cerradas

de los órganos sociales en las sociedades de capital. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, p. 32 y ss. Para el contexto italiano, lo expresa en términos claros BUSI, C. A. *Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*. Pádua: CEDAM, 2008, p. 74: “la competencia de la junta sería, por ello, una competencia especial, mientras en sentido contrario el órgano de administración tendría una competencia general sobre todas las materias que no fuesen expresamente atribuidas a la competencia de la junta y que no recaigan en las específicas atribuciones del colegio sindical”. Es singular en el panorama comparado la previsión del Derecho portugués atribuyendo una competencia subsidiaria a la junta general para aquellas cuestiones no atribuidas por Ley o por estatutos a otros órganos, art. 373.2 del *Código das Sociedades Comerciais*.

3 ALONSO LEDESMA, C. El papel de la Junta General en el gobierno corporativo de las sociedades de capital. In: ESTEBAN VELASCO, G. (coord.). *El gobierno de las sociedades cotizadas*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 637 y ss.; Id. Artículo 160. Competencia de la Junta. In: ROJO, A.; BELTRÁN, E. (coords.) *Comentario de la ley de sociedades de capital*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, p. 1204 y ss.

4 Véanse las interesantes reflexiones sobre la supremacía de la junta general de GIRÓN TENA, J. *Derecho de sociedades anónimas (según la Ley de 17 de julio de 1951)*. Valladolid: Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 1952, p. 274-276.

5 En contraste con la nota anterior, nótese cómo se refirió a ello precisamente GIRÓN TENA,

los socios son más activos en el impulso directo de la actividad empresarial, pues su mayor capacidad de influencia en las decisiones sociales incentiva su participación al respecto, teniendo en cuenta que las consecuencias para ellos de dichas decisiones suelen ser más relevantes⁶. Desde un punto de vista tipológico, esa supremacía se ha llevado históricamente a la norma reguladora de los modelos de sociedades de capital, dotando a la junta de un papel mayor en la sociedad de responsabilidad limitada que en la sociedad anónima, singularmente por la facultad concedida a la junta de sociedades limitadas de impartir instrucciones sobre asuntos de gestión a los administradores, sin reconocimiento expreso de dicha prerrogativa a la junta de las

J. Las reformas varias, pendientes y andantes de la Sociedad Anónima en España. *La Ley*, n. 1, en breve en la p. 928, 1989. Entre otros muchos autores, *vid.* también ALONSO LEDESMA, *op. cit.*, p. 621-622; SÁNCHEZ CALERO, F. El declinar de la junta y el buen gobierno corporativo. *RDBB*, n. 104, p. 9 y ss., 2006; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. Administradores y Junta General: nuevas y viejas reflexiones sobre distribución y control del poder en las sociedades cotizadas. *RDBB*, n. 104, p. 88 y ss., 2006; o más recientemente SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.; TAPIA HERMIDA, A. Primacía de los accionistas e ineficiencia de la junta (La reforma de la LSC y los derechos de los accionistas). *E Prints Complutense*, n. 49, *passim*, mar. 2012. Esa decadencia de la junta en su papel jerárquico superior ha dado lugar a teorías que defienden la primacía del órgano de administración y proponen una postergación todavía mayor del papel de la junta general, por todos BAINBRIDGE, S. Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance. *UCLA School of Law Research Paper*, n. 02-06, *passim*, 2002; Id. *The New Corporate Governance in Theory and Practice*. Nueva York: Oxford University Press, 2008, *passim*.

6 En este sentido, y sin ánimo de exhaustividad sobre los caracteres de las sociedades cerradas, debe indicarse ahora que los socios en estas sociedades suelen obtener de ellas un rendimiento que integra buena parte de sus recursos económicos, habitualmente percibiendo retribución como miembros del órgano de administración, o por otro tipo de prestación de servicios a la empresa trabajador o “externo”, y desde luego con la eventual concreción de su derecho a participar en las ganancias a través del dividendo. Sobre la caracterización de las sociedades cerradas, desde un punto de vista tipológico, *vid.* por todos VIERA GONZÁLEZ, J. A. *Las sociedades de capital cerradas. Un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002, *passim*, especialmente ahora p. 44 y ss., y en breve p. 39-40. En la doctrina comparada, CLARK, R. *Corporate Law* Boston: Little, Brown and Company, 1986, p. 761 y ss.; WELLS, H. The Rise of the Close Corporation and the Making of Corporation Law. *Berkeley Bus. L. J.*, n. 5, *passim*, 2008; CRIVELLI VISCONTI, P. G. *Società a responsabilità limitata a struttura chiusa e intransferibilità delle quote*. Turín: Giappichelli, 2011, p. 1 y ss.; IMMENGA, U. *Die personalistische Kapitalgesellschaft*. Wiesbaden: Athenäum, 1970, *passim*; FRIEDEWALD, R. *Die personalistische Aktiengesellschaft*. Colonia: Heymann, 1991, *passim*.

sociedades anónimas⁷. Naturalmente, la intervención de la junta en asuntos de gestión genera un problema de conflicto interorgánico de competencias que debe resolver el Derecho, ya sea en términos de Derecho positivo, ya a través de la correcta interpretación teleológica de la norma.

La reciente Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo⁸, ha alterado parcialmente el esquema de competencias orgánicas en las sociedades de capital concediendo mayor protagonismo en asuntos de gestión a la junta general, sin distinción tipológica anónimas-limitadas ni estructural abiertas-cerradas. La ocupación por la junta de la esfera de competencias propia del órgano de administración que dispone la nueva norma se arbitra de dos modos. En primer lugar, se atribuye al órgano de socios la competencia exclusiva para decidir sobre la disposición o adquisición de activos esenciales, decisión que consecuentemente desaparece de la facultad y competencia del órgano de administración⁹; además, con alcance similar pero exclusivamente para sociedades cotizadas, amplía igualmente la competencia de la junta para decidir sobre la transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales de la sociedad¹⁰. En

7 Así lo disponía el art. 44.2 de la derogada Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, sin previsión equivalente en el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Como es natural, la refundición operada por la LSC mantuvo la diferencia en el art. 161. *Vid.* las reflexiones, tras la aprobación de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, de BISBAL MÉNDEZ, J. La junta general de sociedad de la sociedad de responsabilidad limitada. *In:* PAZ-ARES, C. (coord.). *Tratando de la sociedad limitada*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1997, p. 678-681; y en la misma obra colectiva ESTEBAN VELASCO, G. La administración de la sociedad de responsabilidad limitada. *Ibidem.* p. 709-714.

8 BOE núm. 293, de 4 de diciembre de 2014.

9 Véase la nueva redacción del art. 160.f) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC, que establece la competencia de la junta para “La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado”.

10 Con la reforma se introduce en la LSC un nuevo art. 511 bis, que en sede de cotizadas añade

segundo término, se elimina la diferencia histórica entre sociedades de responsabilidad limitada y sociedades anónimas en relación a la iniciativa de la junta general sobre asuntos de gestión, con el reconocimiento para todas las sociedades de capital de la facultad de la junta de intervenir al respecto, que en definitiva compone una competencia concurrente entre ambos órganos¹¹.

A continuación analizamos la competencia de la junta general en materia de gestión a la luz del nuevo planteamiento, en particular cómo afecta en su caso a las relaciones internas presididas por la responsabilidad frente a la sociedad por daños de los administradores, y a las relaciones externas, destacadamente a la representación de la sociedad frente a terceros, todo en relación a conductas realizadas en el contexto de la competencia de la junta, exclusiva o concurrente.

2. Competencia de la junta general en materia de gestión: relevancia sobre el poder de representación y la responsabilidad de los administradores.

2.1. La atribución o asunción voluntaria de competencia: previsión estatutaria, sumisión por los administradores, e impartición de instrucciones por la junta.

Existen tres posibilidades distintas para que la junta general de sociedades de capital ejerza su facultad decisoria sobre asuntos de

a las competencias generales de la junta previstas en el art. 160 “la transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque esta mantenga el pleno dominio de aquellas” art. 511.1.a), precisando que “se presumirá el carácter esencial de las actividades y de los activos operativos cuando el volumen de la operación supere el veinticinco por ciento del total de activos del balance” art. 511.2.

11 Art. 161 LSC, que en su nueva redacción sobre “Intervención de la junta general en asuntos de gestión” señala que “Salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234”.

gestión, materia como sabemos en principio reservada al órgano de administración. En primer lugar, una previsión estatutaria exigiendo la intervención de la junta general para decidir sobre determinados asuntos de gestión. En segundo lugar, el sometimiento por iniciativa de los administradores al órgano de socios de alguna materia competencia de aquéllos, en términos de consulta. En tercer lugar, la iniciativa de la propia junta general reclamando competencia en específicas materias de gestión, sin previa disposición estatutaria habilitante y salvo que los estatutos nieguen esa posibilidad, requiriendo al órgano administrativo la observancia de las concretas instrucciones impartidas por la Junta, o bien el sometimiento de determinadas decisiones a la autorización de la Junta con carácter previo a su ejecución¹².

Como decimos, la nueva redacción de la LSC no discrimina el tipo societario a la hora de facultar al órgano de socios para que imparta instrucciones a los administradores, eliminando la anterior dis-

12 Ya era admitida la competencia de la junta general en asuntos de gestión bajo la vigencia de la Ley de sociedades anónimas de 1951, en ausencia de disposición en contrario, por GIRÓN TENA. *Derecho de sociedades anónimas (según la Ley de 17 de julio de 1951)*. Valladolid: Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 1952, p. 284; GARRIGUES, J.; URÍA, R. *Comentario a la ley de sociedades anónimas*. Madrid: Samarán, 1953, Tomo I, p. 501-503; y ESTEBAN VELASCO, G. *El poder de decisión en las sociedades anónimas: derecho europeo y reforma del derecho español*. Madrid: 1982, p. 504-507, que añadía la posibilidad de que la junta general impartiera instrucciones al órgano de administración, p. 505. Más reciente, SÁNCHEZ CALERO, F. *Los administradores en las sociedades de capital*. 2. ed. Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2007, p. 47-48; ALONSO LEDESMA, C. El papel de la Junta General en el gobierno corporativo de las sociedades de capital. In: ESTEBAN VELASCO, G. (coord.). *El gobierno de las sociedades cotizadas*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 638-639; ESTEBAN VELASCO, G. [comentario al] Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión. In: ROJO, A.; BELTRÁN, E. (coords.) *Comentario de la ley de sociedades de capital*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 1210-1213; BOQUERA MATARREDONDA, J.; LATORRE CHINER, N. Distribución y conflictos de competencias en la sociedad anónima no cotizada. In: EMBID IRUJO, J. M. (coord.). *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, p. 76; RECALDE CASTELLS, A. [comentario al] Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión. In: JUSTE MENCÍA, J. (coord.). *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*. *Sociedades no cotizadas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 54 y ss.

paridad de regímenes que existía en la Ley. Si entendemos que la facultad de la junta general de impartir instrucciones al órgano de administración es una manifestación de la posición jerárquica superior del órgano de socios¹³, resulta difícil justificar la histórica disparidad de régimen legal entre la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada si se mantiene ese modelo de jerarquía en la anónima. Esa especialidad tipológica proviene de la caracterización de la sociedad limitada como un híbrido entre las sociedades de capital y las sociedades de personas, remarcando ese carácter personalista y su pretensión de forma de organización para las sociedades cerradas¹⁴. Es, por cierto, habitual en los ordenamientos comparados de nuestro entorno e influencia conceder a la junta general mayores posibilidades de intervención en materia de gestión en sociedades de responsabilidad limitada que en sociedades anónimas, en la consideración de que el modelo tipológico caracteriza a aquélla como forma para sociedades cerradas y a ésta como forma para sociedades abiertas¹⁵.

13 ESTEBAN VELASCO, G. La administración de la sociedad de responsabilidad limitada. In: PAZ-ARES, C. (coord.). *Tratando de la sociedad limitada*. Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1997, p. 711-712; GARCÍA VIDAL, Á. *Las instrucciones de la junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, p. 41.

14 ESTEBAN VELASCO, G. Acuerdos de la Junta general de socios de la sociedad limitada en los asuntos de gestión y la responsabilidad de los administradores. *RdS*, n. 18, p. 221, 2002; GARCÍA VIDAL, Á. *Las instrucciones de la junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, p. 164.

15 Así, en Derecho italiano de sociedades anónimas se declara la competencia exclusiva de los administradores sobre la gestión art. 2380-bis.1 del *Codice Civile*, y la junta sólo puede intervenir si los estatutos requieren su autorización sobre determinadas operaciones art. 2364.1.5) del *Codice Civile*, aunque no se niega por la doctrina el sometimiento por los administradores de materias de gestión a la junta incluso después de que la reforma de 2003 eliminase la disposición que expresamente aludía a tal posibilidad, DE NICOLA, A. Articolo 2380-bis. Amministrazione della società. In: GHEZZI, F. (coord.). *Amministratori. Artt. 2380-2396 c.c.* Milán: Egea, 2005, p. 95; BUSI, C. A. *Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*. Pádua: CEDAM, 2008, p. 88 y ss.; en cambio, la regulación sobre la *società a responsabilità limitata* señala que los socios deciden sobre las materias reservadas a su competencia por los estatutos, o sometidas a su aprobación por los administradores o por socios que representen al menos un tercio del capital, sin reserva expresa de las materias de gestión a favor de los administradores art. 2379.1 del *Codice Civile*, disponiendo

El legislador español actual, confirmando la tendencia de los últimos años hacia la aproximación de tipos, entiende superada la cuestión tipológica que enfrenta el régimen de la sociedad anónima con el de la sociedad limitada, en la comprensión de que ambas formas de organización permiten acoger una estructura de la propiedad concentrada con restricciones a la transmisión de la condición de socio no sólo reguladas por Ley o estatutos, sino por limitaciones de mercado, y destacada implicación de los socios en la vida societaria por un interés mayor en los resultados de la empresa, sin que existan razones de peso para impedirlo¹⁶. Ese interés de los socios en participar en la vida societaria no se manifiesta únicamente en los asuntos propios de la competencia natural de la junta, sino en la pretensión de ejercer un control más incisivo sobre la actividad de gestión del órgano de administración a través de la injerencia (puntual) en asuntos competen-

una distribución de competencias absolutamente opuesta a la prevista para sociedad anónima. *Ibidem*, p. 232; CIVERRA, E. *L'assemblea dei soci nelle società di capital*. Milán: Giuffrè, 2011, p. 44-50. Por su parte, en Derecho alemán de sociedades anónimas “la junta general sólo podrá decidir sobre asuntos de gestión cuando la Dirección así lo requiera” art. 119.2 de la *Aktiengesetz* de 1965 (en adelante *AktG*); mientras que para sociedades limitadas se apunta que los administradores deben someterse a las disposiciones estatutarias y a las instrucciones de los socios art. 37.1 de la *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (en adelante *GmbHG*), con amplia flexibilidad para que los estatutos regulen las competencias de los socios incluso en materia de gestión art. 45.1 de la *GmbHG*; aluden al contraste, BINGE, C.; THÖLKE, U. Stellung der Hauptversammlung im Organisationsgefüge. *In*: SCHÜPPEN, M.; SCHAUB, B. (coords.). *Aktienrecht*. München: Beck, 2010, p. 774; *vid.* también SPINDLER, G. comentario al § 119. Rechte der Hauptversammlung. *In*: SCHMIDT, K.; LUTTER, M. (coords.). *Aktiengesetz. Kommentar*. I. Colonia: Dr. Otto Schmidt, 2010, p. 1585 y ss. En Portugal igualmente se afirma que la junta general de las sociedades anónimas únicamente podrá intervenir en asuntos de gestión tras sumisión de la materia por los administradores art. 373.3 del *Código das Sociedades Comerciais*; mientras que en referencia a sociedades de responsabilidad limitada se prevé la obligación de los administradores de gestionar la sociedad con respeto de las decisiones de los socios art. 259 del *Código de Sociedades Comerciais*, pudiendo los estatutos recoger asuntos competencia de los socios art. 246.1 del *Código de Sociedades Comerciais*; *vid.* ENGRÁCIA ANTUNES, J. La junta general de accionistas en la Ley portuguesa de Sociedades. Visión general y algunos problemas. *In*: AA.VV. *La Junta General de las sociedades de capital. Cuestiones actuales*. Madrid: Colegio Notarial de Madrid, 2009, p. 115, nota 12.

16 ALFARO ÁGUILA-REAL, J. Los problemas contractuales en las sociedades cerradas. *InDret*, n. 4, p. 6-7, 2005.

cia de éste¹⁷. Adicionalmente, el legislador encuentra justificación a esta nueva regulación en la pretendida revitalización del papel de la junta general en las grandes sociedades bursátiles, como medida para incrementar la importancia del socio precisamente en las estructuras societarias en las que la junta ha perdido en mayor medida su posición de jerarquía¹⁸. Aunque, ciertamente, no parece aportar demasiado en lo referido a la participación del accionista disperso y desinteresado de este tipo de sociedades, sino más bien se trata de una medida que favorece el ejercicio de poder por los accionistas de control (mayoritario o minoritario), en el característico modelo de concentración de la propiedad del capital en el mercado de valores español¹⁹.

Por cualquiera de las tres vías aludidas previsión estatutaria, sumisión por los administradores, asunción por la junta la voluntad

17 Aludía ESTEBAN VELASCO, G. Acuerdos de la Junta general de socios de la sociedad limitada en los asuntos de gestión y la responsabilidad de los administradores. *RdS*, n. 18, p. 229, 2002, a la posibilidad de la junta general de una sociedad anónima cerrada de impartir instrucciones vinculantes a los administradores, por identidad de razón con la estructura esencialmente cerrada para la que se pensó el régimen de la sociedad de responsabilidad limitada.

18 Véase al respecto la opinión del Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas presentado el 14 de octubre de 2013 por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, creada por el Acuerdo de Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, que constituye la antesala de la reforma de la LSC que comentamos, apuntando que “esta limitación no está justificada, máxime en un momento en el que se trata de reforzar la función de la junta y abrir cauces para fomentar el activismo accionarial. En este sentido, conviene recordar que la facultad de instruir del colectivo de los accionistas está llamado a cumplir un papel incluso en las sociedades cotizadas, en las que puede servir de instrumento para combatir algunos problemas de agencia entre accionistas y ejecutivos”. Sobre la decadencia de la jerarquía de la junta general en las sociedades cotizadas como origen de esos costes de agencia, *vid. supra* nota 4.

19 Así también MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F. La facultad de impartir instrucciones o exigir autorización sobre asuntos determinados de gestión. *In: AA.VV. Las reformas del régimen de sociedades de capital según la Ley 31/2014*. Gómez-Acebo & Pombo. Gestión del Conocimiento, 2015, p. 14-15. Sobre ese modelo predominante de concentración del capital, GARRIDO GARCÍA, J. M. *La distribución y el control del poder en las sociedades cotizadas y los inversores institucionales*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2002, p. 70-72; FARRANDO MIGUEL, I. Una aproximación al “Buen Gobierno” de las sociedades anónimas abiertas. *RdS*, n. 26, p. 169-171, 2006.

social puede alterar la distribución de competencia orgánica predis- puesta por la Ley en lo referido al ejercicio de la gestión. O expresado en términos más relevantes en cuanto a las eventuales consecuencias jurídicas, a través de esas vías se pueden introducir limitaciones vo- luntarias, sean estatutarias u orgánicas, a la competencia de gestión de órgano de administración. Lo relevante entonces es conocer cómo vinculan esas limitaciones voluntarias a los administradores y cómo afectan a las relaciones con terceros y a la responsabilidad de los ad- ministradores en caso de actos en exceso de competencia. Es decir, y para seguir un orden lógico, veremos en primer lugar el alcance del deber de ejecución de los administradores de los acuerdos de la jun- ta, deteniéndonos a continuación en la repercusión de ese deber de ejecución sobre el ámbito del poder de representación y la eventual responsabilidad²⁰.

En efecto, sobre el órgano de administración pesa un deber de ejecución de los acuerdos de la junta general, dado que éstos son fuente de obligaciones para los administradores²¹. Ahora bien, no es un deber absoluto e incondicional. El alcance del deber de ejecución es sobre los acuerdos lícitos que recaigan en la competencia de la

20 Véase en resumen de actualidad, precisamente sobre la nueva redacción del art. 161 LSC y su relevancia sobre el deber de ejecución, la representación y la responsabilidad, la nota de MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F. La facultad de impartir instrucciones o exigir au- torización sobre asuntos determinados de gestión. *In: AA.VV. Las reformas del régimen de sociedades de capital según la Ley 31/2014*. Gómez-Acebo & Pombo. Gestión del Conocimien- to, 2015, p. 13-14.

21 En ausencia de previsión legal expresa, es así reconocido unánimemente por la doctrina, *vid.* ahora QUIJANO GONZÁLEZ, J. *La responsabilidad civil de los administradores de la so- ciedad anónima (Aspectos sustantivos)*. Valladolid: Publicaciones Universidad de Valladolid, 1985, p. 172 y ss.; *Id.* [comentario al] Artículo 236. Presupuestos de la responsabilidad. *In: ROJO, A.; BELTRÁN, E. (coords.) Comentario de la ley de sociedades de capital*. Madrid: Civi- tas-Thomson Reuters, 2011, p. 1697. En Derecho alemán de sociedades anónimas, por ejemplo, el art. 83.2 de la *AktG* dispone con claridad que “La Dirección tiene la obligación de ejecutar las decisiones acordadas por la junta general dentro del marco de su competencia”; al respecto SEIBT, Ch. H. [comentario al] § 83. Vorbereitung und Ausführung von Hauptversammlungsbes- chlüssen. *In: SCHMIDT, K.; LUTTER, M. (coords.). Aktiengesetz. Kommentar*. I. Colonia: Dr. Otto Schmidt, 2010, p. 1120 y ss.

junta general y que no generen un daño a la sociedad. El deber de ejecución se somete por tanto al límite general de la ilicitud del acuerdo de la junta, y en especial si de dicha ilicitud se desprende previsiblemente un daño causado por el acto a ejecutar que genera un riesgo de responsabilidad en los propios administradores atendiendo a la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad. Dicho de otro modo, los administradores pueden no ejecutar los acuerdos de la junta general que infrinjan la normativa aplicable a la sociedad o que sean perjudiciales para ésta, ya sea en origen o bien si se alteraron las circunstancias de la adopción del acuerdo por la junta²². En tales casos, los administradores no tienen un deber de ejecutar los acuerdos de la junta, sino más bien todo lo contrario: podría hablarse incluso de un deber de no ejecutar los acuerdos ilícitos y lesivos de la junta²³. En el marco a que nos referimos de la distribución de compe-

22 Veremos más adelante, al tratar la responsabilidad, cómo precisamente el hecho de que la participación de la junta adoptando, autorizando o ratificando el acto lesivo no exima de responsabilidad a los administradores que lo ejecutan permite deducir este alcance del deber de ejecución por los administradores de los acuerdos de la junta, ahora en lo referido a la materia de gestión. Con más detenimiento, *vid.* QUIJANO GONZÁLEZ, J. *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima (Aspectos sustantivos)*. Valladolid: Publicaciones Universidad de Valladolid, 1985, p. 172 y ss. y 273; ALCOVER GARAU, G. [comentario al] Artículo 44. *In:* ARROYO, I.; EMBID, J. M. (coords.). *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 521; ESTEBAN VELASCO, G. Acuerdos de la Junta general de socios de la sociedad limitada en los asuntos de gestión y la responsabilidad de los administradores. *RdS*, n. 18, p. 223 y 227 y ss., 2002; GARCÍA VIDAL, Á. *Las instrucciones de la junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, p. 111 y 115-118; SÁNCHEZ CALERO, F. *Los administradores en las sociedades de capital* 2. ed. Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2007, p. 333; PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, B. La exoneración de responsabilidad de los administradores de sociedades por intervención de la junta general. *In:* AA.VV. *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*. Madrid: Marcial Pons, 2007, Tomo II, *passim*, especialmente p. 1030 y ss., que apunta que “la falta de vinculación de los administradores a los acuerdos lesivos de la Junta se produce exclusivamente en relación con los acuerdos lesivos a efectos de responsabilidad, es decir, respecto a acuerdos contrarios a la Ley, estatutos o susceptibles de ocasionar un daño al interés social”, p. 1033-1034.

23 Aludía al deber de no ejecución de los acuerdos nulos o anulables de la junta QUIJANO GONZÁLEZ. *Ibidem*. p. 182-183. Hoy RECALDE CASTELLS, A. [comentario al] Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión. *In:* JUSTE MENCÍA, J. (coord.). *Comen-*

tencia sobre la gestión, el deber de ejecución de decisiones de gestión adoptadas por la junta se genera como hemos visto si los estatutos le atribuyen tal competencia decisoria respecto a alguna materia gestora, si los administradores le someten a su decisión cuestiones de gestión, o si la propia junta general reclama para sí la aprobación de asuntos de gestión concretos²⁴.

Dicho esto, el siguiente paso es conocer los efectos frente a terceros de un eventual incumplimiento por los administradores de su deber de ejecutar un acuerdo lícito de la junta en materia de gestión por ampararse éste en la competencia que el órgano de socios tuviera atribuida en virtud de las tres posibilidades aludidas. La opción de la Ley es que la intervención de la junta general en asuntos de gestión tenga únicamente efectos internos, manteniendo así en buena medida la autonomía del órgano de administración en el ejercicio de su función general de gestión y sobre todo de representación²⁵. Tanto es así que la propia LSC declara expresamente que la intervención de la junta general en materia de gestión a través de su iniciativa de asunción de competencia impartición de instruccio-

tario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 59-60.

24 En referencia a ese deber de ejecución de los acuerdos de la junta en materia de gestión ESTEBAN VELASCO, *op. cit.*, p. 223; y GARCÍA VIDAL, *op. cit.*, p. 111.

25 En alusión a la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1995, ESTEBAN VELASCO, G. Acuerdos de la Junta general de socios de la sociedad limitada en los asuntos de gestión y la responsabilidad de los administradores. *RdS*, n. 18, p. 223-224, 2002; SÁNCHEZ CALERO, F. *La junta general en las sociedades de capital*. Navarra: Thomson-Civitas, 2007, p. 459; BOQUERA MATARREDONDA, J.; LATORRE CHINER, N. Distribución y conflictos de competencias en la sociedad anónima no cotizada. *In: EMBID IRUJO, J. M. (coord.). Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, p. 82-83. Anteriormente, *vid. GIRÓN TENA. Derecho de sociedades anónimas (según la Ley de 17 de julio de 1951)*. Valladolid: Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 1952, p. 358 y ss., en especial ahora pág. 361. En referencia actual y concreta a la reforma comentada, RECALDE CASTELLS, A. [comentario al] Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión. *In: JUSTE MENCÍA, J. (coord.). Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 58-59.

nes en sentido amplio se entiende sin perjuicio del amplio e inderogable ámbito del poder de representación de los administradores que prevé la propia Ley en tutela de terceros²⁶. Esta aplicación de las reglas sobre el ámbito del poder de representación debe tenerse presente no sólo en los casos de intervención de la junta en materia de gestión por propia iniciativa, sino también si esa competencia en materia de gestión proviene de una habilitación estatutaria o tras el sometimiento del asunto concreto por los administradores. De este modo, en aplicación del indisponible ámbito del poder de representación previsto por la Ley, un eventual incumplimiento del deber de ejecución por los administradores, actuando en forma diversa a lo predispuesto por la junta en ejercicio de la competencia que tenga atribuida por estatutos, por sumisión por los administradores, o por asunción de competencia, no afecta en absoluto a la validez y eficacia del acto de representación de la sociedad frente a terceros de buena fe. Con independencia de su origen y de la forma que revistan, cualquier limitación voluntaria al ámbito legal del poder de representación es inoponible frente a tales terceros, y tanto las previsiones estatutarias atribuyendo a la junta competencia en materia de gestión

26 *Vid.* el art. 161 LSC, que declara aplicable en todo caso el ámbito del poder de representación previsto por el art. 234 LSC, al que se remite. Entre las enmiendas al Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo de 30 de mayo de 2014, el Grupo Parlamentario La Izquierda Plural propuso que la nueva redacción del art. 161 LSC dejara constancia de que “Dichas instrucciones, autorizaciones o acuerdos deberán ser seguidos por el órgano de administración” (enmienda núm. 23), con la finalidad de reforzar los poderes de la junta para el control de la administración; sin embargo, no sugirió alteración del art. 236.2 LSC sobre la no exoneración de los administradores a pesar de mediar acuerdo de la junta acordando, autorizando o ratificando el acto lesivo, que ya hemos apuntado y como veremos con más detenimiento a continuación es realmente la regla que compone el alcance del deber de ejecución por los administradores de los acuerdos de la junta. Por su parte, el Grupo Parlamentario Socialista, en una proposición de escasa enjundia, sugería una eliminación de la remisión por el art. 161 al art. 234 LSC, dejando en aquél simplemente la afirmación de que “Los actos realizados por los administradores infringiendo las instrucciones impartidas por la junta serán válidos frente a terceros” (enmienda núm. 65); lo cierto es que resulta preferible declarar la validez de lo actuado frente a terceros a través de una remisión al régimen completo previsto en el art. 234, como hacía la LSC antes de la reforma y mantuvo la norma finalmente aprobada.

como los acuerdos de este órgano relativos a la gestión sin una previa habilitación estatutaria por sometimiento de los administradores o por iniciativa de la junta son limitaciones voluntarias²⁷.

La cuestión de cierre ha de ser cómo afecta a la responsabilidad de los administradores su conducta cumpliendo o incumpliendo el deber de ejecución de un acuerdo válido de la junta general en

27 Art. 234.1 LSC. ESTEBAN VELASCO, G. [comentario al] Artículo 234. Ámbito del poder de representación. In: ROJO, A.; BELTRÁN, E. (coords.) *Comentario de la ley de sociedades de capital*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 1684, señala que entre las limitaciones voluntarias “se encuentran las estatutarias, en las que la realización de determinados actos se confía a otro órgano o simplemente se somete a su previa autorización, así como las que resultan de acuerdos adoptados por órganos competentes, que disponen la aprobación o autorización previa o imparten instrucciones. (...) Estas limitaciones, en cambio, despliegan su eficacia en el plano de las relaciones internas entre el órgano de representación y la sociedad, en el sentido de que crean un deber de cumplimiento interno cuya violación produce consecuencias en orden a la revocación y, en su caso, responsabilidad”. Debe añadirse que el art. 234.1 LSC no requiere expresamente buena fe en el tercero para que la limitación voluntaria interna al poder de representación sea inoponible por la sociedad, pero no parece justificable conceder tutela al tercero de mala fe, recayendo eso sí en la sociedad la carga de la prueba de que el tercero conocía dicha limitación y la consecuente vulneración por el órgano de administración, *Ibidem*. En este sentido también se pronuncia el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014, en cuyo art. 215-3 señala que “Cualquier limitación del poder de representación de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros” párrafo 2, añadiendo a continuación que “En ningún caso quedará obligada la sociedad con los terceros que hubieran actuado en fraude o con mala fe en perjuicio de la sociedad” párrafo 3, en un texto que proviene de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de 2002 art. 34. En Derecho comparado, igualmente el art. 2384, párrafo segundo, del *Codice Civile* italiano se muestra meridianamente claro en este sentido, en sede de sociedad anónima: “las limitaciones a los poderes de los administradores que resulten de los estatutos o de una decisión de los órganos competentes no son oponibles a los terceros, incluso si fueran publicadas, salvo que se pruebe que éstos han actuado intencionadamente en daño de la sociedad”, con un grado muy destacado de tutela del tercero al ser necesario probar dolo; en términos equivalentes se pronuncia el art. 2475bis del *Codice Civile* en referencia a la sociedad de responsabilidad limitada, aludiendo a las limitaciones estatutarias o derivadas del acto de nombramiento. En sentido similar, aunque con menor tutela del tercero al ser suficiente demostrar su negligencia para la oponibilidad, el *Código das Sociedades Comerciais* portugués alude expresamente a la necesidad de probar que el tercero conocía la limitación voluntaria o no la podía ignorar, sin admitirse la prueba por la mera previsión estatutaria y su correspondiente inscripción, arts. 409 y 260, referidos respectivamente a sociedades anónimas y a sociedades limitadas.

materia de gestión en virtud de la competencia que tiene atribuida para ello, ya sea en estatutos, ya respondiendo al sometimiento de la materia por los administradores, o bien tras su propia iniciativa de reclamo de competencia. Desde luego, existiendo obligación de ejecutar un acuerdo lícito que recaiga en la competencia de la junta general y del que no se prevea un perjuicio, la inobservancia de tal deber es un acto antijurídico susceptible de generar responsabilidad en los administradores si media culpa y se produce un daño. Y al contrario, si la junta general interviene en asuntos de gestión excediendo la competencia que tiene reconocida, los administradores no tendrían la obligación de ejecutar, el acuerdo no sería vinculante para los administradores, y su inejecución no podría reputarse antijurídica *per se* de cara a imputarles responsabilidad; piénsese en los casos en que los estatutos hayan introducido una cláusula que atribuye la competencia de la junta sólo para decisiones concretas de gestión por razón de su cuantía o por su relevancia cualitativa y la niega para las demás, o bien por la exclusión estatutaria de la facultad de la junta de impartir instrucciones o reclamar la autorización para cualquier asunto de gestión tal y como permite expresamente la LSC²⁸.

Los problemas principales se plantean con los límites de ese deber de ejecución cuando del acuerdo de la junta se prevea la causación de un daño. A este respecto, como hemos apuntado, la clave de bóveda del alcance del deber de ejecución de los acuerdos de la junta general aparece en la rotundidad con que se expresa la LSC en sede de responsabilidad, que deja claro que la intervención de la junta no elimina la antijuridicidad ni culpabilidad de la conducta de los

28 Véase GARCÍA VIDAL, Á. *Las instrucciones de la junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, p. 111. Señaló con acierto y claridad QUIJANO GONZÁLEZ, J. *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima (Aspectos sustantivos)*. Valladolid: Publicaciones Universidad de Valladolid, 1985, p. 179, “la responsabilidad por el incumplimiento tiene como presupuesto previo el deber de ejecución; cuando éste existe, el acuerdo de la Junta es fuente de obligaciones para los administradores. Por el contrario, si no hay deber de ejecución, el incumplimiento del acuerdo no acarrea responsabilidad”.

administradores de cara a imputarles responsabilidad en caso de que dicha conducta produzca un daño²⁹. Existiendo un deber de ejecución de los acuerdos válidos competencia de la junta general, la consecuencia normal de la observancia por los administradores sería la exclusión de su responsabilidad frente a la sociedad por los daños que tal acto pudiera ocasionar, entendiéndose de ese modo que el deber de ejecución elimina la antijuridicidad de la conducta o, cuando menos, la culpabilidad³⁰. Sin embargo, la opción del legislador es-

29 El art. 236.2 LSC dispone que “En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general”.

30 ESTEBAN VELASCO, G. Acuerdos de la Junta general de socios de la sociedad limitada en los asuntos de gestión y la responsabilidad de los administradores. *RdS*, n. 18, p. 223, 2002. Así lo dispone con rotundidad el art. 93.4 de la *AktG* alemana, en conexión con el deber de ejecución que igualmente se establece en el art. 83.2: “No se produce la obligación de indemnizar frente a la sociedad si la actuación se basa en un acuerdo legal de la junta general”. KRIEGER, G.; SAILER-COCEANI, V. [comentario all § 93. *Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder*. In: SCHMIDT, K.; LUTTER, M. (coords.). *Aktiengesetz. Kommentar*. I. Colonia: Dr. Otto Schmidt, 2010, p. 1283-1285. Debe tenerse en cuenta la estructura orgánica de la sociedad anónima en Alemania, pues entre la junta y la Dirección, órgano gestor en sentido estricto, se encuentra el Consejo de Vigilancia, que actúa de filtro. Ahora bien, el mismo art. 93.4 de la *AktG* apunta, en su segundo inciso, que “el hecho de que el Consejo de Vigilancia haya aprobado dicha actuación no excluye la obligación de indemnizar”, lo que lleva a entender que las decisiones del Consejo de Vigilancia no son vinculantes para la Dirección, ECKERT, J. [comentario all § 93. *Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder*. In: WACHTER, T. (coord.). *AktG: Kommentar zum Aktiengesetz*. Colonia: RWS, 2012, p. 627. Esta última disposición adquiere mayor relevancia por la intervención del Consejo de Vigilancia en la orientación estratégica de la empresa con la necesaria aprobación de determinadas operaciones de negocio, que deben prever los estatutos, y si no son autorizadas por el Consejo de Vigilancia, la Dirección puede someter a la autorización de la junta general art. 111.4 *AktG*. En este sentido, además, debe añadirse que en el Derecho alemán de sociedades anónimas la junta general tiene menos posibilidades de intervenir en asuntos de gestión, dado que “la junta general sólo podrá decidir sobre asuntos de gestión cuando la Dirección así lo requiera” art. 119.2 *AktG*. Sucede igual en Derecho portugués de sociedades anónimas, muy influenciado por el Derecho alemán, pues la junta general sólo puede intervenir en asuntos de gestión a solicitud de los administradores art. 373.3 del *Código das Sociedades Comerciais*, y se afirma la exención de responsabilidad si media acuerdo de la junta autorizando el acto lesivo art. 72.5. ENGRÁCIA ANTUNES, J. La junta general de accionistas en la Ley portuguesa de Sociedades. Visión general y algunos problemas. In: AA.VV. *La Junta General de las sociedades de capital. Cuestiones actuales*. Madrid: Colegio Notarial de Madrid, 2009, p. 113-115.

pañol negando la exoneración derivada del acuerdo de la junta general se mantiene con una doble finalidad: primero evitar un descargo de responsabilidad de los administradores frente a decisiones lesivas de gestión sobre las que mantienen la competencia, y segundo dotar de autonomía plena a los administradores en el ejercicio de la gestión de la sociedad, comoquiera que tienen un parámetro de diligencia objetivo y especializado por razón de su cargo y una información y capacidad de análisis sobre la gestión presumiblemente superior al de los socios que les permite optar por la mejor decisión para la sociedad, en tutela del patrimonio social e indirectamente de los socios minoritarios³¹.

31 El Derecho francés de sociedades anónimas es igualmente rotundo en este sentido: “Ninguna decisión de la junta general puede tener por efecto extinguir una acción de responsabilidad contra los administradores o contra el director general por faltas cometidas en el ejercicio de su función” art. L225-253, segundo párrafo, del *Code de Commerce* francés. En cuanto al Derecho italiano de sociedades anónimas, se afirma que la junta general puede decidir “sobre las autorizaciones eventualmente requeridas por los estatutos para realizar actos de los administradores, manteniéndose en todo caso la responsabilidad de éstos por los actos realizados” art. 2364.1.5) del *Codice Civile*, en relación con la expresa atribución con carácter exclusivo de la competencia sobre la gestión a los administradores art. 2380-bis.1 del *Codice Civile*. La doctrina italiana interpreta estos dos artículos concediendo a los administradores margen de no ejecución de lo dispuesto por la junta en materia de gestión, ABBADESSA, P.; MIRONE, A. Le competenze. In: CAGNASSO, O.; PANZANI, L. (dirs.). *Le nuove p.a.* Bolonia: Zanichelli, 2010, p. 583. Se ha planteado por parte de nuestra doctrina, entre otras opciones, y en virtud de la doctrina de los actos propios, que la intervención de la junta general podría impedir a ésta el ejercicio de la acción social de responsabilidad, siempre y cuando el acuerdo del órgano de socios fuera plenamente informado, no impidiendo en cambio su ejercicio a los demás legitimados socios minoritarios y acreedores, SÁNCHEZ CALERO, F. *Los administradores en las sociedades de capital* 2. ed. Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2007, p. 335; JUSTE MENCÍA, J. *Los “derechos de minoría” en la sociedad anónima*. Pamplona: Aranzadi, 1995, p. 435 ss.; GARCÍA VIDAL, Á. *Las instrucciones de la junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, p. 139. En realidad, el tenor literal es tajante al señalar que “en ningún caso” un acuerdo de la junta general impide la imputación de responsabilidad a los administradores, ya sea por su exoneración ya por una restricción en el ejercicio de las acciones de responsabilidad. La vía para tal exoneración no se produce en sede de un acuerdo de la junta en materia de gestión, sino en el marco de un acuerdo sobre la responsabilidad, donde como es sabido la junta general puede renunciar al ejercicio de la acción social en cualquier momento art. 238.2 LSC, en su condición de legitimado activo de primer nivel. De modo que los administradores, en el momento en que la junta general se pronuncia sobre un asunto de gestión, pueden promover un pronunciamiento de la propia

De esta manera, ante acuerdos sobre asuntos de gestión adoptados por la junta general en este contexto, los administradores que hubieran ejecutado lo dispuesto por la junta podrían responder del daño finalmente producido si se demuestra antijuridicidad y culpabilidad de su comportamiento. Además, si en el acuerdo de la junta previeran los administradores un resultado lesivo para la sociedad como consecuencia de su eventual ejecución, no nacería el deber de ejecución, precisamente por el riesgo de incurrir en responsabilidad que acabamos de mencionar; más bien al contrario, como hemos apuntado, genera en su deber de diligencia una obligación de no ejecución, debiendo entonces proceder como estimen más oportuno para la sociedad. E incluso si esa actuación en sentido diverso a lo acordado por la junta pudiera también generar un daño, los administradores no incurrirán en un comportamiento antijurídico y culpable susceptible de generar responsabilidad si su opción era la alternativa menos lesiva para la sociedad, en una ponderación de las circunstancias en torno a ambas opciones: se valora la diligencia empleada en la contraposición de los posibles daños. Llegados a este punto, esti-

junta sobre su renuncia al ejercicio de la acción social de responsabilidad en caso de ejecución de aquél por los administradores, y atendiendo al resultado de este acuerdo de renuncia ejercer la autonomía de su posición y decidir si ejecutar o no dicho acuerdo sobre gestión, teniendo presente que la legitimación activa subsidiaria de socios minoritarios y acreedores quedaría intacta en cualquier caso, ESTEBAN VELASCO, G. Acuerdos de la Junta general de socios de la sociedad limitada en los asuntos de gestión y la responsabilidad de los administradores. *RdS*, n. 18, p. 228, 2002; *vid.* también la reflexión de POLO SÁNCHEZ, E. *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima: (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)*. Madrid: Civitas, 1992, p. 311-312. Por su parte, QUIJANO GONZÁLEZ, J. [comentario al] Artículo 236. Presupuestos de la responsabilidad. *In:* ROJO, A.; BELTRÁN, E. (coords.). *Comentario de la ley de sociedades de capital*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 1698-1700, aboga por interpretar caso por caso el art. 236.2 LSC en atención a la naturaleza del acto concreto, que pudiera permitir la moderación de la responsabilidad o incluso la exoneración si no había margen para no ejecutar el acuerdo, siempre conforme a su finalidad de evitar “que los administradores “usen indebidamente la junta general” con pretensión de eludir su responsabilidad en asuntos propios de su competencia orgánica, sin que exista base para ello”, por ejemplo ante decisiones previsiblemente perjudiciales que pretenden amparo en el deber de ejecución; “es, sin duda, este recurso abusivo e injustificado a la junta el que debe estar penalizado con la no exoneración que proclama el precepto, necesitado de interpretación correctora en los demás casos indicados”.

mamos que incluso sería posible un incumplimiento justificado del deber de ejecución y la opción por los administradores de una alternativa más eficiente desde un punto de vista empresarial a la acordada en junta, incluso aunque del acuerdo de la junta no se prevea un resultado lesivo, sin que de ese acto antijurídico derive responsabilidad para los administradores, principalmente por ausencia de daño, y probablemente por ausencia de culpa en su comportamiento³². Desde luego, con mayor razón desde la introducción de la regla de discrecionalidad empresarial en la misma reforma que ahora comentamos³³: acogiéndose a la *business judgment rule* en la inexecución

32 GARCÍA VIDAL, Á. *Las instrucciones de la junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, p. 134, “los administradores no responden frente a los socios ni frente a la sociedad en caso de que el incumplimiento de las instrucciones no cause un perjuicio a la sociedad”. Se ha dicho autorizadamente que la legitimación para no ejecutar los acuerdos de la junta en base al riesgo de responsabilidad “no permite a los administradores rechazar la decisión de la JG por meras razones de oportunidad y sustituirla por otra a su juicio “más conveniente empresarialmente”. El sistema de distribución de competencias no lo consiente. A los administradores les corresponde en todo caso una función de “filtro” para verificar, en la fase ejecutiva, si las iniciativas no sólo son legales, sino razonables en términos de “administración diligente” (...), para evitar las que resulten manifiestamente imprudentes y con probable verosimilitud dañosas para los intereses sociales”, ESTEBAN VELASCO, G. Acuerdos de la Junta general de socios de la sociedad limitada en los asuntos de gestión y la responsabilidad de los administradores. *RdS*, n. 18, p. 227, 2002; también ALCOVER GARAU, G. [comentario al] Artículo 44. *In*: ARROYO, I.; EMBID, J. M. (coords.). *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 521; y en igual sentido que éstos, refiriéndose al régimen después de la reforma por la Ley 31/2014, RECALDE CASTELLS, A. [comentario al] Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión. *In*: JUSTE MENCÍA, J. (coord.). *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*. *Sociedades no cotizadas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 60: “a través del acuerdo de la junta, los socios desposeen a los administradores de su discrecionalidad en la toma de decisiones empresariales, que con carácter general la ley les reconoce. Los administradores ya no eligen entre las alternativas posibles y potencialmente razonables. (...) Si las instrucciones de la junta son vinculantes, los administradores no pueden ni desatenderlas, ni optar por otra solución que consideren más ajustada al interés social”. Sin embargo, no encontramos un obstáculo que impida la ejecución diversa por los administradores, principalmente si pensamos que la acción no sólo no perjudica a la sociedad, sino que le beneficia.

33 *Vid.* el art. 226 LSC, en su redacción por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. Recientemente sobre la *business judgment rule*, GUERRERO TREVIANO, C. *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de*

del acuerdo de la junta en materia de gestión en este contexto de atribución o asunción voluntaria, los administradores no eliminan la antijuridicidad del acto de desobediencia, pero sí la culpabilidad³⁴. Es decir, sería posible un incumplimiento del deber de ejecución sin que de ello derive responsabilidad de los administradores incumplidores. Si entendemos que la atribución voluntaria de competencia a la junta en asuntos de gestión vía estatutos, sumisión por los administradores, o reclamo por la junta genera una competencia compartida o concurrente con el órgano de administración, no exclusiva de la junta, esa concurrencia presenta el problema de la contradicción simultánea de actos de gestión por los dos órganos competentes; pero el carácter de la junta de órgano interno le impide la ejecución de su propio acuerdo, de modo que en este punto el órgano de administración obtiene ventaja de su caracterización como órgano externo. Con los matices indicados, tal incumplimiento no produciría consecuencias a efectos de representación frente a terceros de buena fe, y no es posible im-

la *business judgment rule al ordenamiento español*. Cizur Menor: Civitas, 2014, *passim*; también sobre el nuevo art. 226 LSC, ALFARO ÁGUILA-REAL, J. [comentario al] Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial. In: JUSTE MENCÍA, J. (coord.). *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*. Sociedades no cotizadas. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 225 y ss.

34 Nótese que la diligencia juega doble sentido en la valoración sobre los presupuestos de la responsabilidad: por una parte como deber inherente al desempeño del cargo cuyo incumplimiento es antijurídico; por otra, como pauta de valoración de la culpabilidad. En otras palabras, la diligencia objetiva debida por el administrador en el desempeño del cargo constituye la medida de la culpa presupuesto subjetivo de la responsabilidad; *vid.* ESTEBAN VELASCO, G. La acción individual de responsabilidad. In: ROJO, A.; BELTRÁN, E. (coords.). *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 190; con otra visión matizando esa idea, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F. *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de las sociedades de capital (art. 135 LSA)*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 151 y ss. y 178 y ss. En este punto, la Ley actual nos dice, en la conexión (al menos) entre los arts. 226 y 236, que el incumplimiento por los administradores del deber de ejecución (antijuridicidad) no es culpable si se actuó "de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado". En otro ámbito, no existiendo deberes concretos sobre los que pueda señalarse su incumplimiento, la *business judgment rule* excluiría directamente la antijuridicidad.

putar responsabilidad en ausencia de daño, por ejemplo porque los administradores optan por una solución más eficiente y no se puede demostrar la lesión. Cuestión distinta, aunque no baladí, es que esa conducta de los administradores tenga efectos sobre su permanencia en el cargo: la posición de control de la junta sobre la estabilidad en el cargo de los administradores repercute en la obediencia de éstos a las decisiones de aquélla cuando no se prevea causación de un daño por su ejecución³⁵. En definitiva, entendemos que la competencia legal de los administradores, el alcance de su poder de representación y el mantenimiento en todo caso de la responsabilidad por los actos de gestión y representación indican que la conducta les es imputable exclusivamente a ellos, de modo que se mantiene una autonomía muy destacada en la ejecución por la administración de los acuerdos de la junta en materia de gestión³⁶. En la alternativa entre ejecución y desobediencia, elegirán atendiendo al riesgo de responsabilidad frente al riesgo de separación. Y, ciertamente, la nueva previsión del margen de discrecionalidad empresarial o *business judgment rule* juega a favor de la opción por la ejecución del acuerdo y la permanencia en

35 La posibilidad de verse separados del cargo en cualquier momento *ad nutum* art. 223 LSC por su desobediencia funciona como incentivo negativo suficientemente poderoso para ejecutar en sus términos los acuerdos de la junta en materia de gestión, en conexión con la pérdida de retribución incentivo positivo y de reputación incentivo tanto positivo como negativo, a pesar de no resultar eficaz la responsabilidad como principal incentivo negativo del ejercicio del cargo. En este sentido, una eventual separación basada en el incumplimiento de las instrucciones de la junta sin daño para la sociedad sería motivo suficiente para, en su caso, negar la indemnización por cese pactada.

36 Con una visión distinta, entendiendo que la ejecución del acuerdo de la junta por los administradores no es una conducta imputable a éstos de cara a exigirles responsabilidad, RECALDE CASTELLS, A. [comentario al] Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión. In: JUSTE MENCÍA, J. (coord.). *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 59 y ss.: “si los administradores no pueden elegir, no pueden haber actuado negligentemente si la decisión a posteriori se demostró equivocada. Y tampoco se les puede hacer responsables por actos que no les son imputables. Estando los administradores obligados a ejecutar las instrucciones que recibieron y habiendo quedado privados del poder discrecional que la ley les reconoce para gestionar, no se les puede imputar una responsabilidad por daños que ellos no causaron”.

el cargo. Por supuesto, la regla de la discrecionalidad empresarial es aplicable también, atendiendo claro está a todos sus requisitos, en los casos de ejecución por los administradores de acuerdos lesivos adoptados por la junta general.

Una cuestión íntimamente relacionada, aunque no proceda ahora referirla con detenimiento, es la posibilidad de imputar responsabilidad a los socios que adopten el acuerdo en materia de gestión, a la postre lesivo, en su condición de responsables solidarios con los administradores que las ejecutaron por la consideración de aquéllos como administradores de hecho a la luz de la nueva noción introducida por la propia Ley 31/2014, de 3 de diciembre. En efecto, la LSC considera que, a efectos de la extensión de responsabilidad a los administradores de hecho, tendrá tal consideración la persona “bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”³⁷. Aunque esa influencia decisiva del socio de control sobre las decisiones de gestión puede revestir muchas formas menos notorias, en el contexto de nuestro trabajo la cuestión se evidencia con claridad en la actuación de los administradores en cumplimiento de su deber de ejecución, es decir, ejecutando un acuerdo de la junta referido a una materia de gestión sobre la que ésta era competente por razón de su

37 Véase la nueva redacción del art. 236.3 LSC. El Código Unificado de Gobierno Corporativo de mayo de 2006 recomendó al Gobierno estudiara la posibilidad de extender el régimen de responsabilidad a los accionistas de control, especialmente por deslealtad, *vid.* Anexo II sobre Recomendaciones Complementarias al Gobierno, CNMV e Instituciones Financieras, apartado 6. Véase al respecto sugiriendo tal extensión PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo. *RdS*, n. 20, p. 77 y ss, 2003: “la extensión de la disciplina de los administradores a los accionistas de control (...) debe ser integral, pero sólo en el caso de que efectivamente actúen como administradores, es decir, cuando de manera duradera ejerciten sus poderes para dirigir la política de la sociedad, y a tal efecto resulta indiferente que: (i) actúen directamente como administradores fácticos; (ii) que actúen indirectamente mediante instrucciones; (iii) que hagan una u otra cosa como sociedad matriz dentro de una estrategia de grupo cualificada por una dirección centralizada”. También aludió a ello, descartando que pudiera atribuirse bajo la legalidad entonces vigente la condición de administrador de hecho a los socios que impartan instrucciones, GARCÍA VIDAL, Á. *Las instrucciones de la junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, p. 139-149.

atribución estatutaria, sumisión por los administradores, o asunción por iniciativa propia.

2.2. La nueva atribución legal de competencia para la adquisición o disposición de activos esenciales.

Lo visto hasta ahora describe someramente el funcionamiento de la atribución voluntaria de competencia en materia de gestión, ya sea vía estatutos, o por iniciativa de cualquiera de los dos órganos. La cuestión difiere con importantes matices en los casos de atribución legal de competencia en materia de gestión.

La reforma operada sobre la LSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, introduce una nueva competencia de la junta general, a quien atribuye “la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales”, añadiendo a continuación que “se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado”³⁸. Igualmente se ha previsto una competencia adicional para la junta general de las sociedades cotizadas que guarda estrecha similitud: “la transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque esta mantenga el pleno dominio de aquellas”; añadiendo que “se presumirá el carácter esencial de las actividades y de los activos operativos cuando el volumen de la operación supere el veinticinco por ciento del total de activos del balance”³⁹. A los efectos del análisis que sigue sobre las implicaciones

38 Art. 160.f) LSC, en su nueva redacción.

39 Art. 511 bis.1.a) y 2 LSC. Naturalmente debe entenderse que las operaciones a que se refiere esta disposición son distintas de las referidas por el art. 160.f) LSC, si bien, por demasiadas cuestiones derivadas principalmente de una incoherencia en el proceso de incorporación de las normas a la Ley no queda claro el tipo de operaciones a que se refiere, ni la especialidad que parece pretender la norma; y desde luego no se encuentra justificación para entender que este tipo de operaciones, sean las que sean, deban ser competencia adicional de la junta general en cotizadas, y no se extienda también la competencia sobre ellas a la junta de las demás

en las relaciones internas y externas, las consecuencias de una competencia y otra son las mismas.

Con esta medida se pretende evitar que los administradores decidan sobre ciertas operaciones que pudieran entenderse como de gestión, o cuando menos neutras pero incorporadas en su ámbito del poder de representación, pero que sin embargo se trata de decisiones de una relevancia vital para la sociedad y potencialmente con destacada incidencia en el interés de los socios. Se trata de operaciones de gestión extraordinaria en las que tradicionalmente se ha discutido si la competencia corresponde a los administradores o al órgano de socios, y cuya solución ha sido problemática⁴⁰. Pues en cualquier caso, en el contraste entre gestión y representación, el ámbito del poder de representación de los administradores alcanza a los actos comprendidos en el objeto social, con independencia de si son actos de gestión

sociedades de capital. Siguiendo la rec. 3 del Código Unificado de Buen Gobierno de 2006 *vid. infra* nota 42 y texto que acompaña, el Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas presentado el 14 de octubre de 2013 por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, sugirió únicamente la atribución de la competencia de la junta sobre la disposición de activos esenciales en sociedades cotizadas, con la correspondiente acogida por el Anteproyecto de Ley X/2014 (sic), por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, al que se dio publicidad a finales de diciembre de 2013. El Proyecto de Ley de 30 de mayo de 2014, introdujo la competencia de la junta sobre la disposición y adquisición de activos esenciales para todas las sociedades de capital en el citado art. 160.f) LSC, pero mantuvo la previsión “especial” para sociedades cotizadas art. 511 bis, con una redacción diversa que no tiene buena justificación.

40 ALONSO LEDESMA, C. El papel de la Junta General en el gobierno corporativo de las sociedades de capital. In: ESTEBAN VELASCO, G. (coord.). *El gobierno de las sociedades cotizadas*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 638. *Vid.* también BOQUERA MATARREDONDA, J. *La Junta General de las Sociedades de Capital*. Cizur Menor: Aranzadi, 2008, p. 56 y ss., aludiendo a los límites de una eventual configuración estatutaria sobre esa administración extraordinaria. En síntesis, si se entiende que la competencia de los administradores es la gestión y representación de la sociedad en sentido amplio ya era así en el silencio de la Ley de sociedades anónimas de 1989 y la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1995, es decir, antes de su reconocimiento legal expreso por el art. 209 LSC, en dicha competencia se comprenden tanto los actos de gestión ordinaria como los de gestión extraordinaria, no importando en principio la significación económica. La cuestión permanecía abierta, por tanto, para aquellas operaciones que pudieran afectar a la posición jurídica de los socios por tener un componente estructural, con independencia de su relevancia económica.

ordinaria o extraordinaria; incluso entiende la Ley que la sociedad queda vinculada frente a terceros de buena fe y sin culpa grave por actos que excedan el objeto social⁴¹. La conclusión de la doctrina que ha tratado el tema es que la atribución de competencia al órgano de socios estará justificada cuando la operación sea de relevancia tal que pueda razonablemente comprometer interés o posición jurídica, y como consecuencia su interés económico incorporado a esa posición; y más concretamente, se dice que cuando la operación conlleve una alteración estructural de la empresa social que se asemeje en efectos y consecuencias a una modificación estructural la competencia recaerá en la junta: tiene la competencia implícita sobre ella, debiendo los administradores someter la materia a su decisión⁴². Ya el

41 Vid. GIRÓN TENA. *Derecho de sociedades anónimas (según la Ley de 17 de julio de 1951)*. Valladolid: Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 1952, p. 359 y ss. Téngase en cuenta que el ámbito del poder de representación se extiende a los actos de ejecución directa o indirecta del objeto social, sean de gestión ordinaria o extraordinaria, y además a los actos complementarios, instrumentales o auxiliares que guarden coherencia con el objeto social, y los actos neutros o polivalentes siempre que funcionalmente puedan vincularse con la promoción del objeto social a pesar de parecer en principio desconectados. No pueden considerarse incluidos en el ámbito del poder de representación los actos que clara e inequívocamente son contrarios o ajenos al objeto social por carecer de una relación instrumental con la actividad empresarial comprendida en el objeto social estatutario, ESTEBAN VELASCO, G. [comentario al] Artículo 234. Ámbito del poder de representación. In: ROJO, A.; BELTRÁN, E. (coords.). *Comentario de la ley de sociedades de capital*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 1686-1688. Vid. además, entre otras muchas, las RRDGRN 11 noviembre de 1991; 22 y 26 junio 1992, 3 octubre 1994, 25 abril 1997, 17 noviembre 1998, 10 mayo 1999, 20 abril 2005, 15 octubre 2005, 16 marzo 2009, 12 febrero 2012.

42 ALONSO LEDESMA, C. El papel de la Junta General en el gobierno corporativo de las sociedades de capital. In: ESTEBAN VELASCO, G. (coord.). *El gobierno de las sociedades cotizadas*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 640 y ss.; FERNÁNDEZ TORRES, I. La reactivación de la Junta General en el Código Unificado de Gobierno Corporativo: aproximación a las competencias implícitas. *EPrints Complutense*, n. 11, p. 14 y ss., 2007, subrayando la influencia del Derecho alemán, en concreto después de la sentencia *Holz Müller del BGH* (25 febrero 1982), que interpreta ampliamente el art. 119.2 de la *AktG*, al que nos hemos referido *supra* nota 29: “la junta general sólo podrá decidir sobre asuntos de gestión cuando la Dirección así lo requiera”. ESTEBAN VELASCO, G. [comentario al] Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión. In: ROJO, A.; BELTRÁN, E. (coords.). *Comentario de la ley de sociedades de capital*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 1213-1214. En la jurisprudencia española, *vid.* las SSTs de 8 de febrero de 2007, o de 17 de abril de 2008.

Código Unificado de Gobierno Corporativo de 2006 alcanzaba una conclusión equivalente e introducía una recomendación de someter a la junta las operaciones de este tipo, concretamente la filialización a través de aportación de ramas de actividad, la disposición (de otro tipo) de activos esenciales, o cualquier operación con efectos equivalentes a los de la liquidación de la sociedad⁴³. La propia Ley 31/2014 reconoce expresamente en su Exposición de Motivos la asunción de esa postura en la incorporación de la competencia citada, aludiendo a la semejanza con las modificaciones estructurales⁴⁴.

Como se desprende de las referencias citadas, dicha postura tenía mucho sentido en relación a la aportación de rama de actividad como operación orientada sobre todo a la creación y promoción de grupos de sociedades, por su similitud con la escisión parcial, incluso todavía con riesgo más elevado (según los casos) de incidir en mayor medida en los intereses de los socios al no percibir éstos (directamen-

43 El comentario previo de la rec. 3 del Código Unificado de Gobierno Corporativo reconocía que, además de las modificaciones estructurales, “existen, sin embargo, otras operaciones societarias que producen efectos similares y que, sin embargo, en ocasiones son adoptadas por el Consejo de Administración, al no existir una atribución legal específica y formal de competencia a favor de la Junta General. (...) Por ello, el Código estima que en estos casos y, en general, en todas las modificaciones estructurales de la sociedad, la decisión ha de corresponder a la Junta General de accionistas”. Consecuentemente, la rec. 3 recomendaba aprobación por la junta general de “a) La transformación de sociedades cotizadas en compañías holding, mediante “filialización” o incorporación a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, incluso aunque ésta mantenga el pleno dominio de aquéllas; b) La adquisición o enajenación de activos operativos esenciales, cuando entrañe una modificación efectiva del objeto social; c) Las operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad”. Al respecto, entendiendo que la idea detrás de esta recomendación era reconducir la operación de aportación de rama de actividad a la competencia de la junta general, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. Junta General y derechos del accionista. *RdS*, n. 27, p. 36-37, 2006. Antes, el Informe Aldama de 2003 apuntaba que “es recomendable que cada sociedad regule la necesidad o no de elevar a la Junta General algunas decisiones de negocio, debidamente delimitadas, que sean trascendentales para el futuro de la sociedad y los intereses de accionistas e inversores”, apartado IV.1.3.

44 Así lo expresa la Exposición de Motivos, apartado IV: “Asimismo, se amplían las competencias de la junta general en las sociedades para reservar a su aprobación aquellas operaciones societarias que por su relevancia tienen efectos similares a las modificaciones estructurales”.

te) porción de interés (jurídico y económico) en la sociedad beneficiaria⁴⁵. Pero desde la aprobación de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, la aportación de rama de actividad es considerada una modalidad de escisión, en concreto una segregación, y por tanto sometida al régimen especial previsto en dicha Ley para tales operaciones y orientado a tutelar los diferentes intereses en juego, que en lo que ahora nos interesa requiere aprobación por la junta general⁴⁶.

Tras la reforma, la expresa atribución por la LSC de esta nueva materia a la competencia a la junta general, como cabría esperar, no se refiere a las segregaciones o aportaciones de unidades económicas de la empresa, en definitiva a la aportación de rama de actividad, cuestión ya resuelta por la Ley de Modificaciones Estructurales en cuanto al régimen aplicable y (adicionalmente) por la propia LSC en relación a la competencia de la junta general. Tampoco atribuye expresamente una competencia general y abierta al órgano de socios sobre las operaciones de gestión extraordinaria que guarden similitud de efectos con las modificaciones estructurales, a pesar de la citada afirmación de la Exposición de Motivos. La redacción de la nueva competencia de la junta general es más concreta, ampliando *ex lege* el ámbito objetivo de actuación del órgano supremo en el reparto

45 Ya la jurisprudencia se inclinaba por atribuir competencia a la junta general para decidir sobre la transmisión patrimonial de unidades económicas de la sociedad a otras entidades, incluso apuntando que su realización por los administradores supone una extralimitación en el ámbito de su poder de representación, al ir más allá del objeto social estatutario, *vid.* la citada STS de 8 de febrero de 2007.

46 Véanse los arts. 68 y ss. de la Ley de Modificaciones Estructurales de 2009. Al concepto de segregación se refiere el art. 71 de dicha Ley. La necesidad de su aprobación por la junta deriva de la aplicación a las modalidades de escisión del régimen de la fusión para lo no contemplado específicamente para ellas según el art. 73.1, del que resultaría de aplicación el art. 40. De hecho el propio art. 160 LSC prevé esa competencia de la junta, en la letra g). Sobre la inclusión de la aportación de rama de actividad en la segregación como modalidad de escisión, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. Escisión parcial, segregación y aportación de rama de actividad. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, n. 50, *passim*, 2010. En contra, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. La aportación de rama de actividad tras la regulación de la segregación en la Ley 3/2009 de Modificaciones Estructurales. *Diario La Ley*, n. 7253, 1 oct. 2009.

interorgánico de competencias, pues atribuye competencia a la junta para la disposición de activos de singular relevancia para la sociedad, formen o no una unidad económica, y ya sea como aportación a otra sociedad o bien su simple enajenación, añadiendo además la competencia para la adquisición de activos que igualmente se consideren significativos⁴⁷. Detrás de este reconocimiento está sin duda la idea de que tales adquisiciones o disposiciones significativas de activos pueden repercutir destacablemente en el interés jurídico y económico de los socios, justificando entonces su pronunciamiento informado al respecto a través de la junta. Pero por otra parte, al contrario que la aportación de unidades económicas, la nueva competencia entiende que no es necesario someter aquellas operaciones particularmente la aportación de activos al régimen completo de las modificaciones estructurales, pues ciertamente la incidencia en la posición de los socios es menor.

La norma además introduce un parámetro objetivo que permite la determinación de cuándo la operación será suficientemente relevante para la sociedad y ese interés de los socios y por tanto para atribuir la competencia sobre la misma a la junta general. Así, califica de activos esenciales cuya adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad debe venir precedida de un acuerdo de la junta aquellos que superen el veinticinco por ciento de valor de los activos sociales en el último balance aprobado. La cuantificación de qué constituye un “activo esencial” a estos efectos debe entenderse como una presunción *iuris tantum*, que permite valorar en cada caso si la incidencia de la operación en el interés jurídico y económico de los socios requiere la aprobación por la junta general. Y desde luego, a la luz de la redacción de la nueva competencia, y manteniendo el plan-

47 Para un análisis sobre el tipo de operaciones o negocios jurídicos a los que se refiere la norma, FERNÁNDEZ DEL POZO, L. Aproximación a la categoría de “operaciones sobre activos esenciales”, cuya decisión es competencia exclusiva de la Junta (arts. 160 f) y 511 bis LSC). *La Ley Mercantil*, n. 11, págs. 3 y ss., feb. 2015; ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.; SÁNCHEZ SANTIAGO, J. La nueva competencia de la junta general sobre activos esenciales: a vueltas con el artículo 160 f) LSC. *Diario La Ley*, n. 8546, 25 mayo 2015, p. 5 y ss.

teamiento original del que trae causa, podrían existir activos esenciales aunque no alcancen ese porcentaje, cuya adquisición o disposición debería ser aprobada por la junta general por tratarse de operaciones susceptibles de afectar destacadamente ese interés de los socios⁴⁸. Naturalmente, esa valoración abierta será fuente de problemas

48 El Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas presentado el 14 de octubre de 2013 por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo dejó clara la intención de que la incorporación de la competencia de la JG sea sobre “transacciones de especial significación cualitativa y cuantitativa”, p. 14. El ejemplo más claro es la disposición de bienes especialmente afectos al desarrollo del objeto social, que de hecho excedería el ámbito del poder de representación de los administradores, y por ello no sólo no es competencia suya, sino que tales actos de disposición podrían no obligar a la sociedad frente a terceros, salvo que fueran de buena fe o sin culpa grave *ex art.* 234 LSC; debe recordarse en este punto que la LSC prevé causas de disolución directamente relacionadas con la inactividad de la sociedad en relación a su objeto social o la imposibilidad de realizarlo, *art.* 363 LSC. Véase la RDGRN de 25 de abril de 1997: “Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la delimitación del objeto social define el contenido mínimo, pero también el máximo, del ámbito de las facultades representativas del órgano gestor (...), y que, aun cuando es cierta la dificultad de determinar a priori si un acto concreto trasciende o no a ese ámbito, en todo caso quedan excluidas aquellas actuaciones claramente contrarias al objeto social, esto es, las contradictorias o denegatorias del mismo. En el caso debatido, el objeto social de la entidad no se define mediante la especificación de un concreto sector de la actividad económico-social, sino que está constituido por la explotación, en forma societaria, de unos concretos y significados bienes aportados al haber social, de modo que su permanencia en el mismo aparece no solo como condición “sine qua non” para la viabilidad del propio objeto social, sino como elemento básico y determinante del contrato social y de la subsistencia misma del nuevo ente constituido (...). Es evidente, pues, que cualquier actuación que implique de presente – o pueda implicar en lo sucesivo – la salida de esos bienes del patrimonio social excede inequívocamente de las facultades representativas del órgano gestor, entrando en la esfera competencial del órgano soberano de la sociedad, la Junta general (...)”. En referencia a la calificación como esencial del activo y al carácter *iuris tantum* de la presunción, argumento *ex art.* 385.3 LEC, ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Competencias de la Junta e instrucciones a los administradores (II)*. Entrada de su blog con fecha 18 jun. 2014. Disponible en: “<http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/>”, señalando que puede haber activos esenciales a estos efectos que no alcancen ese valor porcentual sobre el total de activos (ej., una patente importante para el desarrollo de la actividad), mientras que según los casos otros deberían entenderse comprendidos en el poder de representación de los administradores (ej., una sociedad que se dedica a la compraventa de inmuebles, y se compran o venden por valor superior a ese veinticinco por ciento). Con la misma idea MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F. Nuevas competencias expresas de la junta general de las sociedades de capital. *In: AA.VV. Las reformas del régimen de sociedades de capital según la Ley 31/2014*. Gómez-Acebo & Pombo. Gestión del Conocimiento, 2015, p. 47; y RECALDE CASTELLS, A. [comentario al] Artículo 160. Competencia de la junta. *In: JUSTE MEN-*

en el reparto interorgánico de la competencia, por la dificultad de delimitar cualitativamente el carácter esencial del activo⁴⁹. A pesar de este eventual problema, la previsión de un criterio objetivo para realizar la valoración sobre el carácter esencial del activo debe estimarse positiva, pues aunque admita prueba en contrario favorece la seguridad jurídica al menos en las relaciones internas; no tanto en las externas como aludiremos más adelante⁵⁰.

La previsión de esta nueva competencia a favor de la junta general precisa de aclaración en cuanto a la realización por parte de los administradores de tales actos sin el preceptivo acuerdo previo de la junta, usurpando la competencia de ésta, en lo referido a la eventual validez y eficacia de dichos actos de gestión y representación, así como las responsabilidades derivadas tanto en caso de ejecución del acuerdo previo de la junta general como en el supuesto de actuación al margen de la opinión de la junta. Como decimos, el ámbito del poder de representación de los administradores alcanza a todos los actos comprendidos en el objeto social, sin distinción entre actos de

CÍA, J. (coord.). *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 41-43. *Vid.* también sobre su condición *iuris tantum* y la aplicación en tal sentido, CABANAS TREJO, R. Activos esenciales y competencia de la junta general de las sociedades de capital ¿un riesgo para el tercero que contrata con la sociedad? *Diario La Ley*, n. 8521, p. 5 y ss., 17 abr. 2015; y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.; SÁNCHEZ SANTIAGO, J. La nueva competencia de la junta general sobre activos esenciales: a vueltas con el artículo 160 f) LSC. *Diario La Ley*, n. 8546, p. 13 y ss., 2015.

49 Véase los problemas en la valoración del activo que apunta CABANAS TREJO. *Ibidem.* p. 9 y ss.

50 FERNÁNDEZ DEL POZO, L. Aproximación a la categoría de “operaciones sobre activos esenciales”, cuya decisión es competencia exclusiva de la Junta [arts. 160 f) y 511 bis LSC]. *La Ley Mercantil*, n. 11, pág. 6, feb. 2015 señala “(...) la determinación cuantitativa u “objetiva” del “umbral legal operativo” para que entre en funcionamiento la presunción *iuris tantum* del carácter esencial de la operación (25 % del valor de los activos) no solo sirve, y acaso mal, a dar la “necesaria seguridad jurídica” al intérprete sino que, antes de nada, despliega una función propedéutica: nos da una pista sobre el criterio de ponderación empleado por el legislador”. Y añade más adelante: “Con buen criterio, los expertos de la reforma desconfían de la labor jurisprudencial en la fijación de criterios cuantitativos orientativos”, p. 27.

administración ordinaria o extraordinaria. Ya hemos dejado apuntado que las limitaciones voluntarias sólo tienen efectos internos frente a terceros de buena fe; y que la Ley ha previsto igualmente que los actos que excedan el objeto social vinculan a la sociedad frente a terceros de buena fe y sin culpa grave, debiendo probar en su caso la sociedad tal mala fe o culpa grave⁵¹. Ahora bien, la atribución de competencia a la junta general sobre la disposición y adquisición de activos esenciales de la sociedad supone, en definitiva, el reconocimiento *ex lege* de que tales actos exceden de la competencia propia de los administradores y consecuentemente del ámbito de su poder de representación. En estos casos, podría dudarse si deben aplicarse las reglas previstas en la LSC para los casos de realización de actos *ultra vires* por los administradores, actos que exceden el objeto social y por tanto suponen una extralimitación de los administradores en el ámbito de su poder de representación. Pero en realidad ha de descartarse la aplicación de tales reglas en estos casos, pues la amplitud e inderogabilidad del ámbito del poder de representación de los administradores se predica únicamente en las actuaciones comprendidas dentro de su competencia legal que no invadan la de otros órganos ni se trate de actos prohibidos. La diferencia de régimen no es irrelevante, pues en el primer caso la sociedad respondería de dichos actos frente a terceros de buena fe y sin culpa grave, que en este punto serían aquellos terceros que desconocían que el objeto del negocio celebrado constituía un activo esencial para la sociedad y no lo hubieran podido conocer empleando un mínima diligencia; mientras que en el segundo, frente a una adquisición o disposición de activos esenciales por los administradores sin el previo acuerdo favorable de la junta general, la sociedad podrá oponer frente a terceros la invalidez de lo actuado por los administradores excediendo su competencia legal, pues los administradores sólo pueden obligar a la sociedad por actos en ejercicio de sus competencias legales, pertenezcan o no al objeto social, respetando la distribución legal interorgánica de

51 *Vid. supra* nota 40.

competencias⁵². En efecto, las reglas relativas al ámbito del poder de representación sólo tienen aplicación dentro de esos límites competenciales que la Ley atribuye al órgano de administración, pues fuera de ellos directamente no existe capacidad de representar a la sociedad⁵³. Eso sí, parece oportuno que el asunto sobre el que se declara la competencia de otro órgano esté expresamente determinado en la Ley y no simplemente de una forma genérica, de modo que los terce-

52 Ya declaraba GIRÓN TENA. *Derecho de sociedades anónimas (según la Ley de 17 de julio de 1951)*. Valladolid: Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 1952, p. 362, que “la ilimitación de poderes de los administradores, frente a terceros, encuentra su límite en la esfera de legalidad de la configuración de esos poderes”. A este respecto, bajo la influencia histórica de lo previsto por el art. 9 de la Primera Directiva 68/151/CEE, que inspiró la regulación española, véase ESTEBAN VELASCO, G. La representación de la sociedad frente a terceros. In: GIRÓN TENA, J. (dir.). *Estudios y textos de derecho de sociedades de la Comunidad Económica Europea*. Madrid: Sección de Publicaciones e Intercambio de la Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1978, p. 322-323: “pese a la ausencia de un criterio legal expreso (...), el poder de representación sólo queda limitado por aquellas disposiciones legales que de forma exclusiva e instrañable atribuyen la adopción del acuerdo a otro órgano, de forma que sin la intervención de ese otro órgano la sociedad no queda vinculada eficazmente frente a terceros. Y, por consiguiente, dejando a salvo lo que luego se dirá sobre el objeto social, el poder de representación, en cuanto determinado por la ley, abarca la realización de todos los actos que la ley permite atribuir al órgano de representación” (notas al pie omitidas); más recientemente, el mismo autor, Id. ESTEBAN VELASCO, G. [comentario al] Artículo 234. Ámbito del poder de representación. In: ROJO, A.; BELTRÁN, E. (coords.). *Comentario de la ley de sociedades de capital*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 1683-1684. También en tal sentido POLO SÁNCHEZ, E. *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima: (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)*. Madrid: Civitas, 1992, p. 167-169; y SÁNCHEZ CALERO, F. *Los administradores en las sociedades de capital* 2. ed. Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2007, p. 247-249.

53 ESTEBAN VELASCO, *Ibidem*: “los límites legales de competencia del órgano administrativo son oponibles frente a terceros. A la luz de esta disposición adquiere un nuevo relieve el problema de la delimitación de las facultades mínimas imperativas de la junta general. En todos aquellos supuestos que se refieren a la estructura y organización económica y jurídica, que técnicamente escapan a la noción de administración, así como en todos aquellos en que el legislador establece una reserva legal expresa de competencia para la junta general, la sociedad no queda válidamente vinculada sin su intervención”. También alude a la extralimitación del poder de representación por exceder la competencia legal de los administradores la RDGRN de 13 de febrero de 2012: “Dentro de los actos contrarios al objeto social se encuentran los genuinamente contrarios y los actos no tanto contrarios al objeto, sino que exceden de la competencia legal de los administradores”, aunque en concreto no distingue el régimen aplicable en las relaciones externas”.

ros puedan conocer el límite del poder de representación sin acudir a la publicidad registral ni realizar otro tipo de indagaciones al respecto⁵⁴. Pues, en definitiva, la intención de la Ley al establecer con destacada amplitud el ámbito del poder de representación es tutelar al tercero en relación a la facilidad de conocimiento de los límites sobre la facultad de obligar a la sociedad de los administradores⁵⁵.

El problema de claridad que presenta esta nueva atribución legal de competencia a la junta general es evidente, pues recae sobre operaciones que, según los casos, están ciertamente cercanas a la gestión extraordinaria o cuando menos a los actos neutros o polivalentes; pero no deben comprenderse en ninguna de esas categorías, por su desconexión manifiesta con la promoción del objeto social⁵⁶. Esa cercanía relativa, con el empleo empleando además de un concepto jurídico indeterminado en su delimitación los activos han de

54 POLO SÁNCHEZ, E. *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima: (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)*. Madrid: Civitas, 1992, p. 168.

55 El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014, en una redacción prácticamente idéntica al art. 34 de la olvidada Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de 2002, previó en este sentido una regulación del ámbito del poder de representación de los administradores más correcta en sus términos, dejando claro el límite que supone la competencia legal de otro órgano de cara a la oponibilidad por la sociedad frente a terceros: “Los actos realizados en nombre de la sociedad por los administradores con poder de representación, estén o no incluidos dentro del objeto social, obligan a la sociedad frente a los terceros, a menos que este Código atribuya esos actos a la competencia de otro órgano social” art. 215-3.1 de dicho Anteproyecto.

56 Apunta RECALDE CASTELLS, A. [comentario al] Artículo 160. Competencia de la junta. In: JUSTE MENCÍA, J. (coord.). *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 46, que “el poder de los administradores nunca es para actos extraños al objeto social (artículo 234.1 LSC), ni para los que imposibilitan su realización, conducen a la disolución de la sociedad o cuyos efectos son asimilables a los de una modificación estructural. En estos casos la competencia es de la junta”. En la misma línea ALFARO ÁGUILA-REAL, J. El nuevo artículo 160 f) LSC. Entrada de su blog con fecha 13 feb. 2015. Disponible en: “<http://derecho-mercantiles-pana.blogspot.com.es>”, apuntando que el art. 234.2 LSC sólo dice que “la publicidad positiva del registro (la cláusula de objeto social inscrita) no perjudica al tercero. Pero no dice que sea la misma la consecuencia cuando es el legislador el que delimita lo que constituye el desarrollo del ‘objeto social’”.

ser “esenciales”, no facilita en absoluto el conocimiento por el tercero de si en el caso concreto se enfrenta a un acto comprendido en el poder de representación o excluido de éste por exceso de competencia legal, es decir, sin capacidad de obligar a la persona jurídica⁵⁷; ni siquiera el elemento objetivo que cuantifica el carácter esencial del activo superar el veinticinco por cien del valor de los activos sociales aporta seguridad jurídica al tercero implicado en el eventual negocio conflictivo⁵⁸. Así las cosas, comoquiera que la delimitación de la com-

57 ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *Ibidem*: “(...) la Ley pone sobre los terceros la carga de asegurarse de que los administradores actúan dentro de sus competencias legales y, por tanto, comprobar si se trata de un activo esencial y exigir, en tal caso, la exhibición del acuerdo de la junta”.

58 Incluso aunque el administrador presente al tercero el último balance aprobado o un informe de experto independiente que evidencie que la adquisición o disposición de activos es cuantitativamente inferior al umbral legal que lo caracteriza como esencial, el tercero no tiene seguridad plena sobre el ejercicio correcto por aquél del acto de representación, precisamente por la eventual condición esencial del activo desde un punto de vista cualitativo. Por otra parte, la presunción *iuris tantum* que permite demostrar que no es esencial un activo con un valor superior al umbral legal juega a favor del administrador, pero en contra del tercero. En la práctica notarial y registral se arbitrarán mecanismos de control de mayor o menor eficacia sobre el carácter esencial o no del activo afectado por el negocio que vaya a escriturarse o inscribirse una declaración jurada del administrador indicando que el activo no es esencial, o la exhibición de documentos contables, etcétera. Pero ciertamente será el juez quien aporte la solución a esta cuestión problemática en caso de que la controversia acabe en los Tribunales, y parece difícil que admita esa inobservancia del límite legal de competencia de los administradores. Sobre esa práctica notarial y registral, CABANAS TREJO, R. Activos esenciales y competencia de la junta general de las sociedades de capital ¿un riesgopara el tercero que contrata con la sociedad? *Diario La Ley*, n. 8521, p. 14-15, 17 abr. 2015; ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.; SÁNCHEZ SANTIAGO, J. La nueva competencia de la junta general sobre activos esenciales: a vueltas con el artículo 160 f) LSC. *Diario La Ley*, n. 8546, p. 22-27, 2015. Todavía más reciente y de gran relevancia, *vid.* los pronunciamientos de la DGRN en las resoluciones de 11 de junio (ref. BOE-A-2015-8957), tres de 26 de junio (ref. BOE-A-2015-9006, A-2015-9007 y A-2015-9069), 8 y 11 de julio de 2015 (ref. BOE-A-2015-9091, y A-2015-9119), que entienden suficiente la manifestación del órgano de administración refiriendo el carácter no esencial del activo desde una perspectiva cualitativa y cuantitativa, ésta última bajo indicación de que el importe del negocio es inferior al veinticinco por ciento del valor de los activos en el último balance aprobado, y por tanto no activa la presunción legal. Y en relación a la eficacia externa del acto de los administradores sin acuerdo de la junta general cuando éste sea preceptivo por tratarse de un activo esencial, dichas RRDGRN se posicionan *obiter dicta* y declaran la aplicación analógica del art. 234.2 LSC. Sobre dichas RRDGRN, léase la crítica de RECALDE CASTELS, A. La DGRN no resuelve sobre la transmisión de activos esenciales. Entrada del blog *Almacén de Derecho*,

petencia legal de la junta general en asuntos de gestión respecto a la competencia (también legal) del órgano de administración sobre la gestión puede resultar problemática, no sólo con efectos internos sino en perjuicio de terceros de buena fe, hubiera sido conveniente que a tales actos les fueran aplicables las normas relativas al exceso del ámbito del poder de representación, de manera que para su oponibilidad por la sociedad ésta debiera demostrar la mala fe del tercero o su culpa grave⁵⁹.

de fecha 18 ago. 2015. Disponible en: “<http://almacenederecho.org>”, que mantiene su postura: “la ley delimita las competencias de los órganos sociales, acotando capacidad y poder de representación, por lo que el art. 234.2 LSC no es aplicable”.

59 Es decir, entendemos que la remisión realizada por el art. 161 al 234 LSC, que indirectamente declara aplicable las reglas de las limitaciones internas al ámbito del poder de representación en los casos atribución voluntaria de competencia de gestión a la junta *vid. supra* notas 25 y 26 y texto que acompañan, sería deseable en términos similares en el tenor de la nueva letra f) del art. 160 LSC, en tutela del tercero de buena fe y sin culpa grave; y mientras no se introduzca una previsión de este tipo, la sociedad puede oponer el exceso de competencia (legal) frente al tercero. Se pronuncia con meridiana claridad RECALDE CASTELLS, A. [comentario al Artículo 160. Competencia de la junta. In: JUSTE MENCÍA, J. (coord.). *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pá. 43-47: “la norma altera el régimen legal que regula la toma de decisiones en determinados negocios de disposición, requiriendo un acuerdo positivo de la junta como requisito para su validez. No se ocupa de un problema que afecte al poder de representación, sino que fija la capacidad de la sociedad en relación con operaciones tan relevantes, que exceden claramente de la gestión ordinaria que delimita el objeto social, y fija cuál es el órgano competente que debe actuar. Si la ley establece una reserva legal de competencia a favor de la junta, la sociedad no queda vinculada sin su intervención”; así también ALFARO ÁGUILA-REAL, J. El nuevo artículo 160 f) LSC. Entrada de su blog con fecha 13 feb. 2015. Disponible en: “<http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es>”: “En el caso del art. 160 f) LSC estamos ante un caso de “exceso de poder” que no se sana por el art. 234.2 LSC”; Id. Y más sobre el art. 160 f) LSC. Entrada de su blog de fecha 2 jun. 2015. Disponible en: “<http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/>”; y MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F. Nuevas competencias expresas de la junta general de las sociedades de capital. In: AA.VV. *Las reformas del régimen de sociedades de capital según la Ley 31/2014*. Gómez-Acebo & Pombo. Gestión del Conocimiento, 2015, p. 47. En contra FERNÁNDEZ DEL POZO, L. Aproximación a la categoría de “operaciones sobre activos esenciales”, cuya decisión es competencia exclusiva de la Junta [arts. 160 f) y 511 bis LSC]. *La Ley Mercantil*, n. 11, p. 28-29, feb. 2015: “la extralimitación de competencia no puede hacerse valer contra el tercero de buena fe que contrata con la sociedad. No existe una carga del tercero de averiguar el importe del activo o de consultar las últimas cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil. Sola-

En este punto, hemos de hacer una última referencia a la incidencia de la competencia legal de gestión atribuida a la junta general sobre el deber de ejecución y sobre la responsabilidad en caso de que el acto de los administradores origine un daño a la sociedad. De acuerdo con lo que hemos apuntado, estamos ante una limitación legal a la facultad de gestión y al poder de representación de los administradores. Desde luego, si los administradores proceden a adquirir o disponer de activos esenciales sin previo acuerdo de la junta al respecto podrían contraer directamente responsabilidad frente al tercero, que podría sufrir daño al no quedar vinculada la sociedad como acabamos de ver⁶⁰; por esta razón, en principio no se generaría daño

mente cuando el tercero es cómplice del fraude de la regla de competencia o cuando la extralimitación competencial es manifiesta y su desconocimiento inexcusable en atención a las circunstancias que concurren en el caso (pensemos en la venta de la totalidad del patrimonio social) la extralimitación podrá oponerse a tercero. El estándar aplicable al tercero de buena fe es el que se infiere de la regla en que se recoge el ámbito legal predeterminado e ilimitable de las facultades representativas de los administradores: cfr. art. 234 LSC al que, por cierto, se remite, en materia de injerencia de la junta en la gestión el art. 161 LSC”. También en contra CABANAS TREJO, R. Activos esenciales y competencia de la junta general de las sociedades de capital ¿un riesgo para el tercero que contrata con la sociedad? *Diario La Ley*, n. 8521, 17 abr. 2015, si bien en un principio parece admitir la incapacidad del órgano de administración de obligar a la sociedad invadiendo la competencia legal de la junta pág. 11, se decanta por entender aplicable el art. 234 LSC también para el caso de la disposición o adquisición de activos esenciales págs. 13-14. Y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.; SÁNCHEZ SANTIAGO, J. La nueva competencia de la junta general sobre activos esenciales: a vueltas con el artículo 160 f) LSC. *Diario La Ley*, n. 8546, p. 19, 2015: “existe una clara laguna legal en esta cuestión, pues la ley no contempla cual es el efecto de no obtener la autorización de la JG”, concluyendo a continuación que “entendemos que existe una laguna legal e identidad de razón que permite la aplicación analógica del art. 234 LSC a este supuesto, por ser lo más adecuado no solo al conjunto de nuestro sistema sino también a la normativa comunitaria”, p. 21.

60 RECALDE CASTELLS, A. [comentario al] Artículo 160. Competencia de la junta. In: JUSTE MENCÍA, J. (coord.). *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 45-46; ALFARO ÁGUILA-REAL, J. El nuevo artículo 160 f) LSC. Entrada de su blog con fecha 13 feb. 2015. Disponible en: “<http://derechomercantilespana.blogspot.com.es>”, “Cuando de las circunstancias que hayan rodeado la celebración del contrato correspondiente no se desprenda para el tercero que la sociedad estaba adquiriendo o enajenando un activo esencial, el tercero frustrado en su adquisición o enajenación podrá ejercer, contra los administradores, la llamada “acción individual” de responsabilidad porque ha sido la omisión de los administradores la que ha causado la frustración del interés del tercero en realizar el negocio,

indemnizable frente a la sociedad, pero si además ese comportamiento antijurídico le originase algún perjuicio, a pesar de no quedar vinculada frente al tercero, los administradores podrían ser responsables frente a aquélla⁶¹. Lo mismo sucede si dotan a la ejecución de un contenido distinto al previsto en el acuerdo de la junta; no debe olvidarse que en este punto la competencia es exclusiva de la junta, no estamos ante una competencia compartida como en los casos de limitaciones voluntarias a la gestión de la sociedad⁶². La aplicación a la conducta de los administradores de la *business judgment rule* en esta situación es complicada; no se trata de aplicar la regla a una decisión de negocio disposición o adquisición del activo (esencial), sino a una decisión puramente organizativa de distribución de competencias someter o no el asunto al acuerdo de la junta. La diligencia se valora en la decisión organizativa, donde no encuentra aplicación la regla de la discrecionalidad empresarial⁶³.

Por lo demás, en principio, la ejecución por los administradores de un acuerdo de la junta de disposición o adquisición de activos esenciales no debiera generar responsabilidad en ellos frente a la sociedad si de la misma se produce un daño, dado que se trata de una competencia legal exclusiva de la junta⁶⁴. Cuando la LSC declara que

es decir, se dan los requisitos que justifican la imposición de responsabilidad a quien no es parte de un contrato como hemos explicado *in extenso* en otro lugar”.

61 Apunta MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F. Nuevas competencias expresas de la junta general de las sociedades de capital. *In: AA.VV. Las reformas del régimen de sociedades de capital según la Ley 31/2014*. Gómez-Acebo & Pombo. Gestión del Conocimiento, 2015, p. 46, que la antijuridicidad de la conducta de los administradores se basará en la infracción de la norma que atribuye la competencia expresa a la junta general, esto es, el art. 160.f) LSC.

62 *Vid. supra* las últimas reflexiones del apartado 2.1.

63 El art. 226 LSC deja claro que la regla sólo se aplica “en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio”. *Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L. Aproximación a la categoría de “operaciones sobre activos esenciales”, cuya decisión es competencia exclusiva de la Junta [arts. 160 f) y 511 bis LSC]. La Ley Mercantil*, n. 11, p. 28-29, p. 5, feb. 2015. Léase también a ALFARO ÁGUILA-REAL. *Y más sobre el art. 160 f) LSC*. Entrada de su blog con fecha 2 junio 2015. Disponible en: “<http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/>”, diferenciando los dos tipos de decisiones implicadas.

64 En contra, apuntando que el acuerdo de la junta general sobre la disposición o adquisición

“en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general”, debe entenderse en referencia a actos pertenecientes a la esfera de competencia de los administradores que sean sometidos a acuerdo de la junta general, generando como mucho una competencia compartida, pero no a los actos competencia exclusiva de la junta⁶⁵. Cuestión distinta es si los administradores colaboraron ilícitamente en la causación del daño derivado del acuerdo de la junta, por ejemplo con informaciones incompletas o incorrectas presentadas a la junta, o en la fase de negociación de la operación que posteriormente se lleva a la junta, o por dolo o negligencia en la fase de ejecución del acuerdo, como por ejemplo si se alteran las circunstancias desde su adopción en junta, etcétera; pues en estos casos, naturalmente, la responsabilidad frente a la sociedad no debiera obviarse a pesar del acuerdo de la junta⁶⁶. Y siempre a salvo de la eventual responsabilidad frente a terceros, que no se vería afectada⁶⁷.

de activos esenciales no exonera de responsabilidad a los administradores que lo ejecuten, CABANAS TREJO, R. Activos esenciales y competencia de la junta general de las sociedades de capital ¿un riesgo para el tercero que contrata con la sociedad? *Diario La Ley*, n. 8521, p. 6, 17 abr. 2015.

65 Parece más claro el planteamiento del Derecho alemán de sociedades anónimas, pues como apuntamos anteriormente el art. 83.2 de la *AktG* señala que “la Dirección tiene la obligación de ejecutar las decisiones acordadas por la junta general dentro del marco de su competencia”, y el art. 93.4 entiende que “no se produce la obligación de indemnizar frente a la sociedad si la actuación se basa en un acuerdo legal de la junta general”.

66 QUIJANO GONZÁLEZ, J. [comentario al] Artículo 236. Presupuestos de la responsabilidad. In: ROJO, A.; BELTRÁN, E. (coords.). *Comentario de la ley de sociedades de capital*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 1698-1700. Debe tenerse en cuenta que “los administradores suelen incidir decisivamente en la adopción de los acuerdos de la Asamblea desde el momento en que disponen de más y mejor información, de que, normalmente, disponen de medios para evitar la adopción o promover la sustitución de un acuerdo cuya ejecución va a ser presumiblemente perjudicial, o de que, en todo caso, el acuerdo exige frecuentemente un complemento de decisión autónoma de aplicación en la fase de ejecución (...), en palabras del mismo autor en Id. *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima* (Aspectos sustantivos). Valladolid: Publicaciones Universidad de Valladolid, 1985, p. 181, en referencia a la posibilidad de exoneración por la ejecución de un acuerdo de la junta general.

67 QUIJANO GONZÁLEZ, *Ibidem*, p. 180.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A SANÇÃO DE INABILITAÇÃO NO DIREITO CONCURSAL ESPANHOL¹

CONSIDERACIONES SOBRE LA SANCIÓN DE INHABILITACIÓN EN EL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL

Juan Luiz Souza Vazquez

Resumo: A inabilitação é uma sanção pessoal prevista na Lei Concursal Espanhola, cuja consequência é a proibição para o exercício da atividade empresarial e a administração de bens alheios. Sem embargo, esta medida de natureza predominantemente repressiva não será aplicada em todos os processos concursais iniciados na Espanha, mas tão-somente naqueles em que for aberta a denominada “*Sección de Calificación*” do concurso de credores. Iniciada a referida seção, o juiz, ao reconhecer que o concurso é “*culpable*”, irá determinar a inabilitação das pessoas afetadas pelo concurso, por 2 a 15 anos. O presente trabalho tem a pretensão de analisar a sanção de inabilitação no direito concursal espanhol, explorando a razão de sua manutenção na legislação concursal, a possibilidade de ser aplicada de ofício pelo magistrado e a fixação de seu prazo de duração.

Palavras-chaves: Direito Falimentar. Responsabilidade Civil. Inabilitação. Falido. Atividade Empresarial.

¹ Artigo recebido em 13.09.2016 e aceito em 07.11.2016.

Resumen: La inhabilitación en el derecho concursal español es una sanción personal prevista en la Ley Concursal de España, cuya consecuencia es la prohibición del ejercicio de la actividad empresarial y la administración de bienes ajenos. Sin embargo, la inhabilitación no será aplicada en todos los procesos concursales iniciados en España, pero tan sólo en aquellos en que sea abierta la denominada sección de calificación del concurso de acreedores. El presente trabajo tiene la pretensión de hacer un análisis de la sanción de inhabilitación en el derecho concursal español, explorando la razón de su mantención en la legislación concursal, la posibilidad de ser aplicada de oficio por el magistrado y la fijación de su plazo de duración.

Palabras clave: Derecho Concursal. Responsabilidad Civil. Inhabilitación. Concursado. Actividad Empresarial.

Sumário: 1. Introdução. 2. As funções do processo concursal na Espanha e a manutenção do interesse público. 3. Modificação do regime de inabilitação a partir da vigência da LC 22/2003. 4. Possibilidade da sanção de inabilitação ser aplicada de ofício. 5. Fixação do prazo de duração da sanção de inabilitação. 5.1. Ausência de pedido expresso pelas partes legitimadas e a duração do período de inabilitação. 5.2. A possibilidade do magistrado fixar o prazo de inabilitação por tempo superior ao pretendido pelas partes. 5.3. A fixação do prazo de duração da sanção de inabilitação em casos de grupos de sociedades em concurso. 6. Conclusões.

1. Introdução.

O modelo espanhol construído para empresas em dificuldades é denominado simplesmente por “*concurso*”², conforme previsto na *Ley nº 22 de 9 de Julio de 2003 – Ley Concursal* (“LC”). De acordo

2 Após esclarecer que a Lei Concursal optou por adotar um sistema de unidade legal, de disciplina e de sistema, A Exposição de Motivos da referida norma, afirma: “(...) *El nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de “concurso”*”.

com a referida legislação, o processo de insolvência contempla apenas dois institutos: o *convenio* e a *liquidación*. O *convenio* é considerado como sendo a opção mais adequada para a solução da insolvência, o que se faz mediante um acordo entre o devedor e seus credores, ao passo que a *liquidación*, como a própria expressão já sugere, é um procedimento que determinará a venda dos ativos do devedor para o pagamento dos credores, tendo efeitos, portanto, mais severos³.

O chamado processo concursal espanhol começará com um pedido de declaração de abertura de um concurso, formulado pelo próprio devedor, por seus credores, pelo mediador concursal quando se trate de um procedimento regulado no Título X da LC e, em alguns casos, pelos sócios da pessoa jurídica, nos termos do artigo 3 da LC⁴.

Após a sentença que declara o concurso aberto, terá início a *fase común* do processo concursal, destinada basicamente à determi-

3 A Exposição de Motivos da Lei Concursal de Espanha, afirma: "(...) *Las soluciones del concurso previstas en la Ley son el convenio y la liquidación para cuya respectiva tramitación se articulan específicas fases en el procedimiento. Los efectos de la liquidación son, lógicamente, más sever (...)*". Não iremos tratar dos sistemas *preconcursal* (*Acuerdos de Refinanciación*) e *paraconcursais* (*Mediação Concursal e Acuerdos Extrajudiciais de Pagos*), que são instrumentos recentemente adotados no sistema jurídico Espanhol. Estes institutos têm por objetivo aumentar a eficiência de recuperação das empresas em dificuldades, potencializando a sua capitalização, além de permitir uma segunda oportunidade para os devedores insolventes.

4 "Artículo 3. *Legitimación*. 1. *Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor, cualquiera de sus acreedores y el mediador concursal cuando se trate del procedimiento regulado en el Título X de esta Ley. Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación*. 2. *Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, no está legitimado el acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos ínter vivos y a título singular, después de su vencimiento*. 3. *Para solicitar la declaración de concurso de una persona jurídica, están también legitimados los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquella*. 4. *Los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente. La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario*".

nação da massa ativa e passiva, podendo ser apresentada uma proposta de *convenio* ou de início da *liquidación*. Em regra, o concurso será considerado concluído, quando houver o cumprimento do convenio ou com o pagamento dos credores, mediante a liquidação dos ativos do devedor.

Além desta *fase común*, a LC estabelece várias “*secciones*”, cujas disposições irão ser aplicadas de acordo com a dinâmica adotada para cada processo de insolvência. Nesse contexto, a LC prevê a “*sección sexta*”, também conhecida por “*De la calificación del concurso*” ou, simplesmente, “*sección de calificación*”. É importante notar que a “*sección sexta*” é considerada eventual, portanto, não será obrigatoriamente iniciada em todos os processos concursais.

Esta “*sección de calificación*” tem por objetivo determinar a responsabilidade civil, pessoal e patrimonial, das “pessoas afetadas pelo concurso” e seus eventuais “*cómplices*”⁵. A responsabilidade pessoal se materializa na inabilitação para o exercício da atividade empresarial e administração de bens alheios, por um determinado período a ser fixado pelo magistrado, enquanto que o efeito patrimonial, por sua vez, ocorrerá com a perda de todo e qualquer direito contra o devedor ou massa falida, determinação da devolução de bens e direitos que tenham saído do patrimônio do devedor indevidamente, além da indenização por danos e prejuízos causados.

A manutenção de um sistema de responsabilidade civil nos processos concursais pela LC, ainda que sua aplicação não seja decorrente da simples declaração de abertura do concurso de credores, serve de argumento para se sustentar a presença da função repressora do processo de insolvência no direito concursal da Espanha⁶. Esse cenário, como será evidenciado ao longo deste trabalho, também se justifica pela existência de múltiplos interesses conflitantes em jogo e a preponderância do interesse público.

5 Conforme artigos 164.1 e 172.2.1º, ambos da LC.

6 A expressão “concurso” será sempre utilizada como sinônimo de processo concursal, conforme determinado na LC Espanhola.

Como se pode notar, o sistema de insolvência na Espanha apresenta algumas particularidades que o distanciam do modelo adotado no Brasil, inclusive em relação à questão pertinente à incapacitação do devedor insolvente, que é o tema objeto do presente texto. A aplicação desta sanção traz alguns pontos controvertidos, especialmente aqueles relacionados à possibilidade de o juiz agir de ofício e à fixação do prazo de duração dessa medida sancionadora, inclusive quando há concursos conexos, envolvendo pessoas jurídicas que integram um mesmo grupo societário.

O presente trabalho será iniciado com a análise das funções do processo concursal na Espanha e da manutenção do interesse público em procedimentos desta natureza. Em seguida, veremos a evolução da sanção de incapacitação a partir da LC, fazendo um paralelo com o sistema anterior revogado. Por fim, veremos as polêmicas que giram em torno da fixação da sanção de incapacitação.

2. As funções do processo concursal na Espanha e a manutenção do interesse público.

A compreensão do sistema de insolvência na Espanha passa pela identificação da função do concurso de credores naquele país, pois é a partir daí que se poderá entender como os espanhóis idealizaram uma estrutura jurídica para enfrentar um cenário de crise. Ao compreender a sua função, nós teremos uma visão mais abrangente do instituto da incapacitação no processo concursal espanhol.

Nesse passo, há consenso na doutrina, conforme esclarecem Emilio Benrán e Ángel Rojo⁷, no sentido de que a principal função

7 ROJO, Ángel; BELTRÁN, Emilio. El concurso de acreedores. In: MENÉNDEZ, Aurelio; ROJO, Ángel; LUISA APARICIO, Maria (Coord.). *Lecciones de Derecho Mercantil*. 11. ed. Navarra: Aranzadi, 2013, v. II, p. 492: “(...) *En el Derecho español vigente, la función primaria del concurso de acreedores es la denominada función solutoria: el concurso tiene como finalidad satisfacer a los acreedores del deudor insolvente del modo más eficiente posible, sea mediante un convenio*

do sistema de insolvência na Espanha seria a satisfação dos credores do devedor insolvente⁸. Esta seria a denominada “*función solutoria*”, alcançada através de um *convenio* ou por meio de uma *liquidación* dos bens e direitos do devedor para o pagamento de seus credores.

Entretanto, esta função “*solutoria*” não seria o único objetivo a ser alcançado através de um processo concursal. Esta função deverá ser conciliada com a chamada “*función conservativa*”, pois o concurso também deve ser um instrumento para permitir a preservação de empresas insolventes, mas que ainda possam ser viáveis. De todo modo, como explica Ana Belén Campuzano⁹, a função conservativa

– un acuerdo entre el deudor concursado y la colectividad de acreedores –, sea mediante la liquidación de bienes y derechos del deudor y el pago a los acreedores con el líquido obtenido (...).”.

8 A Exposição de Motivos da referida norma afirma: “(...) *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*”.

9 BELÉN CAMPUZANO, Ana. La Responsabilidad de los Administradores Sociales de la Persona Jurídica Concursada. In: QUETGLAS, Rafael Sebastián; COPO Abel B. Veiga (Directores). *Problemas Actuales del Concurso de Acreedores*. Navarra: Aranzadi, 2014, p. 397-398: “(...) *En el derecho español la finalidad esencial del concurso de acreedores reconocida así en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, es la llamada función solutoria, es decir, la satisfacción de los acreedores del deudor insolvente Esta función solutoria convive con la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, la función conservativa del concurso, que es, sin embargo, dependiente de la primera, ya que la continuidad de la empresa no puede lograrse a costa de la satisfacción de los acreedores. Es por ello que se ha afirmado que, entre el “interés del concurso”, y el ‘interés del deudor’ a la continuidad de la actividad, la Ley Concursal da prevalencia al primero (...)*”. No mesmo sentido: ROJO, Ángel; BELTRÁN, Emilio. El concurso de acreedores. In: MENÉNDEZ, Aurelio; ROJO, Ángel; LUISA APARICIO, Maria (Coord.). *Lecciones de Derecho Mercantil*. 11. ed. Navarra: Aranzadi, 2013, v. II, p. 492-493: “(...) *En este sentido, en el Derecho español, la función solutoria se quiere cobonestar con la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor Pero la Ley tiene muy claro que esa continuidad en modo alguno puede suponer la disminución de la masa con la que satisfacer a los acreedores... Entre el ‘interés del concurso’ entendido esencialmente como interés dela colectividad de los acreedores, y el “interés del deudor” a la continuidad de la actividad, la Ley, sin vacilación, prima al primero, y ello aunque cese de esa actividad y el cierre de esas oficinas, de esos establecimientos o de esas explotaciones traiga consigo la extinción colectiva de las relaciones laborales con los trabajadores (...)*”.

é dependente daquela primeira (“función solutoria”) e não prevalece sobre a mesma, considerando que não se admite a continuidade da empresa em prejuízo dos credores.

Juana Pulgar Ezquerria¹⁰ recorda que a reforma produzida no direito concursal espanhol pela LC 22/2003, deixou evidenciado que a finalidade do concurso de credores não seria solucionar eventuais problemas empresariais do devedor e proceder o seu saneamento. De acordo com a referida autora, o processo concursal tem por objetivo repartir coletivamente entre os credores, de acordo com o princípio do *par conditio creditorum*, a impotência do devedor para realizar seus pagamentos e, sempre que for possível, este escopo deverá ser atingido mediante a conservação da unidade produtiva que tenha valor empresarial.

Há, ainda, uma terceira função do concurso de credores, que é a chamada “*función sancionadora*”. O caráter sancionador do procedimento de insolvência sempre esteve presente nas legislações internacionais, desde as suas origens, pois a repressão à conduta de má-fé do devedor sempre foi um dos pilares do processo concursal. É interessante destacar, conforme ensina Ana Belén Campuzano¹¹,

10 PULGAR EZQUERRA, Juana. *La Declaración del Concurso de Acreedores*. Madrid: La Ley, 2005, p. 147: “(...) *La Reforma, sin embargo, parte de otros planteamientos probablemente motivados por el fracaso manifiesto de esas políticas concursales pretendidamente ‘sanatorias’ y por la tendencia manifestada en actuales reformas a entender que la razón de ser del Derecho Concursal no es solucionar, sino colectivizar y repartir entre los acreedores – sobre la base del principio de la par conditio creditorum, que sustituye al principio prior in tempore potior in iure, característico del las ejecuciones individuales – una impotencia patrimonial del deudor para el pago. No obstante esta satisfacción debería estar presidida en la medida de lo posible por el principio de conservación de empresas que evita la desmembración de las organizaciones económicas de producción de bienes o servicios y la correlativa destrucción del valor empresarial que ello conlleva (...)*”.

11 BELÉN CAMPUZANO, Ana. La Responsabilidad de los Administradores Sociales de la Persona Jurídica Concursada. In: QUETGLAS, Rafael Sebastián; COPO Abel B. Veiga (Directores). *Problemas Actuales del Concurso de Acreedores*. Navarra: Aranzadi, 2014, p. 405-406: “(...) *La función represora o sancionadora del Derecho concursal no solo continúa vigente en el orde-*

que a atual legislação concursal da Espanha apresentou uma evolução para que o devedor não seja estigmatizado pelo simples fato de ser declarado em concurso, afinal, nem sempre o insucesso na condução dos negócios é fruto de uma atuação de má-fé pelo devedor ou proveniente de uma fraude contra os credores por ele engendrada.

Em referência a esse último ponto, é sempre oportuna a lição de Pablo González Huebra¹², explicando que na exploração de uma atividade comercial, as falências seriam inevitáveis e causariam um enorme dano ao comércio. Em sua obra “*Tratado de Quiebras*” de 1856, ao fazer referência ao sistema anterior “*de las quiebras*”^{13 e 14}, o

namiento español, sino que también se configura como uno de las funciones del concurso en el Derecho comparado y en los textos del derecho Internacional. El Derecho concursal, desde sus orígenes, ha cumplido una patente función represora del deudor, aunque, es cierto, que los principios de política jurídica inspiradores de las sanciones al deudor insolvente han evolucionado – y mucho – desde entonces (...)”.

12 GONZÁLEZ HUEBRA, Pablo. *Tratado de Quiebras*. Madrid: Imp. de C. González, 1856, p. 2. Disponível em: “<http://hdl.handle.net/2027/ucm.5319541635>”. Acesso em: 20 mai. 2016: “(...) *Las quiebras son una verdadera calamidad para el comercio, pero una calamidad inevitable, porque no se alcanza remedio alguno que las pueda impedir. El tino y la prudencia con que el legislador castigue el descuido y la temeridad, podrá disminuir los culpables: un sistema de contabilidad, lo mas perfecto posible, con un rigor inexorable en cuanto á su observancia, para impedir ocultaciones y simulaciones, y una prudente severidad en castigar las que se descubran, podrá disminuir las fraudulentas; mas las casuales y fortuitas, nada absolutamente puede impedir las, porque no hay medio en lo humano que alcance á precaver la mala suerte y tantos contratiempos como pueden malograr una negociación. No se hará poco, sin embargo, sise consigue disminuirlas, precaviendo y castigando no solo el fraude, sino también el descuido y la negligencia; porque las que provienen de estas causas, son las mas temibles y trascendentales; pero el legislador apenas tiene medios de que valerse mas que de los castigos y de la contabilidad, con respecto á la que nunca será excesivamente rigoroso, porque es el arma del comercio de buena fé (...)*” (texto en su original).

13 O Código Comercial Espanhol de 1829 estabeleceu uma classificação com 5 tipos de quiebras, de acordo com o artigo 1002: “*Se distinguen para los efectos legales cinco clases de quiebras: 1. a Suspensión de pagos. 2. a Insolvencia fortuita. 3. a Insolvencia culpable. 4. a Insolvencia fraudulenta. 5. a Alzamiento*”

14 O artigo 886 do Código Comercial Espanhol de 1885, por sua vez, distinguiu três classes de quiebras: “*Para los efectos legales se distinguirán tres clases de quiebras, a saber: 1.ª Insolvencia fortuita. 2.ª Insolvencia culpable. 3.ª Insolvencia fraudulenta*”.

referido doutrinador concluiu que seria possível diminuir as falências culpáveis ou fraudulentas, com a previsão de sanções aos comerciantes descuidados e de má-fé, mas não seria possível evitar as falências fortuitas ou casuais, pois não há meios humanos para precaver a má sorte e contratempos que podem prejudicar uma negociação ou a exploração de uma atividade comercial.

É importante notar que a Exposição da LC menciona que a lei concursal teria avançado para eliminar a função repressora do concurso, mas Ana Belén Campuzano¹⁵, de forma correta, adverte que tal cenário não corresponderia à realidade, considerando que a função sancionadora do concurso continua sendo prevista e aplicada na prática, ainda que a mesma esteja restrita à abertura da “*Sección Sexta*” ou “*Sección de Calificación del Concurso de Acreedores*”.

Nesse contexto, a mudança mais significativa que aconteceu com a entrada em vigor da LC foi eliminar o caráter repressivo, em razão do simples fato de ter sido aberto um concurso. Desse modo, a inabilitação somente poderá ocorrer com a abertura da chamada “*Sección de Calificación*” do concurso.

De acordo com a LC, portanto, a função sancionadora do concurso não tem um caráter geral, tal como ocorre com as duas outras funções já mencionadas (*solutoria e conservativa*), já que não irá ser aplicada em todos os processos de insolvência. Deve-se concluir, então, que a função repressiva possui caráter especial ou eventual¹⁶,

15 BELÉN CAMPUZANO, Ana. La Responsabilidad de los Administradores Sociales de la Persona Jurídica Concursada. In: QUETGLAS, Rafael Sebastián; COPO Abel B. Veiga (Directores). *Problemas Actuales del Concurso de Acreedores*. Navarra: Aranzadi, 2014, p. 405-406: “*En el derecho actual la declaración en concurso de acreedores, por sí sola, no implica represión o “estigma” del deudor – por eso la Exposición de Motivos de la Ley Concursal habla de la desaparición del carácter repressivo de la insolvencia mercantil – pero, en determinados supuestos establecidos legalmente, si se produce la apertura de la sección de calificación, cuyo fin último es sancionar civilmente determinadas conductas (...)*”.

16 Esta é a opinião dos professores Ángel Rojo e Emilio Beltrán: “*(...) La función represora tiene carácter especial en la medida en que deja de operar cuando se apruebe “un convenio en que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita inferior*

considerando que a denominada “*Sección de Calificación*” somente será iniciada se houver uma destas duas hipóteses: (a) aprovação judicial de um *convenio* “gravoso”¹⁷; ou (b) em todas as hipóteses que determinem o início da fase de *liquidación*¹⁸.

Não se pode olvidar que mesmo nas hipóteses em que a “*Sección de Calificación*” seja iniciada, isso não irá significar que haverá sempre uma sentença reconhecendo o concurso como sendo culpável. Deste modo, para que haja uma responsabilização das pessoas afetadas ou de seus cúmplices, deverão estar presentes as seguintes condições¹⁹: (a) abertura da “*Sección de Calificación*”; (b) prova de que as pessoas afetadas ou os seus eventuais cúmplices agiram ou deixaram de agir, a partir de um conduta dolosa ou por culpa grave, participado de atos que agravaram ou geraram a insolvência do deve-

a un tercio del importe de sus créditos o una inferior a tres años (...)”. (ROJO, Ángel; BELTRÁN, Emilio. El concurso de acreedores. In: MENÉNDEZ, Aurelio; ROJO, Ángel; LUISA APARCIO, Maria (Coord.). *Lecciones de Derecho Mercantil*. 11. ed. Navarra: Aranzadi, 2013, v. II, p. 493-494).

17 O “*convenio gravoso*” é aquele em que houve a aprovação judicial de um *convenio* em que se estabeleça para todos os credores ou para uma ou várias classes uma redução da dívida superior a 1/3 do importe de seus créditos ou um prazo de espera superior a três anos.

18 Artigos 142 e 143 da LC.

19 BELÉN CAMPUZANO, Ana. La Responsabilidad de los Administradores Sociales de la Persona Jurídica Concursada. In: QUETGLAS, Rafael Sebastián; COPO Abel B. Veiga (Directores). *Problemas Actuales del Concurso de Acreedores*. Navarra: Aranzadi, 2014, p. 407-408: “(...) Así, mientras que la función solutoria tiene carácter general, por cuanto que es inherente a cualquier clase de concurso, la función represora tiene carácter especial en la medida en que tan sólo opera en determinados concursos... La efectividad de esta función de represión es, pues, eventual. En primer lugar, porque pueden existir concursos real y efectivamente ‘culpables’... que, sin embargo, no den lugar a la formación de esa sección por no concurrir ninguno de los dos presupuestos objetivos señalados. En segundo lugar, porque, aun cuando exista culpa en la causación o generación de la insolvencia o culpa en el agravamiento de esa insolvencia, puede suceder que dicha culpa no sea ‘grave’, sino ‘media’ o ‘leve’, y sólo el dolo o el grado mayor de la culpa son tenidos en cuenta por la Ley a dos efectos de la calificación... Concurso culpable no es aquel en el que la insolvencia ha sido causada o aumentada por culpa del deudor, sino sólo aquel en el que en la generación o en el agravamiento de la insolvencia haya intervenido el dolo o la culpa grave del deudor (arts. 164.1 y 165 LC) o en la que concurren otras determinadas conductas que determinarán en todo caso la calificación culpable (art. 164.2 LC) (...)”.

dor; e (c) as partes legitimadas – Ministério Público e Administrador Concursal – não concluem que o concurso tenha sido fortuito, pois nessa hipótese, o art. 170 da LC determina o arquivamento do procedimento, sem possibilidade de recurso.

Como explica José Antonio García-Cruces²⁰, é possível identificar nesta função repressora, especialmente por conta do efeito da inabilitação, além da finalidade sancionadora, um escopo cautelar, servindo de mecanismo de prevenção geral para impedir, diminuir ou, ao menos, não incentivar a reiteração de condutas com abuso ou fraude na condução dos negócios.

Este caráter preventivo gerado pela inabilitação, a par de servir de freio para a realização de condutas ilícitas, também é instrumento fomentador do tráfico mercantil regular²¹. Nos termos da lição de Cristina Guilarte²², a função sancionadora tem a missão de proteger interesses de terceiros, o tráfico comercial regular e a sociedade em geral, com a consequente proibição do exercício do comércio, a

20 GARCÍA-CRUCES, José Antonio. *La Calificación del Concurso*. Navarra: Aranzadi, 2004, p. 151: “(...) *La inhabilitación dispuesta en cuanto efecto de la calificación culpable del concurso responde a una doble finalidad, pues ésta es tanto sancionadora como preventiva, ya que se trata de reprimir al sujeto por la actividad desplegada y, a la vez, disponer de un mecanismo que impida reiterar la actuación desarrollada (...)*”.

21 MACHADO PLAZAS, José. *El Concurso de Acreedores Culpable*. Calificación y Responsabilidad Concursal. Navarra: Aranzadi, 2006, p. 177: “(...) *En este ámbito ha de distinguirse la sanción personal de inhabilitación del resto de las sanciones patrimoniales que tienen naturaleza eventual y cuyo efecto común es incrementar la masa activa. La tipificación de una serie de deberes legales y las sanciones que se fundan en su incumplimiento tienden, en atención a una política jurídica de prevención general, a reforzar la efectiva observancia de aquéllos y, en sentido general, a fomentar en aras del tráfico mercantil, la conducta regular del concursado o, en su caso, de sus representantes legales, en la actividad empresarial o profesional*”.

22 GUILHARTE, Cristina. La Suspensión de la Inhabilitación. *Anuario de Derecho Mercantil*, Espanha, n. 15, 2008-3, p. 388: “(...) *La inhabilitación persigue, de una parte, sancionar civilmente a quien, en situación de insolvencia, se ha comportado culposa o dolosamente y, de otra, proteger a los terceros, al tráfico y a la sociedad en general. Esta protección e traduce en la prohibición de ejercer el comercio, de ejercer funciones de representación y de administrar bienes ajenos (...)*”.

função de representação e administração de bens alheios. Nesse ponto, também se revela oportuno o registro feito por Fernando Marin de La Bárcena:

(...) La inhabilitación para administrar bienes expresa el rechazo social hacia las personas afectadas por la calificación (un estigma en condiciones de moral social normales) y sigue sus propias reglas basadas en el principio de proporcionalidad que rige la imposición de auténticas sanciones (...).²³

A dupla finalidade da função sancionadora do concurso (repressiva e preventiva) já existia no sistema anterior à vigente LC, conforme destacado por Agustín Ferrer Barriendos²⁴. De acordo com o citado autor, no modelo das “*Quiebras*” previsto no Código Comercial Espanhol de 1885, já havia a percepção de que o sistema de ina-

23 MARIN DE LA BÁRCENA, Fernando. Responsabilidad Concursal. *ADCo*, España, n. 28, 2013, p. 129.

24 FERRER BARRIENDOS, Agustín. Art. 172: Sentencia de Calificación. In: TIZÓN, J. M. Sagrera; REIXACHS, A. Sala; BARRIENDOS, A. Ferrer (Coord.). *Comentarios a Ley Concursal*. Barcelona: Bosch, 2004, p. 1777: “(...) *La inhabilitación, en los procesos concursales tenía una finalidad primaria claramente perceptible en lo que disponía el art. 878 del CCom. cuando establecía que el quebrado quedaba inhabilitado para la administración de sus bienes. Se trataba de evitar interferencias con la ocupación y de impedir que pudiera ocultar sus bienes, por eso el párrafo siguiente establecía la nulidad de los actos de administración y disposición posteriores. Sin embargo, esta faceta cautelar no era la única finalidad del precepto Obsérvese que esa inhabilitación no terminaba cuando acababa el proceso de quiebra, sino que perduraba en el tiempo y sólo cesaba si obtenía su rehabilitación. Habrá que reconocer, pues, que, aunque en teoría quepa distinguir entre la finalidad de la inhabilitación y la de las interdicciones, a realidad es que, junto a aquella finalidad cautelar, la inhabilitación que sufría el quebrado para la administración de sus bienes cumplía otra función de prevención característica de las medidas represivas; por un lado, la medida de la imposibilidad de administración de sus bienes, le impedía volver a ejercer un comercio en e que había utilizado de forma inadecuada su libertad negocial, impidiendo pueda perjudicar a otros acreedores; y, por otro lado, tenía también un efecto ejemplar y que iba acompañada de prohibiciones diversas de actividad (interdicciones) que, más allá de justificarse por la imposibilidad de administración, parecen entroncar con los efectos infamantes que la quiebra había significado históricamente y que justifica que profesiones que recaban de una cierta necesidad de honorabilidad, cerraran su acceso al quebrado no rehabilitado, sin darle oportunidad de subsanar o resolver en forma alguna los efectos de la inhabilitación respecto de sus facultades de administración de bienes (...)*”.

bilitação do devedor cumpriria esses dois objetivos: (a) cautelar; e (b) repressiva²⁵.

É importante notar o argumento sustentado por José Machado Plazas²⁶, sustentando que a função sancionadora do concurso também serviria de instrumento para concretização de seu principal objetivo, que é a satisfação dos credores do devedor (*“función solutoria”*), na medida em que, além do efeito pessoal (inabilitação), o juiz também irá impor sanções patrimoniais que irão proporcionar o aumento da massa ativa. Evidentemente que, com o acréscimo de bens e direitos na massa do devedor, haverá maior efetividade para a realização da função primária do concurso, inclusive com a aplicação da regra do art. 172bis da LC.

É necessário notar, ainda, que a justificação para a manutenção da função sancionadora no processo concursal espanhol também pode ser reforçada pelo interesse público que está presente em procedimentos desta natureza. Evidentemente, no concurso de credores há múltiplos interesses que necessitam da proteção do legislador²⁷,

25 José Machado Plazas sustenta que a sanção de inabilitação na LC 22/2003 tem natureza de medida repressivo-sancionadora e preventiva (MACHADO PLAZAS, José. La Sentencia de Calificación. In: DELGADO, Carlos Nieto (Coord.). *Derecho Concursal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, p. 667).

26 MACHADO PLAZAS, José. *El Concurso de Acreedores Culpable*. Calificación y Responsabilidad Concursal. Aranzadi: Navarra, 2006, p. 177: *“(...) El sistema sancionador cumple dos funciones básicas: una tradicional de represión de las conductas ilícitas del concursado o, en su caso, de sus representantes legales o, en caso de personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores. Esta función punitiva es además compatible con la función de satisfacción de los acreedores mediante la imposición de sanciones de naturaleza patrimonial que tienen como efecto el incremento de la masa activa. En este sentido, puede afirmarse que el sistema de sanciones civiles, recogido especialmente en el art. 172 LC se adecua perfectamente a la finalidad del procedimiento concursal que es, en palabras de la Exposición de motivos de la Ley concursal, la satisfacción de los acreedores (...)”*.

27 A existência de múltiplos interesses em um processo concursal não constitui uma novidade, afinal, em obra publicada em 1856, Pablo González Huebra, expôs a importância da conciliação das classes de interesses presentes em um concurso de credores pelo legislador, especificando os três mais relevantes: (a) credores; (b) do comércio em geral e da sociedade; e (c) do devedor: *“(...) Cuando un comerciante se presenta en quiebra, se ofrecen á los ojos del legislador tres clases de intereses que tiene el deber de conciliar: el de los acreedores, que consiste en que no se oculten ni disminuyan los bienes con que han de ser pagados; el del comercio en general y*

especialmente quando estamos diante de uma atividade empresarial²⁸ em crise econômica, por força dos efeitos gerados em relação a terceiros, credores ou não²⁹, os quais são comumente denominados por *stakeholders*³⁰.

el de la sociedad, que lo tienen en que no se repitan estas escenas; y el del quebrado, cuya desgracia, si es verdadera, reclama la protección de la ley para que no se le deje espuesto al rigor de unos acreedores que preocupados con sus pérdidas agraven su situación, añadiendo aflicción al afligido. Estos son los objetos á que la ley tiene que atender, disponiendo la ocupación y venta de los bienes del quebrado para el pago de sus deudas en beneficio de sus acreedores: la calificación de la quiebra para imponer al que resulte culpable las penas á que se haya hecho acreedor, para escarmiento suyo, y para impedir que otros signan su mal ejemplo, y la rehabilitación del inocente para ayudar al desgraciado en cuanto lo permita su situación (...)” (texto original) (GONZÁLEZ HUEBRA, Pablo. *Tratado de Quiebras*. Madrid: Imp. de C. González, 1856, p. 2. Disponível em: “<http://hdl.handle.net/2027/ucm.5319541635>”. Acesso em: 20 mai. 2016).

28 No direito espanhol, a legislação concursal não se aplica apenas àquelas pessoas consideradas empresárias. O artigo 1º da LC esclarece que o processo concursal será aplicável a qualquer devedor, pessoa física ou jurídica, ou seja, independentemente de serem ou não definidas como empresárias. É diferente do sistema brasileiro, pois a Lei 11.101/2005 somente incidirá para aqueles que preenchem os requisitos para serem conceituados como empresários.

29 As conclusões extraídas das lições do referido doutrinador, atualmente, poderiam encontrar fundamento na racionalidade econômica do procedimento concursal, para se notar os efeitos prospectivos de suas ideias. Nesse sentido, o jurista italiano, Alessandro Nigro, escrevendo sobre a lei de falências italiana e os efeitos da crise financeira de uma empresa, identificou que a mesma não será suportada apenas pelos devedores. A crise financeira de uma empresa atingirá outros atores que estão envolvidos no cenário econômico de exploração de uma atividade econômica, tais como os credores, os empregados, os prestadores de serviços, a comunidade em que está estabelecida e o próprio Estado, os quais são denominados por “stakeholders”. Em razão desta complexidade, nos processos concursais se fazem presentes interesses naturalmente conflitantes. NIGRO, Alessandro. *La Disciplina Delle Crisi Patrimoniali Delle Imprese: Lineamenti Generali – Trattato di Diritto Privato, Diretto da Mario Bessone, Volume XXV*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 154: “(...) *Come osservato nel cap. I, la crisi finanziaria di un'impresa – alla cui soluzione (o governo) sono destinate propriamente, seppure non esclusivamente, le procedure concorsuali – coinvolge non soltanto il debitore, ma anche i soggetti che, per qualsivoglia ragione, sono legati al primo da rapporti giuridici patrimoniali (creditori, lavoratori dipendenti; controparti contrattuali; ecc), comunemente e sinteticamente definiti “Stakeholders”. Si è altresì evidenziato come gli Stakeholders siano portatori di interessi tra loro niente affatto omogenei ed anzi potenzialmente in contrasto e come, conseguentemente, tratto comune e caratteristico delle procedure concorsuali sia, appunto, la loro natura conflittuale. (...)”.*

30 O conceito e o próprio alcance dessa expressão pode ser encontrado em: “http://www.iese.edu/es/files/La%20evaluaci%C3%B3n%20del%20concepto%20de%20stakeholders%20seg%C3%BAn%20Freeman_tcm5-39688.pdf”. Acesso em: 20 ago. 2016.

Há interesse público no processo concursal, ainda que na Espanha isso seja potencializado apenas se for iniciada a “*Sección de Calificación*”, quando, então, teremos a discussão sobre a responsabilidade civil das pessoas afetadas pelo concurso culpável e de seus eventuais cúmplices. Não se deve, contudo, confundir o *interesse geral do concurso* com o *interesse público* presente em um processo concursal, pois aquele seria representado pelo Administrador Concursal, ao passo que este é defendido pelo Ministério Público, exatamente como já decidiu o Tribunal Supremo Espanhol³¹.

Dessa forma, independentemente do país onde irá tramitar o procedimento concursal, o interesse público estará sempre presente, com maior ou menor representatividade. Em razão disso, devemos considerar que os interesses individuais de cada um dos envolvidos nessa relação processual não podem se sobrepor à “tutela coletiva do crédito”³².

31 STS 560/2015. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sede: Madrid. Sección: 1. Nº de Recurso: 466/2013. Nº de Resolución: 10/2015. Procedimiento: Casación. Ponente: SEBASTIAN SASTRE PAPIOL, de 3 de feb. 2015. Disponível em: “<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=7315316&links=concurso%20acreedores%20interes%20publico&optimize=20150306&publicinterface=true>”. Acesso em: 19 jul. 2016. Confira-se o seguinte trecho: “(...) 2. *La sentencia del Juzgado de lo Mercantil, de 27 de abril de 2012, declaró el concurso como culpable y determinó como personas afectadas a Tomás y Luis Miguel. Les condenó a la pérdida de cualquier derecho que pudieran tener como acreedores concursales, y les inhabilitó durante dos años para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona. No dio lugar a la condena del déficit concursal porque ‘ni el Ministerio Fiscal ni la Administración Concursal, únicos legitimados para su solicitud, instan condena alguna en tal sentido, por lo que ... no cabe establecer condena’. La sentencia fue recurrida en apelación por el Abogado del Estado en representación de la Agencia Tributaria e impugnada por los afectados por la declaración de culpabilidad. (...) 3. La sentencia de segunda instancia desestimó el recurso de apelación y la impugnación, señalando, en lo que aquí interesa, que el interés general del concurso lo representa la administración concursal y el interés público el ministerio fiscal, siendo sus peticiones las que vinculan al Juez; las demás partes, incluida la Abogacía del Estado, ‘son terceros intervinientes cuya actuación se limita a hacer declaraciones sobre la culpabilidad del concurso; ... no existiendo previa petición de persona legitimada, no puede formularse condena’ (Fundamento de Derecho Primero). Con ello, la Audiencia, le negaba a la AEAT legitimación para impugnar la sentencia por cuestiones que no habían sido incluidas por la administración concursal o el ministerio fiscal en sus respectivos escritos (informe y dictamen) (...)”.*

32 NIGRO, Alessandro. *La Disciplina Delle Crisi Patrimoniali Delle Imprese*: Lineamenti Generali – Trattato di Diritto Privato, Diretto da Mario Bessone, Volume XXV. Torino: G. Giappichelli

Como exposto, no direito concursal espanhol, ainda subsiste a sua função sancionadora, especialmente pela presença do interesse público que está potencializado em sua fase de “*calificación*”. É certo, também, que a inabilitação das pessoas afetadas pela sentença que reconhece o concurso como culpável, é um dos principais argumentos para se sustentar a necessidade de manutenção da função repressora em ditos procedimentos, bem como a própria existência do interesse público nessa fase, considerando a sua natureza dúplice: repressiva/cautelara. A LC, portanto, não abandonou o sistema punitivo do concurso de credores, mas, como veremos, trouxe um avanço nesse aspecto, exatamente como pretendemos expor, em seguida.

3. Modificação do regime de inabilitação a partir da vigência da LC 22/2003.

Inicialmente, é necessário recordar que na legislação revogada, conforme determinava o artigo 878 do Código Comercial Espanhol de 1885³³, o devedor seria considerado inabilitado após a sentença de “*quiebra*”³⁴, portanto, tratava-se de um efeito imediato de

Editore, 2012, p. 156: “(...) *Orbene, le procedure concorsuali, in virtù dei principi cardine alle quali sono ispirate – e di cui si è dato conto in precedenza –, tendono a scongiurare tale corsa all'accaparramento delle risorse del debitore insolvente, sostituendo alla tutela individuale quella che può essere definita la tutela collettiva del credito. Ed invero, la c.d. 'collettivizzazione' delle procedure esecutive, imposta dal diritto concorsuale, si caratterizza, per un verso, per il blocco delle azioni individuali e per la perdita (per i titolari di garanzie reali) del diritto di esecuzione separata sui beni del debitore, consentendo così di monetizzare –ove esistente – il valore di avviamento dell'impresa insolvente; e, per altro verso, nell'assicurare luguaglianza di trattamento tra tutti i creditori –salve le cause legittime di prelazione –escludendo qualsiasi rilevanza, ai fini del riparto dell'attivo, del criterio cronologico. Si può concludere sul punto ricordando l'efficace espressione di Renouard (che ebbe un ruolo determinante nella redazione della legge del 1838 di riforma della disciplina del code de commerce napoleonico in materia di fallimento): 'tout le monde perd dans une faillite; la sagesse consiste, non à empêcher ou à prévenir des sacrifices forcés, mais à les mesurer et les coordonner' (...)*”.

33 Art. 878 do Código de Comercio de 1885 afirmava que: “*Declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes*”.

34 URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*. 28. ed. Madrid: Marcial Pons, Revisada y Puesta al Día

corrente da falência, como dizia Pablo González Huebra³⁵ e, por conta disso, a partir deste momento o falido estaria impedido de administrar os seus próprios bens³⁶.

José Machado Plazas³⁷ expõe que a LC 22/2003 alterou tal ce-

con la Colaboración de María Luisa Aparicio, 2002, p. 157-158: “(...) *El empresario declarado en quiebra queda ‘inhabilitado para la administración de sus bienes’ (art. 878) y pierde con ello la posibilidad de continuar en el ejercicio de su actividad empresarial. De ahí que el Código afirme que no podrá ‘ejercer el comercio, ni tener cargo ni intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales’, en tanto que no haya obtenido la rehabilitación o esté autorizado en virtud de convenio celebrado con sus acreedores para continuar al frente de su establecimiento... La quiebra, pues, no incapacita al quebrado de un modo total ni definitivo; abre sencillamente un paréntesis en su actividad empresarial, que puede ser cerrado por medio de convenio o por la rehabilitación que hace cesar ‘todas las interdicciones legales que produce la declaración de quiebra’... El quebrado no puede continuar el ejercicio de su empresa ni por sí ni por medio de representante (...)*”.

35 GONZÁLEZ HUEBRA, Pablo. *Tratado de Quiebras*. Madrid: Imp. de C. González, 1856, p. 2. Disponível em: “<http://hdl.handle.net/2027/ucm.5319541635>”. Acesso em: 20 mai. 2016: “(...) *Con respecto al quebrado, produce la inhabilitación para administrar sus bienes, y por consiguiente la prohibición de ejercer actos de dominio sobre todos y sobre cualquiera clase y porción de los que le pertenezcan al tiempo de hacerse la declaración, ó adquiriera después de hecha por cualquiera título hasta que se haya finalizado la quiebra, pagando ó conviniéndose con los acreedores (1). Esta inhabilitación principia desde la suspensión de pagos que es desde cuando existe la quiebra, convierte al quebrado en un simple depositario, por decirlo así, de los bienes que se han de aplicar al pago de sus acreedores, y por consiguiente son nulos todos los actos que ejecute después de la época á que se retrotrae (...)*”.

36 BORJABAD GONZALO, Primitivo. *Derecho Mercantil*. 3. ed. Lleida: Lleida, 1998, v. I, p. 314: “(...) *El quebrado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 13.2 del Código de Comercio, no puede ejercer el comercio mientras no haya obtenido rehabilitación o esté autorizado, en virtud de un convenio aceptado en Junta General de Acreedores y aprobado por la autoridad judicial, para continuar al frente de su establecimiento, en cuyo caso la habilitación se entiende limitada a lo expresado en el convenio... Así, pues, el quebrado no puede ejercer el comercio ni por sí ni por representante (...)*”.

37 MACHADO PLAZAS, José. La Sentencia de Calificación. In: DELGADO, Carlos Nieto (Coord.) *Derecho Concursal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 667: “(...) *La tipificación de esta sanción personal y la regulación que actualmente se contempla en el art. 172.2.2, rompe el criterio histórico recogido en el art. 878 del CCom 1885, a cuyo tenor, ‘declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes’. En el sistema concursal derogado, la inhabilitación tenía su inicio con la declaración judicial de la quiebra. En el régimen jurídico vigente, la sanción de inhabilitación sólo se justifica en caso de concurso culpable y con el límite temporal de quince años (...)*”.

nário, pois atualmente a inabilitação somente poderá ser determinada se aberta a “*Sección de Calificación*”. Como já expusemos, essa fase do processo concursal é considerada eventual, pois somente será iniciada se houver um “*convenio gravoso*” ou a abertura da fase de *liquidación*. Nota-se, assim, que não é mais considerada como um efeito imediato da sentença que determina a abertura de um concurso³⁸.

É certo que o novo regime adotado pela LC atenuou os efeitos gerados pela inabilitação e que estavam previstos no artigo 878.1 do Código Comercial Espanhol de 1885, tornando-a mais benéfica para as pessoas afetadas pelo concurso culpável³⁹.

38 FERRER BARRIENDOS, Agustín. Art. 172: Sentencia de Calificación. In: TIZÓN, J. M. Sagrera; REIXACHS, A. Sala; BARRIENDOS, A. Ferrer (Coord.). *Comentarios a Ley Concursal*. Barcelona: Bosch, 2004, p. 1777-1778: “(...) *La Ley Concursal, al refundir procesos concursales liquidatorios y preventivos en un único procedimiento, podría haber relacionado la inhabilitación del concursado con la suspensión de sus facultades de administración, o incluso con la apertura de la liquidación, pero fiel al sentido represivo de esta institución acaba ‘reservándola’ según expresión de la exposición de motivos, a los supuestos de calificación del concurso como culpable. El sentido represivo cobra así su cabal transparencia y oportunidad: se trata de una clara sanción civil temporal que responde a criterios de prevención especial (el concursado que usó inadecuadamente su libertad negocial no podrá hacerlo durante el tiempo de la condena) y de ejemplaridad de la sanción (...)*”.

39 FERNÁNDEZ PÉREZ, Núria. Consideraciones en Torno a la Inhabilitación Tras la Ley 38/2011. In: ROJO, Ángel; CAMPUZANO, Ana Belén (Coord.). *La Calificación del Concurso y la Responsabilidad por Insolvencia – V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia e IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*. 1. ed. Navarra: Aranzadi, 2013, p. 452: “(...) *Pese a esta primera apreciación, de entrada crítica, debemos reconocer que se han producido mejoras en el régimen de la inhabilitación, al haberse producido una determinación del ámbito subjetivo de la calificación, esto es de las personas afectadas por la calificación*”. Entendemos que essa última afirmação deve ser aceita com reservas, pois a doutrina ainda faz críticas à LC 22/2003 por não ter indicado o devedor como sendo uma das pessoas afetadas pelo concurso culpável. Nesse sentido, confira-se: “(...) *El precepto no se refiere, en absoluto, a la figura del concursado. Si se repasa el tenor literal del artículo 172, 2, 2º LC podrá comprobarse cómo no existe referencia alguna al deudor común. Dada esa omisión, podría llegarse al resultado, desde luego inaceptable, de excluir al concursado de este efecto de la inhabilitación... Ante la anterior conclusión, que obviamente ha de rechazarse, una primera solución podría consistir en ampliar la literalidad de la norma y considerar que bajo la noción de persona afectada por la calificación también ha de incluirse al concursado (...)*” (GARCÍA-CRUCES, José Antonio. *La Calificación del Concurso*. Navarra: Aranzadi, 2004, p. 153).

É possível perceber esse ambiente mais favorável em relação à sanção da inabilitação, observando-se que no regime anterior, se a falência fosse considerada fraudulenta, o devedor não poderia obter a sua reabilitação em nenhum caso, ou seja, teríamos uma hipótese de inabilitação permanente ou perpétua. Por outro lado, nas hipóteses de falências não consideradas fraudulentas, a inabilitação perduraria até a existência de uma outra sentença que determinasse a reabilitação do falido.

Entretanto, já no sistema vigente determinado pela LC, já não há mais espaço para a inabilitação perpétua⁴⁰. A legislação concursal em vigor fixou um prazo de 2 a 15 anos⁴¹ para duração da sanção de inabilitação. E, diferentemente do que acontecia nas falências sem atos considerados fraudulentos, como adverte Salvador Vilata⁴², não

40 FERNÁNDEZ PÉREZ, Núria. Art. 172: Sentencia de Calificación. In: SÁNCHEZ, Esperanza Gallego (coord.). *Ley Concursal: Comentarios, Jurisprudencia y Formularios*. Madrid: La Ley, 2002, tomo II, p. 650-651: “(...) Como es sabido, la declaración de la quiebra daba lugar inexorablemente a la inhabilitación del quebrado (art. 878.1 CCom), situación en la que permanecía en tanto no hubiera otra resolución judicial que lo habilitara, salvo en los supuestos de quiebra fraudulenta en la que no procedía en ningún caso la rehabilitación. En la Ley Concursal también se recoge la inhabilitación, si bien de forma mucho más atenuada... Bajo el régimen del Código, declarada la quiebra, el quebrado queda inhabilitado para la administración de sus bienes, esto es, queda privado no sólo de la posesión de sus bienes sino también de los poderes de administración y disposición sobre los mismos... En la actualidad, la situación varía notablemente... La inhabilitación en el sentido clásico, únicamente se produce en el caso de que venga declarada por el juez del concurso en la sentencia de calificación con la que concluye la sección sexta (...)”.

41 FERNÁNDEZ PÉREZ, op. cit., p. 651: “(...) Además de lo anterior, también en la tramitación parlamentaria de la ley se flexibilizó el régimen de la inhabilitación y se optó por rebajar el período durante el cual podría ser aplicable la inhabilitación, así como por suprimir la inhabilitación para administrar bienes propios, al considerarlo excesivamente gravoso... En el Anteproyecto la inhabilitación se extendía a la administración de los bienes propios y ajenos y por un período temporal de 5 a 20 años (...)”.

42 VILATA, Salvador. La Sentencia de Calificación. La Responsabilidad Concursal. In: CAMPUZANO, Ana Belén; SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique (Directores). *El Derecho de la Insolvencia: EL Concurso de Acreedores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 891: “(...) En el régimen del Código de Comercio, la declaración de quiebra llevaba aparejado como efecto directo la inhabilitación del quebrado (art. 878- Ccom), con pérdida de los poderes de administración y disposición sobre sus propios bienes, y que no se recuperaban con la conclusión del procedimiento sino antes bien

há mais a necessidade de uma sentença para reabilitar a pessoa afetada pela inabilitação, bastando ser concluído o prazo estabelecido para o cumprimento da medida sancionadora.

Além disso, no sistema anterior, a inabilitação gerava o impedimento de administrar os seus próprios bens, mas as regras previstas na LC 22/2003 alteraram esse cenário, pois a referida medida sancionadora terá efeito apenas quanto à administração de bens alheios, ou seja, a pessoa afetada pela inabilitação está autorizada a administrar os seus próprios bens⁴³.

con la rehabilitación (y recuérdese que los quebrados personas físicas cuya quiebra fuera calificada como fraudulenta no podían ser rehabilitados) (...).

43 Com esse cenário, sempre mais favorável às pessoas que podem ser afetadas pela referida medida sancionadora, ainda que os fatos que determinaram a abertura da “*sección de calificación*” sejam anteriores à vigência da LC, esta norma retroagir para que o juiz, por exemplo, possa fixar o prazo de duração da sanção de acordo com o período previsto na LC (2 a 15 anos), além de restringir os efeitos da sanção à administração de bens alheios, conforme já decidido na Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Municipio de Oviedo. Sección 1. Nº de Recurso: 149/2010. Nº de Resolución: 422/2010. Ponente: JAVIER ANTON GUIJARRO. Disponível em: “<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database-match=AN&reference=5876003&links=inhabilitacion&optimize=20110310&publicinterface=true>”. Acesso em: 4 mai. 2016: “(...) CUARTO: *El siguiente motivo de apelación hace referencia a la sanción de inhabilitación que la Sentencia de primera instancia impone a Don Olegario para administrar los bienes ajenos durante un periodo de 2 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo. Sostiene el recurrente que la aplicación retroactiva de dicha sanción para unos hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la vigente Ley Concursal, como ocurre en el supuesto aquí examinado, únicamente será posible cuando la conducta imputada a la concursada ya estuviera contemplada por la legislación anterior como merecedora de tal sanción, y ello solo ocurría para los casos de quiebra fraudulenta, pues en tales casos y de conformidad con lo que preceptuaba el art. 920 C.Com. ‘los quebrados fraudulentos no podrán ser rehabilitados’, mientras que los quebrados no comprendidos en el caso anterior ‘podrán obtener su rehabilitación justificando el cumplimiento íntegro del convenio aprobado que hubiesen hecho con sus acreedores’ según disponía el art. 921 C.Com. El motivo de apelación así planteado no podrá, empero, prosperar. Olvida el recurrente que también el art. 878 C. Comercio disponía que ‘declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes’, tratándose por lo tanto de una sanción que operaba desde el inicio mismo del proceso de quiebra, sin una duración determinada, que operaba al margen de la calificación de la quiebra, de manera tal que la consideración de la quiebra como fraudulenta lo único que añadía a estos efectos era el rigor de impedir que el quebrado pudiera obtener la rehabilitación (art. 920 C. Comercio). En cualquier caso, la presencia de deficiencias relevantes en la llevanza de contabilidad ya aparecía*

Não há dúvida de que o novo sistema representou um avanço nesse ponto, mas ainda assim, há algumas questões que continuam gerando muitas dúvidas na doutrina e jurisprudência em relação à sanção de inabilitação. Nesse sentido, iremos analisar a possibilidade do juiz aplicar a sanção de inabilitação de ofício, ou seja, sem que tenha sido postulada expressamente por ao menos uma das partes legitimadas na “*Sección de Calificación*”: o Administrador Concursal e o Ministério Público.

4. Possibilidade da sanção de inabilitação ser aplicada de ofício.

O artigo 172 da Lei Concursal Espanhola⁴⁴ estabelece que a

contemplada en la vieja legislación como causa para incurrir en quiebra fraudulenta (así en los n.º 2, 4, 5 y 6 del art. 890 C.Com.), existiendo incluso una presunción iuris tantum de quiebra fraudulenta en el art. 891 C.Com. cuando el estado de la contabilidad no permitía conocer la verdadera situación del quebrado. En definitiva, no se trata de que la sanción de inhabilitación no estuviera prevista para una conducta como la que aquí nos ocupa, pues tal sanción existía y se aplicaba ope legis con la sola declaración de quiebra, sino que en el caso de ser calificada la quiebra como fraudulenta el quebrado no era rehabilitable, consideraciones que conducen a entender que no existe impedimento alguno derivado del art. 2-3 C.Civil y del principio tempus regit actum para que con la legislación vigente le pueda ser impuesta al ahora apelante la sanción de inhabilitación por un tiempo de dos años (...).

44 “Ley Concursal N.º. 22 de 09 de julio de 2003 – Artículo 172. Sentencia de calificación. 1. La sentencia declarará el concurso como fortuito o como culpable. Si lo calificara como culpable, expresará la causa o causas en que se fundamente la calificación. 2. La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos: 1º La determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. En caso de persona jurídica, podrán ser considerados personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, así como los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el artículo 165.2, en función de su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo. Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición. La presunción contenida en el artículo 165.2 no resultará de aplicación a los administradores que hubieran recomendado la recapitalización basada en causa razonable, aun cuando ésta fuera posteriormente rechazada por los socios. 2º La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos

sentença que considera o concurso como culpável deverá expressar as causas em que se fundamenta a “*calificación*” e conterà, ademais, pronunciamentos que são específicos⁴⁵: (a) a determinação das pessoas afetadas; (b) a inabilitação das pessoas afetadas pela “*calificación*” para administrar bens alheios durante um período de dois a quinze anos, assim como para representar a qualquer pessoa durante o mesmo período; (c) a perda de qualquer direito que as pessoas afetadas pela “*calificación*” ou declaradas cúmplices tiveram como credores do falido ou da massa falida e a condenação para devolver os bens ou direitos que tenham obtido indevidamente do patrimônio do devedor ou que tiveram recebido da massa falida, assim como a indenizar os danos e prejuízos causados; (d) condenar os cúmplices que não tiveram a condição de credores à indenização pelos danos e prejuízos causados.

Após reconhecer que um determinado processo concursal deve ser considerado como culpável, de acordo com a LC, o juiz deveria reconhecer, nessa mesma decisão, o efeito da inabilitação. O problema que poderia surgir em um caso concreto, como já antecipamos, é a omissão das partes legitimadas em postular expressamente a aplicação da sanção da inabilitação em suas manifestações. Em uma hipótese como essa, o juiz teria liberdade para reconhecê-la de ofício?

durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos. En caso de convenio, si así lo hubiera solicitado la administración concursal, excepcionalmente la sentencia de calificación podrá autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada. En el caso de que una misma persona sea inhabilitada en dos o más concursos, el período de inhabilitación será la suma de cada uno de ellos. 3º La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados. 3. La sentencia que califique el concurso como culpable condenará, además, a los cómplices que no tuvieran la condición de acreedores a la indemnización de los daños y perjuicios causados”.

45 Em razão do conteúdo deste trabalho, não iremos abordar as demais questões referentes ao conteúdo da sentença de “*calificación*”. Assim, nos limitaremos a analisar o tema pertinente à sanção de inabilitação.

A polémica se justifica, em especial, porque o artigo 172 da LC parece utilizar o verbo “conter” de forma imperativa para o magistrado. A redação do referido dispositivo é a seguinte: “*la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá*”. A interpretação literal desse dispositivo conduziria à conclusão de que a inhabilitação é uma consequência necessária e direta da sentença que reconhece o concurso como sendo culpável, o que significaria uma exceção ao princípio dispositivo⁴⁶, segundo o qual as partes legitimadas deverão provocar o juiz para que ele possa prestar a jurisdição.

Desse modo, seguindo essa primeira linha de interpretação, Alfonso Muñoz Paredes⁴⁷ sustenta que o juiz não poderia deixar de

46 MACHADO PLAZAS, José. La Sentencia de Calificación. In: DELGADO, Carlos Nieto (Coord.) *Derecho Concursal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 667: “(...) *Esta inhabilitación constituye, en sentido propio, una sanción personal, esto es, un reproche de desvalor social de la concreta conducta ilícita. Que se trata de una sanción, si bien temporal, no hay duda; así lo manifiesta la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal. Su imposición corresponde al juez en sentencia, sin estar sometido al principio dispositivo (...)*”.

47 MUÑOZ PAREDES, Alfonso. *Protocolo Concursal*. Navarra: Aranzadi, 2013, p. 711-712: “(...) *En materia de inhabilitación, en cuanto afectante al orden público económico, hay consenso en que constituye un efecto directo de la calificación culpable del concurso, de modo que aunque no exista petición o ésta sea genérica la sentencia ha de declarar la inhabilitación (...)*”. No mesmo sentido, vide, também: VILATA, Salvador. La Sentencia de Calificación. La Responsabilidad Concursal. In: CAMPUZANO, Ana Belén; SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique (Directores). *El Derecho de la Insolvencia: EL Concurso de Acreedores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 891: “(...) *La sanción de inhabilitación debe imponerse en todo caso cuando el concurso se califique como culpable: esto es, aun cuando tal medida no se hubiere solicitado expresamente Al respecto, debe tenerse en cuenta que el principio dispositivo que inspira el proceso civil no rige propiamente en esta sede en cuanto que viene inspirada por criterios de orden público (...)*”. GUILHARTE, Cristina. La Suspensión de la Inhabilitación. *Anuario de Derecho Mercantil*. Espanha, n. 15, 2008-3, p. 388-389: “(...) *Así pues, declarado el concurso culpable, la inhabilitación es un efecto ex lege, indisponible, y provoca, ineludiblemente, las consecuencias negativas que la Ley anuda a tal declaración. No hay un margen de discrecionalidad concedido al juez para que adapte la previsión legal a las circunstancias del caso, no existe aquí la flexibilidad que se reconoce en otras fases del procedimiento concursal (...)*”. GARCÍA-CRUCES, José Antonio. La Calificación del Concurso. *Revista Del Poder Judicial*, Madrid, XVIII, Número Especial, 2004, p. 539: “(...) *La pena de inhabilitación, en cuanto efecto propio de la calificación del concurso como culpable, tiene carácter necesario. La sentencia de calificación ha de incorporar*

aplicar a sanção de inabilitação quando for proferir a sentença que qualifique o concurso como sendo culpável, não existindo, dessa maneira, uma discricionariedade para o magistrado nessa hipótese. É possível encontrar essa mesma orientação na jurisprudência, havendo convergência de entendimento nos tribunais com sede em Barce-

este efecto *personal siempre y cuando medie la previa calificación de culpabilidad del concurso y en el momento en que se dicta existan sujetos sobre los que tal efecto pueda recaer. Si la sentencia contiene los dos primeros pronunciamientos – calificación del concurso como culpable y determinación subjetiva del concurso culpable – el juez del concurso está obligado a hacer recaer esa pena de inhabilitación sobre tales sujetos (...)*". MACHADO PLAZAS, José, op. cit., p. 667: "(...) A nuestro juicio, aunque la Administración concursal no la solicite, declarado culpable el concurso, la sanción personal ha de imponerse por el juez, de oficio, conforme a los criterios determinados en la ley concursal. Esta tesis fue la acogida en el III Encuentro de Jueces especialistas celebrado en Salamanca los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2006 (...)". ROMERO SANZ DE MADRID, Carlos. *La Calificación en el Concurso de Acreedores*. Barcelona: Bosch, 2014, p. 359: "(...) La inhabilitación tiene carácter necesario una vez declarado culpable el concurso y determinadas las personas afectadas por la misma, para que el juez la imponga de oficio, aunque no hayan solicitado los legitimados para ello: la administración concursal o el Ministerio Fiscal (...)". SANZ ACOSTA, Luis. Sentencia de Calificación. In: LÓPEZ, Enrique; CASTILLO, Agustín Macías (Coord.). *Comentario Práctico a la Nueva Ley Concursal*. 1. ed. Madrid: La Ley, 2012, p. 789-790: "(...) La sanción de inhabilitación es necesaria y, por tanto, debe obrar en la sentencia que califique el concurso como culpable, como un efecto personal ineludible, aunque no sea solicitada por la administración concursal ni el Ministerio Fiscal (...)". FERNÁNDEZ PÉREZ, Núria. Consideraciones en Torno a la Inhabilitación Tras la Ley 38/2011. In: ROJO, Ángel; CAMPUZANO, Ana Belén (Coord.). *La Calificación del Concurso y la Responsabilidad por Insolvencia – V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia e IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*. 1. ed. Navarra: Aranzadi, 2013, p. 463: "(...) Habida cuenta, como se comentó anteriormente, que nos encontramos ante una sanción, debe en todo caso imponerse de oficio – el propio artículo 172.2. LC dice que la sentencia ‘contendrá’, aún cuando no haya habido petición expresa por parte de la administración concursal o del Ministerio Fiscal. Son por otra parte abundantes los pronunciamientos en los que se alude a la obligatoriedad de la imposición de la sanción, aún cuando no haya petición por la administración concursal (...)". DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. *Calificación del Concurso*. Doctrina y Jurisprudencia. Navarra: Aranzadi, 2015, p. 282: "(...) Este pronunciamiento **tiene carácter necesario**, es decir, constituye un contenido obligado de la sentencia que califique el concurso como culpable, que debe contener la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación, la cual tiene, como en la legislación anterior, una doble finalidad, sancionadora y preventiva. En consecuencia, si la sentencia declara el concurso como culpable tiene que acordar la inhabilitación, aunque la administración concursal y el ministerio fiscal no lo hubieran interesado (...)” (o negrito é nosso).

lona⁴⁸ e Madrid⁴⁹. Ademais, esse raciocínio também se sustentaria em razão do interesse público que está presente na “*Sección de Calificación del Concurso*”, bem como por conta da própria natureza sancionadora da norma⁵⁰.

48 Audiencia Provincial. Sala de Audiencia Provincial de Barcelona. Sede: Barcelona. Sección 15. Nº de Recurso 596/2006. Nº de Resolución: 231/2007. Procedimiento: Civil. Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO, de 27 abr. 2007. Disponível em: “<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&reference=340883&links=curso%20acreedores&optimize=20071004&publicinterface=true>”. Acesso em: 10 mai. 2016: “(...) *Para interpretar el alcance de esta inhabilitación debemos atender al sentido de la calificación concursal, que viene determinado por la consideración del interés público afectado por la insolvencia de un deudor común. Antes y ahora, la insolvencia de un deudor común, máxime si se trata de un comerciante, por sus consecuencias perniciosas para la economía de la comunidad y para la particular de sus acreedores, se consideraba y se considera una defraudación del crédito recibido. La seguridad del tráfico exige que cuando esta defraudación ha sido provocada por una conducta dolosa o culpable del deudor o de las personas que actúan por él, o han incurrido en alguna de las conductas que la Ley equipara para calificar culpable el concurso, los responsables sean apartados temporalmente del tráfico económico, y en concreto de: la realización del comercio y de formar parte de un órgano de administración de una compañía mercantil (art. 13.2 Ccom); y de la administración de patrimonios ajenos, o de la representación o administración de cualquier persona (art. 172.2.2º LC). No se le considera digno de administrar los bienes e intereses económicos de otros, ya sean personas físicas o compañías o demás entidades jurídicas que actúan en el tráfico, durante el tiempo impuesto en la sentencia de calificación, que no será inferior a dos años ni superior a quince (...)*”.

49 Audiencia Provincial. Sala de Audiencia Provincial con sede en Madrid. Sede: Madrid. Sección 28. Nº de Recurso: 399/2013. Nº de Resolución: 182/2015. Procedimiento: Recurso de Apelación. Ponente: ENRIQUE GARCIA GARCIA. Disponível em: “<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&reference=7460075&links=%22182%2F2015%22&optimize=20150904&publicinterface=true>”. Acesso em: 13 mai. 2016: “(...) *Calificado el concurso como culpable, y determinadas las personas afectadas por la misma, debe pronunciarse el juez, además, sobre el alcance de la inhabilitación que resulte procedente imponer al afectado por aquella para administrar los bienes ajenos así como para representar o administrar a cualquier persona, al ser una consecuencia necesaria de la calificación en defensa del interés público. Así se deduce de los imperativos términos del artículo 172.2.2º de la Ley Concursal cuando afirma que: ‘La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos: ...2º La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación (...)*”.

50 Juzgado de lo Mercantil. Juzgado de lo Mercantil de Madrid. Sede: Madrid. Sección: 7. Nº de Recurso: 182/2006. Procedimiento: Apelación, Concurso de acreedores. Ponente: SANTIAGO SENENT MARTINEZ. Disponível em: “<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&reference=128494&links=&optimize=20080529&public>”.

É importante destacar a observação feita por Javier López Sánchez⁵¹, no sentido de que os tribunais espanhóis consideram que ao menos três conteúdos da “*sentencia de calificación*” são consequências que deverão ser impostas de ofício pelo magistrado: (a) *sanción de inhabilitación*; (b) *sanción de pérdida de derechos de las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices*; y (c) *la condenada en devolver los bienes y derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa*.

Merece ser ressaltada, ainda, a menção feita por Carlos Nieto Delgado⁵², no tocante ao posicionamento dos Juízes Especialistas fir-

interface=true”. Acesso em: 10 mai. 2016: “(...) *No debe olvidarse que la inhabilitación es una sanción personal, un reproche de desvalor social de la conducta ilícita. Es una medida represivo-sancionadora y preventiva (Machado Plazas, El concurso de acreedores culpable, Cizur Menor, 2006 pág. 177 y ss). Estamos, por tanto, según indica la Exposición de Motivos de la Ley concursal, ante una sanción. Una sanción no penal, pero que se basa en algunos principios comunes (...)*”.

51 LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier. *El Proceso Concursal*. 1. ed. Navarra: Aranzadi, 2012, p. 754: “(...) *En este punto, conviene advertir la existencia de tres posibles contenidos de la sentencia de calificación que nuestros tribunales han considerado como consecuencias derivadas de la calificación del concurso como culpable, que se impondrán por el juez del concurso de oficio, sin necesidad de que haya mediado solicitud de parte. Se trata de la sanción de inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona (art. 172.2.2 LCon) y de la sanción de pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declarada cómplices tuvieran como acreedores concursales o de masa, así como la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa (art. 172.2.3 LCon) (...)*”.

52 NIETO DELGADO, Carlos. La Calificación del Concurso. In: SANZ, Fernando Martínez (Director); PUETZ, Achim (Coord.). *Tratado Práctico del Derecho Concursal y su Reforma*. Madrid: Tecnos, 2012, p. 922: “(...) *En el III Encuentro de Jueces Especialistas celebrado en Salamanca los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2006 se aprobó como conclusión que los pronunciamientos relativos a la inhabilitación, pérdida de derechos y devolución de lo indebidamente percibido no precisaban de una previa petición de parte, debiendo la sentencia contener la oportuna condena sobre tales extremos por ser consecuencia necesariamente anudada a la declaración del concurso culpable. Dichas conclusiones carecen obviamente de valor vinculante. En los casos en que los escritos de calificación de la Administración concursal y el Ministerio Fiscal hubieran omitido cualquier petición en tal sentido, la praxis judicial ha oscilado desde la facultad de imposición y graduación de oficio en la Sentencia (SJM n. 1 de Madrid de 16 de enero de 2007), hasta la imposición de la sanción en su grado mínimo (SJM de Oviedo de 2 de junio de 2007) (...)*”.

mado no III Encontro celebrado em Salamanca nos dias 30 de novembro e 1 de dezembro de 2006, quando foi aprovada a conclusão de que a sanção de inabilitação, a declaração de perda dos direitos e devolução daquilo recebido indevidamente não demandariam um pedido expresso das partes legitimadas.

Em sentido contrário, Juli de Miquel Berenguer⁵³ sustenta que a inabilitação somente poderia ser imposta quando houvesse um pedido expresso pelas partes legitimadas, estando o magistrado impedido de reconhecê-la de ofício, especialmente porque isso significaria uma violação direta ao artigo 218 da “*Ley de Enjuiciamiento Civil*”⁵⁴ que disciplina o princípio da congruência entre a pretensão deduzida e a sentença a ser proferida.

Ademais, de acordo com o referido autor, quando o legislador deseja se valer de uma presunção *iure et iure*, ele utiliza a expressão

53 MIQUEL BERENGUER, Juli de. *La Pieza de Calificación en el Concurso de Acreedores*: concurso fortuito – concurso culpable. 1. ed. Barcelona: Bosch, 2012, p. 120: “(...) *En mi opinión para que proceda la inhabilitación la misma debe haber sido solicitada. No parece admisible que en un régimen procesal de justicia rogada en el que la congruencia con las peticiones de las partes es fundamental, tal como establece el artículo 218 de la LEC, se pueda admitir que el juez per se pueda introducir la inhabilitación como sanción específica sin haberla solicitado ninguna de las partes comparecidas. Hay dos argumentos más que creo apoyan esta: cuando el legislador pretende una determinada calificación del concurso, como es el caso de las presunciones iuris et de iure utiliza una expresión imperativa, que no ofrece lugar a dudas: ‘en todo caso’. En segundo lugar hay que destacar la importancia que tienen al respecto el informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal, hasta el punto de que si ambos coinciden con calificar como fortuito del concurso, pese que ésta no sea la posición de los acreedores o interesados legítimos comparecidos, el juez se va a ver obligado a archivar las actuaciones dictando el pertinente auto. En definitiva la sentencia de calificación va a estar sometida a una congruencia especial que deriva de la posición que adopten el administrador y el Ministerio Fiscal. De la misma forma es razonable opinar que si ellos en su calificación, al formular la propuesta de resolución, a la que están obligados según el artículo 169.1 de la LC, nada dicen respecto a la inhabilitación, creo que lo procedente procesalmente es que el juez no pueda aplicarle per se (...)*”.

54 “Artículo 218º Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación 1º Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate (...)”.

“em todo o caso”, mas isso não teria ocorrido nessa hipótese, deixando margem para se deduzir que não há possibilidade do magistrado atuar de ofício. E, por fim, um outro argumento é perceber que o juiz, mesmo quando há provas inequívocas de um concurso culpável, deverá arquivar o procedimento quando as manifestações do administrador concursal e do Ministério Público forem coincidentes no sentido de qualificar o concurso como fortuito. Esta posição tomada pelas duas partes legitimadas, ainda que não representem a posição de terceiros interessados ou dos próprios credores, vincularia o magistrado e, por consequência, haverá o arquivamento do procedimento, sem possibilidade de recurso⁵⁵.

Nessa linha de raciocínio, há decisão do “*Juzgado de lo Mercantil de Coruña*”⁵⁶, na qual foi feita uma dura crítica à possibilidade

55 “Artículo 170. Tramitación de la sección. 1. Si el informe de la administración concursal y el dictamen que, en su caso, hubiera emitido el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno”.

56 SJM. Juzgado de lo Mercantil. Juzgado de lo Mercantil de Coruña. Sede: Coruña (A). Sección: 1. Nº de Recurso: 49/2004. Procedimiento: Apelación. Ponente: PABLO SOCRATES GONZALEZ-CARRERO FOJON, de 20 jun. 2006: “(...) Ni el informe de la administración concursal ni el dictamen del Ministerio Fiscal se han pronunciado acerca de la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación, que es contenido necesario de la sentencia que declara el concurso como culpable (artículo 172. 2 2º). Y es discutible desde la perspectiva del derecho de defensa y del principio de congruencia que el Juez pueda imponer a una de las personas afectadas por la calificación una sanción civil que ninguna de las partes legitimadas ha solicitado. Ocurre, además, que los hechos que determinan la calificación del concurso como culpable son todos ellos de una época anterior a la entrada en vigor de la Ley concursal – el 1 de septiembre de 2004 – excepto alguno de los pagos hechos por la sociedad a los administradores por un importe total de 67.414,20 Euros, que se sitúan, sin mayor precisión, ‘entre agosto y septiembre de 2004’. Ni el informe de la sección de calificación ni el de la fase común del concurso concretan las fechas y los importes de los reintegros que sitúan entre agosto y septiembre de 2004, ni los asignan por su respectivo importe a cada administrador de PAIS LAGO S.L., con lo que no es posible saber qué actos de esta naturaleza se han realizado, y por quién, con posterioridad al 1 de septiembre de 2004 y cuáles, en su caso, antes de esa fecha. La precisión es relevante porque, siendo la inhabilitación de los administradores de las personas jurídicas deudoras una pena o sanción civil creada por la ley concursal e inexistente en el derecho anterior, su imposición en función de hechos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Ley choca con la prohibición de la

de um juiz aplicar, de ofício, a sanção de inabilitação. De acordo com a referida decisão, a atuação do magistrado nesse cenário poderia ensejar uma violação ao direito de defesa e ao princípio de congruência.

Como se pôde perceber, o posicionamento amplamente majoritário é no sentido de que a sanção de inabilitação será considerada como uma consequência necessária do reconhecimento de um concurso culpável, podendo o magistrado aplicá-la de ofício, sem que haja ofensa à congruência, pois estaríamos diante de uma exceção ao referido princípio, justificada especialmente pelo interesse público que predomina nessa fase do processo concursal e pela própria redação do artigo 172 da Lei Concursal que determina em caráter imperativo a aplicação da aludida sanção. Ademais, não haveria ofensa ao direito de defesa, considerando que as pessoas afetadas pela sentença de qualificação do concurso se defendem, na verdade, dos fatos que justificariam a condenação do concurso como sendo culpável e não da inabilitação propriamente dita.

Note-se que o enfoque dado a esse ponto, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, independentemente da corrente defendida, é a possibilidade ou não de o juiz atuar de ofício para reconhecer a sanção de inabilitação. Em nossa percepção, contudo, a questão deveria ser resolvida de outra forma: o juiz não atuaria de ofício, reconhecendo a inabilitação não postulada expressamente pelas partes, pois o que o magistrado faz, em realidade, é introduzir em sua sentença um conteúdo que representa uma consequência necessária decorrente de um concurso considerado como culpável.

Há, portanto, uma verdadeira obrigação em se introduzir na sentença que reconhece o concurso como culpável, os seus efeitos

aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras (artículo 9. 3 de la C.E. y disposición transitoria tercera del Código civil). En función de lo expuesto no se impondrá a las personas afectadas por la calificación la sanción de inhabilitación para administrar bienes ajenos o representar o administrar a cualquier persona (...)”.

previstos no art. 172 da LC e, dentre estes, há a inabilitação da pessoa afetada. Não se trata de agir de ofício, pois houve uma pretensão expressamente deduzida pelas partes para que o concurso fosse considerado culpável. O magistrado somente agiria de ofício se ele próprio tivesse determinado a culpabilidade do concurso sem que as partes legitimadas o tivessem expressamente postulado.

De toda forma, a aplicação da sanção da inabilitação fará com que o juiz tenha que fixar o prazo de sua duração, que poderá ser de 2 a 15 anos. Analisaremos, em seguida, os critérios que o juiz deverá empregar na fixação deste prazo, inclusive quando a sanção for aplicada de ofício ou envolvendo concursos conexos de sociedades integrantes do mesmo grupo societário.

5. Fixação do prazo de duração da sanção de inabilitação.

De acordo com o artigo 172.2.2⁵⁷ da LC, o juiz deverá fixar o prazo de duração da inabilitação entre 2 a 15 anos, atendendo a gravidade dos fatos, a extensão do dano e a culpabilidade reconhecido em outros concursos⁵⁸, sempre em decisão fundamentada para cada pessoa afetada pela sentença que considere o concurso como sendo culpável⁵⁹. Vê-se, portanto, que o juiz não tem total liberdade para

57 “Art. 172.2º *La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos*”.

58 GARCÍA-CRUCES, José Antonio. La Calificación del Concurso. *Revista Del Poder Judicial*, Madrid, XVIII, Número Especial, 2004, p. 539.

59 GURREA MARTÍNEZ, Aurelio. *La Calificación Culpable del Concurso por Errores e Incumplimientos Contables*. Navarra: Aranzadi, 2016, p. 232: “(...) *De hecho, el juez del concurso tiene el deber de especificar; para cada sujeto afectado, la duración de la inhabilitación, que puede oscilar entre dos y quince años (...)*”.

fixar o prazo de inabilitação⁶⁰, o que, aliás, seria inconcebível⁶¹.

Ademais, como já foi decidido pelo Tribunal Supremo da Espanha⁶², espera-se que o juiz tenha maior cuidado ao fundamentar a sua decisão sempre que ela se aproximar do prazo máximo de 15

60 A professora Núria Fernández Pérez considera que o arbítrio judicial ainda é muito amplo.

61 MACHADO PLAZAS, José. La Sentencia de Calificación. In: DELGADO, Carlos Nieto (coord.). *Derecho Concursal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, p. 668: “(...) *La duración del período de inhabilitación se determinará, a discreción del juez del concurso, conforme a tres criterios legales amplios: la gravedad de los hechos, la entidad del perjuicio y la declaración culpable en otros concursos (...)*”.

62 Sobre este tema relacionado à fundamentação da decisão que determina o prazo de inabilitação da pessoa afetada pelo concurso considerado culpável, é importante fazer referência à decisão do Tribunal Supremo, Resolución de 1º jun. 2015. STS 2451/2015. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sede: Madrid. Sección: 1. Nº de Recurso: 1449/2013. Nº de Resolución: 327/2015. Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA, de 1º jun. 2015, quando foi esclarecido que o juiz tem uma certa discricionariedade para a fixação do prazo de duração da sanção de inabilitação, se a impõe em um grau médio, ou seja, não se aproxima do máximo legal permitido, como foi decidido no caso concreto em que a penalidade foi ajustada em 5 anos: “(...) 5. – *Los órganos de instancia gozan de un margen de discrecionalidad para realizar determinados pronunciamientos (como, por ejemplo, la duración de la inhabilitación en la sentencia que califique el concurso como culpable). No habiéndose optado por una duración máxima ni mínima de la sanción, no se entiende exigible una especial motivación para imponer tal medida, dado que la misma es consecuencia ineludible de la calificación del concurso como culpable y de la declaración de determinadas personas como especialmente afectadas por tal calificación.* El Juzgado Mercantil razonó por qué se imponía la sanción de inhabilitación en esa extensión, con unos argumentos que no fueron cuestionados ante la Audiencia Provincial y que esta, al confirmar la sentencia en este extremo, asumió (...) 2. – *Respecto de la inhabilitación, al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal ya se ha expresado que, tratándose de un pronunciamiento necesario cuando el concurso ha sido calificado como culpable, no es precisa una especial justificación cuando se impone en un grado medio, no obstante lo cual el Juzgado Mercantil lo razonó en su fundamento tercero. Los órganos de instancia gozan de un margen de discrecionalidad en la fijación de la duración de la inhabilitación que imponen a las personas especialmente afectadas por la declaración del concurso como culpable. La función de control en la interpretación y aplicación de la norma y de creación de doctrina jurisprudencial que cumple el recurso de casación, exige el respeto a los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituyen materia reservada a la soberanía del tribunal de instancia y, por consiguiente, no puede ser objeto de recurso de casación, salvo casos de evidente y notorio error de hecho, o cuando el tribunal de instancia resuelva el tema de que se trata de forma caprichosa, desorbitada o injusta (...)*” (o negrito é nosso).

anos, sendo tal posicionamento observando por outras instâncias, como é exemplo a decisão do “*Juzgado de lo Mercantil de Oviedo*”⁶³ e do “*Juzgado de lo Mercantil de Murcia*”⁶⁴.

Além da necessidade de serem observados tais critérios, existem outros pontos específicos relacionados à fixação do prazo de duração da inabilitação. Assim, por exemplo, será necessário analisar como o juiz irá fixar o tempo de vigência desta medida sancionadora quando não houver o pedido expresso pelas partes legitimadas, o que faremos a seguir.

5.1. Ausência de pedido expresso pelas partes legitimadas e a duração do período de inabilitação.

Quando adotada a tese da possibilidade de o juiz agir de ofício, para introduzir em sua sentença a sanção de inabilitação, será necessário analisar, por consequência, se o magistrado terá liberdade para graduar a sanção de inabilitação dentro do intervalo legal esta-

63 Juzgado de lo Mercantil. Juzgado de lo Mercantil de Oviedo. Sede: Oviedo. Sección: 1. Nº de Recurso: 67/2009. Nº de Resolución: 69/2016. Procedimiento: Apelación. Concurso de acreedores. Ponente: ALFONSO MUNOZ PAREDES: “*Con respecto a la inhabilitación, el número y gravedad objetiva de las conductas concurrentes, unido a los daños y perjuicios causados (a los que nos referiremos a continuación) nos debe llevar al grado superior de la borquilla, fijándola en 10 años (...)*”. A referida decisão analisa com profundidade o conjunto probatório para aplicação da inabilitação.

64 SJM MU 4362/2015. Juzgado de lo Mercantil. Juzgado de lo Mercantil de Murcia. Sede: Murcia. Sección: 1. Nº de Recurso: 71/2014. Nº de Resolución: 338/2015. Procedimiento: Apelación. Concurso de acreedores. Ponente: MARIA DOLORES DE LAS HERAS GARCIA, de 3 dez. 2015. Disponível em: “<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database-match=AN&reference=7650761&links=%22complice%22%20Y%20%22calificacion%22%20Y%20%22concurso%22&optimize=20160427&publicinterface=true>”. Acesso em: 16 jun. 2016: “*(...) La fijación del período de inhabilitación debe efectuarse atendiendo a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio. Teniendo en cuenta los hechos que han motivado la calificación del concurso como culpable y su imputación se estima procedente imponer la inhabilitación en el grado que se interesa por el Ministerio Público de 12 años (...)*”.

belecido pelo legislador – entre 2 e 15 anos –, ou, ao contrário, se a mesma deverá ser fixada obrigatoriamente em seu mínimo legal de 2 anos.

A primeira orientação acerca desta discussão é defendida por, Jacinto-José Pérez Benítez⁶⁵, o qual sustenta que a sanção de inabilitação poderá ser aplicada de ofício pelo magistrado, pois não estaria submetida ao princípio da congruência (entre o pedido e a sentença), mas, nesse caso, a sanção teria que ser forçosamente fixada em seu grau mínimo de 2 anos⁶⁶.

Seguindo essa linha de orientação, o Tribunal Supremo da Espanha já enfrentou esta discussão e admitiu que, não havendo pedido expresso das partes legitimadas, o juiz deverá reconhecer a sanção da inabilitação de ofício, mas não poderá fixar a penalidade além de seu mínimo legal⁶⁷.

65 PÉREZ BENÍTEZ, Jacinto-José. Problemas Procesales de la Calificación del Concurso. *Anuario de Derecho Concursal*, Navarra, n. 14, 2008-2, p. 175: “(...) *El efecto personal, consistente en la sanción de inhabilitación, no se encuentra, a diferencia del resto de posibles pronunciamientos, sometido al principio de congruencia, pudiendo ser impuesta aunque no solicitada, si bien, en tal caso, forzosamente en su grado mínimo de dos años (...)*”.

66 Da mesma forma, Antonia Magdaleno e Killian Beneyto, também admitem a possibilidade da medida sancionadora de inabilitação ser reconhecida de ofício pelo magistrado, mas, quanto ao seu prazo de duração, o juiz teria que fixá-lo em 2 anos, que é o mínimo legal. MAGDALENO, Antonia; BENEYTO, Killian. *Aspectos Procesales de la Práctica Concursal*. Barcelona: Bosch, 2015, p. 301-302: “(...) *De su lectura y la del propio mandato del precepto (contendrá, además los siguientes pronunciamientos) se desprende la aparente capacidad de oficio para imponer los referidos efectos inhabilitadores, incluso aunque la estima pretensión de calificación culpable no lo previera expresamente en su petitum Aunque pueda defenderse que estamos ante una consecuencia anudada a la culpabilidad, como bien señala algún autor no deja de ser llamativo que ni tan siquiera en el orden jurisdiccional penal se permita al juez la imposición de una pena no solicitada expresamente, con el único y pobre límite del generoso baremo orientativo en cuanto a su duración Es por ello que existe más de una resolución que interpreta, ante la ausencia de una petición de inhabilitación expresa, limitar a la interposición del plazo mínimo que señala la LC (dos años), solución que en estas circunstancias nos parece de la más acorde (...)*”.

67 Nesse sentido, pode-se observar a Resolución, el Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sede: Madrid. Sección: 1. Nº de Recurso: 1331/2013. Nº de Resolución: 128/2015. Procedimiento:

Casación. Ponente: SEBASTIAN SASTRE PAPIOL (STS 1407/2015. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sede: Madrid. Nº de Recurso: 1331/2013. Nº de Resolución: 128/2015. Procedimiento: Casación. Ponente: SEBASTIAN SASTRE PAPIOL, de 18 mar. 2015. Disponible em: “[http:// www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=7357494&links=concurso%20acreedores%20y%20inhabilitaci%C3%B3n&optimize=20150424&publicinterface=true](http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=7357494&links=concurso%20acreedores%20y%20inhabilitaci%C3%B3n&optimize=20150424&publicinterface=true)”. Acesso em: 31 mai. 2016). A Corte Suprema acabou reduzindo a sanção, inicialmente fixada em 3 anos, para o mínimo legal de 2 anos, justamente por não ter sido feito um pedido expresso pela parte legitimada. Não se acolheu a justificativa de que o prazo de 3 anos estaria dentro de um intervalo considerado mínimo, pois a sanção poderia ser fixada em até 15 anos e, por isso, poderia ser mantida em 03 anos. “(...) 8. *La representación de D. Pio y D. Samuel, interpuso recurso de casación ante la antedicha Audiencia Provincial, basándose en los siguientes motivos: (...) SEGUNDO.- Infracción del art. 172.2.2º LC. En este segundo motivo el interés casacional estará en determinar el alcance del periodo de inhabilitación de las personas afectadas por la calificación cuando en los informes de calificación no se ha hecho petición expresa de esta inhabilitación.*” (...)4. *El Juzgado de lo mercantil dictó sentencia, calificando el concurso como culpable, confirmando como personas afectadas las propuestas por la administración concursal, e inhabilitándoles por un periodo de tres años para administrar bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona. Este último pronunciamiento lo dicta de oficio, por entender que la inhabilitación es un efecto necesario y ex lege que impone el art. 172.2.2º LC.* (...)5. *La sentencia del Tribunal de apelación desestimó los recursos de apelación interpuestos por D. Samuel, D. Pio y la concursada. (...) Confirmó la sentencia de primer grado y la completó por auto de 1 de abril de 2013, en el sentido de confirmar la condena de inhabilitación que no razonó en sus fundamentos de derecho, señalando que el periodo de tres años está dentro del grado mínimo en un tramo que va de dos a quince años.* (...) CUARTO.- *Formulación del segundo motivo y su estimación parcial. El motivo segundo descansa en la “infracción del art. 172.2.2º LC. En este segundo motivo el interés casacional estará en determinar el alcance del periodo de inhabilitación de las personas afectadas por la calificación cuando en los informes de calificación no se ha hecho petición expresa de esta inhabilitación.” En cuanto a la infracción del art. 172.2.2º LC, referida a la inhabilitación temporal (entre dos y quince años) de las personas afectadas, destaca el recurrente que los criterios de las Audiencias son contradictorios o, mejor, no existe un criterio unánime. La sentencia recurrida, señala el recurrente, sigue la corriente según la cual se trata de un pronunciamiento necesario de la sentencia que califique como culpable el concurso; otras siguen la orientación contraria y, en base al principio de justicia rogada (art. 216 LEC), al no haberse solicitado la inhabilitación por la administración concursal ni por el ministerio público, aún siendo un pronunciamiento necesario, entienden que sólo puede fijarse el tiempo mínimo legal, es decir, dos años, que sería el caso enjuiciado. En este extremo debe estimarse, en parte, el motivo. Cuando no se ha solicitado la inhabilitación a que se refiere el art. 172.2.2º LC por ninguna de las partes legitimadas a quienes se les encomienda la formulación de las pretensiones en la sección de calificación (la administración concursal y el ministerio fiscal), en forma de propuesta de resolución (ex art. 169.1 LC), el Juez, de acuerdo con el principio de justicia rogada (art. 216 LEC), no puede condenar más allá del mínimo legalmente establecido, es decir, dos años. El motivo se estima, en parte”.*

Esta primeira posição está fundamentada no princípio de justiça rogada, previsto no artigo 216 da *Ley de Enjuiciamiento Civil – LEC*⁶⁸, segundo o qual o juiz ou o tribunal deverão fundamentar suas decisões com base nos fatos, provas e pretensões deduzidas pelas partes, salvo quando a lei dispuser expressamente em sentido contrário.

Há, todavia, posicionamento minoritário em sentido contrário, concedendo liberdade ao magistrado para a fixar o prazo de duração sanção da inabilitação dentro do intervalo legal de 2 a 15 anos, observando-se, para tanto, a gravidade dos fatos, a extensão do dano e a inabilitação em outros concursos. Assim, por exemplo, em um caso concreto, atendendo aos parâmetros já citados, o juiz poderia fixar o prazo de inabilitação em 10 anos, afastando-se, por consequência, do seu mínimo legal⁶⁹.

Em nossa opinião, o juiz deve ter a possibilidade de fixar o prazo de duração da sanção de inabilitação de acordo com o que dispõe a própria LC, independentemente de ter sido postulado expressamente ou não a aplicação dessa medida sancionadora por uma das partes legitimadas. Ora, se há posicionamento majoritário, inclusive do Tribunal Supremo da Espanha, admitindo que a inabilitação é consequência necessária de uma sentença que reconhece o concurso como culpável, não nos parece adequado limitar a atuação do magis-

68 “Artículo 216 – Principio de justicia rogada: Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales”.

69 ROMERO SANZ DE MADRID, Carlos. *La Calificación en el Concurso de Acreedores*. Barcelona: Bosch, 2014, p. 359: “(...) La inhabilitación tiene carácter necesario una vez declarado culpable el concurso y determinadas las personas afectadas por la misma, para que el juez la imponga de oficio, aunque no hayan solicitado los legitimados para ello: la administración concursal o el Ministerio Fiscal Pero dentro de la obligación del Juez, éste podrá graduar la duración entre el mínimo de dos años y el máximo de quince años, atendiendo a la concreta intervención de las personas afectadas en la insolvencia generada o agravada por su actuación (gravidad de los hechos), la entidad del déficit patrimonial, y la inhabilitación en otros concursos. Pero también se ha sostenido que si no se pidiese una determinada duración en los escritos de formulación de pretensiones, el juez deberá imponerla en su duración mínima de dos años (...)”.

trado para fixar o prazo de duração dessa medida, sob a alegação de que haveria violação ao princípio de justiça rogada.

É perfeitamente adequada à hipótese a denominada teoria dos poderes implícitos⁷⁰. Note-se que, se o juiz pode reconhece a inabilitação mesmo sem pedido expresso de uma das partes legitimadas, não deveria existir restrição quanto à graduação do prazo de duração da medida, salvo aquelas já determinadas pela própria LC, ou seja, deverá ser observado o marco temporal legal entre 2 a 15 anos, a gravidade dos fatos, a extensão do dano e a inabilitação em outros concursos. Deve ser registrado, também, que não há restrição ou disposição legal afirmando que o juiz deverá obrigatoriamente fixar o prazo em seu mínimo legal, acaso não haja um pedido expresso pelas partes legitimadas⁷¹.

Em nossa percepção, o princípio de justiça rogada somente poderia ser utilizado para sustentar o debate principal: poderia ou não o juiz aplicar a sanção de inabilitação sem pedido expresso das partes? Superada essa questão principal, com o reconhecimento de que o magistrado deve aplicar esse conteúdo obrigatório da sentença sempre que o concurso for considerado culpável, não seria pertinente aplicar o princípio de justiça rogada para restringir a atuação do juiz em relação à fixação do prazo de duração da medida sancionadora, que, em comparação à primeira questão, deve ser tida como uma medida secundária.

Em decorrência da controvérsia acima debatida, há um outro

70 Assim, conforme decidido no caso *McCulloch vs. Maryland*, que deu origem à referida teoria, julgado pela Suprema Corte dos EUA em 1891, se o fim é legítimo, de acordo com a constituição e todos os meios são adequados e claramente adaptados para esse fim, além de não serem proibidos, então poderão ser empregados para alcançar essa finalidade. Disponível em: "http://alvaradohistory.com/yahoo_site_admin/assets/docs/1". Acesso em: 11 ago. 2016.

71 "*Let the end be legitimate, let it be within the scope of the Constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the Constitution, are Constitutional.*" Página 6 do julgamento *McCulloch vs. Maryland*.

ponto que merece nossa atenção: seria possível, em grau de recurso, postular o reconhecimento da aplicação da sanção da inabilitação pelo Tribunal, mesmo quando não tenha sido solicitada expressamente perante o juízo de primeiro grau? E, em decorrência deste cenário, poderia o tribunal acolher um pedido de fixação de um prazo de duração da inabilitação superior ao mínimo legal, pois devidamente fundamentada nas razões recursais?

O cenário para justificar tal discussão poderia ser descrito da seguinte forma: as partes legitimadas (Ministério Público e Administrador Concursal) não formularam pedido expresso de aplicação da sanção de inabilitação e o juiz de primeiro grau, ao contrário da corrente majoritária já citada, entendeu que, diante da omissão, não caberia ao magistrado reconhecê-la. Ao tomar ciência da sentença, o Administrador Concursal interpôs recurso, postulando que a sanção da inabilitação fosse reconhecida, independentemente de ter sido feito um pedido expresso em sua manifestação, sob o argumento, como já se sabe, de que a referida medida sancionadora deveria ser considerada um conteúdo necessário da sentença de um concurso culpável. Além disso, em suas razões recursais, o Administrador Concursal aproveitou a oportunidade para delimitar os graves fatos praticados pelas pessoas afetadas e a extensão do dano, solicitando ao Tribunal que fosse fixado um prazo de duração da inabilitação acima do mínimo legal de 2 anos.

A descrição deste exemplo tem como base o precedente julgado pela “*Audiencia Provincial de Barcelona*”⁷², tendo o referido Tri-

72 SAP B 5648/2008. Audiencia Provincial. Audiencia Provincial de Barcelona. Sede: Barcelona. Sección: 15. Nº de Recurso: 673/2007. Nº de Resolución: 11/2008. Procedimiento: Civil. Ponente: BLAS ALBERTO GONZALEZ NAVARRO. Disponível em: “<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&reference=39891&links=&optimize=20080828&publicinterface=true>”. Acesso em: 30 mai. 2016: “*TERCERO – Respecto a la impugnación que plantea la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, debe ser estimada. Al no existir oposición a la calificación como culpable, lo que no puede reputarse un allanamiento, el Juzgado a quo se ha limitado a aprobar la propuesta al efecto de los administradores concursales, sin apercibirse de que la misma no incluía ninguna propuesta en relación a la inhabilitación consiguiente. Sin embargo, la inhabilitación de las personas afectadas, si bien no integra de forma obligatoria la propuesta de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, según se lee en el artículo*”

bunal reconhecido: (a) a possibilidade de o juiz agir de ofício, para aplicação da sanção da inabilitação em caso de omissão dos legitimados; (b) o prazo de duração da medida, nessa hipótese, não poderia ser superior a 2 anos; e (c) a possibilidade, em grau recursal, de serem descritas a gravidade dos fatos e a extensão do dano, com o fim de justificar a fixação de um prazo de duração da inabilitação superior a dois anos. Ao final, o Tribunal deu provimento ao recurso nesse ponto, fixando o tempo de inabilitação em 6 anos.

O resultado deste julgamento demonstra a importância que as partes legitimadas deverão ter em relação ao conteúdo da sentença que considera o concurso culpável, pois seria possível postular ao Tribunal a reforma da decisão de primeiro grau que não apenas deixou de aplicar a sanção da inabilitação, por ausência de pedido expresso dos legitimados, mas também, quando a reconhece, aplicando, porém, o prazo mínimo de dois anos, sob o argumento do respeito ao princípio de justiça rogada.

*169.1 de la LC, sí que forma parte, con arreglo al artículo 172.2.2º, de la sentencia de calificación como un contenido necesario de la misma, obviamente si finalmente la calificación es de culpabilidad y existen personas afectadas por esa declaración. Así se desprende de los pronunciamientos de la sentencia que, según el artículo 172.2, 'además' de la correspondiente calificación como culpable, debe ésta contener. En consecuencia, la calificación de concurso culpable conlleva necesariamente, según el artículo 172.2.2º de la LC, otro pronunciamiento de 'inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio'. Este precepto debe integrarse con el artículo 13 del Código de Comercio, según el cual '(N)o podrán ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales: (...) 2º las personas que hayan sido inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso'. **En nuestro caso, de no haber existido petición ad hoc por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, necesariamente hubiéramos debido acudir al plazo mínimo previsto en la LC, de dos años de inhabilitación.** No obstante, ante la ausencia de pronunciamiento en la sentencia final de calificación, sí que se solicita una condena comprendida entre los plazos legales de dos a quince años, por lo que, a la vista la entidad de la conducta, no generadora pero sí determinante de la agravación de la insolvencia, que se incrementó de forma manifiesta, y el artificio del nombramiento del Sr. Domingo como un testaferro de quien verdaderamente siguió llevando las riendas de la sociedad, el Sr. Fernando, con el resultado indicado, la inhabilitación de ambos se extenderá durante 6 años (...)' (o negrito é nosso).*

Além da discussão envolvendo a obrigação do juiz em fixar no mínimo legal o prazo de duração da sanção de inabilitação, quando não há sido realizado um pedido expresso por uma das partes legitimadas, temos que fazer uma análise sobre a hipótese em que as partes não apenas fizeram um pedido expresso de aplicação da inabilitação, como também delimitaram em suas manifestações um prazo específico para a sua duração. Nesse caso, o juiz estaria impedido de fixar um prazo maior do que aquele que foi pretendido pelas partes?

5.2. A possibilidade do magistrado fixar o prazo de inabilitação por tempo superior ao pretendido pelas partes.

Devemos considerar, nesse momento, a discussão que gira em torno da possibilidade de fixar um prazo maior de duração da sanção de inabilitação do que aquele que foi expressamente postulado pelas partes. Assim, por exemplo, se o Administrador Concursal tiver realizado um pedido de aplicação da pena de inabilitação pelo prazo de 5 anos, o juiz estaria impedido de fixar um prazo maior para esta sanção? O pedido feito pelas partes limitaria, desse modo, a atuação do magistrado?

Essa é uma questão que também já foi enfrentada pela doutrina e jurisprudência, havendo, nesse caso, coincidência de conclusões no sentido de que o juiz estaria vinculado ao pedido das partes legitimadas. Nessa hipótese, se uma das partes legitimadas tiver solicitado o prazo de 05 anos para duração da sanção de inabilitação, o entendimento seria no sentido de que o magistrado não poderá fixar um tempo superior aos cinco anos já pretendidos pelas partes. Ao prevalecer tal posicionamento, teríamos mais uma limitação à liberdade de julgar do magistrado.

Como referência desta doutrina, podemos citar Luis Sanz Acosta⁷³, o qual afirma que o magistrado estará vinculado ao pedido

73 SANZ ACOSTA, Luis. Sentencia de Calificación. In: LÓPEZ, Enrique; CASTILLO, Agustín Macías (Coord.). *Comentario Práctico a la Nueva Ley Concursal*. 1. ed. Madrid: La Ley, 2012,

formulado pelas partes, não possuindo liberdade absoluta para fixação do prazo de duração da medida sancionadora além daquilo que foi solicitado pelos legitimados, por força do princípio dispositivo e congruência das sentenças. No mesmo sentido, há precedente julgado pela *Audiencia Provincial de Barcelona*⁷⁴.

Esse entendimento, contudo, não nos parece estar correto. O juiz deveria ter liberdade para fixar o tempo de duração da inabilitação, observando-se o limite de 02 a 15 anos, além de tomar em consideração a gravidade dos fatos, a extensão do dano e outras inabilitações fixadas em distintos concursos. Isso deveria ocorrer, em nossa visão, independentemente de ter sido ou não formulado um pedido

p. 790: “(...) *En este caso, es decir, en lo que se refiere a la cuantificación temporal de la inhabilitación, el juez sí está vinculado por la petición efectuada y, con arreglo al principio dispositivo que rige en esta materia no podrá imponer una inhabilitación de mayor duración que la solicitada (...)*”.

74 SAP de Barcelona 6111/2009. Audiencia Provincial. Audiencia Provincial de Barcelona. Sede: Barcelona. Sección: 15. Nº de Recurso: 659/2008. Nº de Resolución: 100/2009. Procedimiento: Incidente. Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO, de 27 mar. 2009. Disponível em: “<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&reference=4722553&links=&optimize=20091001&publicinterface=true>”. Acesso em: 8 jun. 2016: “(...) *TERCERO: Inhabilitación de la administradora de la sociedad concursada La sentencia condena a la persona afectada por la calificación, en este caso la administradora legal de la sociedad concursada, la Sra. Angeles, a dos años de inhabilitación. Este pronunciamiento es impugnado porque contradice los principios dispositivo y de congruencia, pues no había sido solicitado por la administración concursal ni por el ministerio fiscal. La calificación de concurso culpable conlleva necesariamente, según el art. 172.2.2º LC, otro pronunciamiento de ‘inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio’. El Juez goza de discrecionalidad para fijar el tiempo de la inhabilitación, aunque siempre afectado por los principios dispositivo y de legalidad, pues no podrá imponer un tiempo superior al solicitado, ni inferior al legal (dos años). Pero, en este punto, los principios dispositivo y de congruencia quedan mitigados por el de legalidad. No cabe una calificación culpable sin la consiguiente inhabilitación de la persona afectada por esta calificación, por lo que aunque no haya sido solicitada, la sentencia impondrá el mínimo legal de 2 años. Y por otra parte, no puede imponerse más de lo solicitado ni del límite legal de 15 años. Es por ello que la sentencia de primera instancia resolvió correctamente cuando, a pesar de que ni el informe de la administración concursal ni el dictamen del ministerio fiscal solicitaban la inhabilitación, la acordó de oficio por el mínimo tiempo legal, de dos años (...)*”.

expresso pelas partes legitimadas com a solicitação de um prazo específico de vigência da medida sancionadora. Exatamente como já expusemos, a inabilitação é uma sanção que está prevista na LC por força do interesse público presente nessa fase do processo, garantindo-se que as pessoas afetadas que contribuíram para que o concurso fosse considerado fraudulento ou culpável, sejam afastadas da atividade empresarial e não possam administrar bens alheios, preservando-se, assim, a segurança da atividade comercial.

A fixação de um prazo proporcional à conduta fraudulenta das pessoas afetadas é necessária, ainda, para que seja mantida a confiança legítima da sociedade em geral na atuação daqueles que a representam no Poder Judiciário, os quais tem o dever de garantir a tutela da ordem pública e do interesse público.

De fato, o juiz não pode ser um ator coadjuvante no processo. Ao contrário, ele é protagonista no cenário processual e, portanto, deverá estar limitado apenas pelas restrições legais expressas, as quais já mencionamos em nosso texto. Voltamos a insistir que a aplicação dos princípios de justiça rogada, de dispositivo ou congruência deveriam ser debatidos apenas para definir se o juiz poderia agir ou não de ofício, mas não para delimitação do prazo de duração da medida, pois em muitos casos haveria a possibilidade de violação do próprio interesse público que justifica a existência desta penalidade.

Nesse sentido, bastaria imaginar uma hipótese onde tenham sido comprovados fatos muito graves, com um dano extremamente relevante, mas com um pedido de fixação do prazo de duração da sanção de inabilitação, pelo Administrador Concursal, em apenas 3 anos. Aplicando-se a posição de que o juiz estaria vinculado ao pedido formulado pelas partes legitimadas, não haveria outra solução para o magistrado, salvo aplicar o máximo de 3 anos de inabilitação. Note-se, mesmo que, diante do cenário exposto, o juiz estivesse convencido de que a pena deveria se aproximar do máximo legal de 15 anos, não seria possível fixar um tempo maior do que aquele que foi pretendido pelas partes.

Evidentemente, se o que justifica a manutenção da inabilitação na lei concursal é o interesse público, inclusive como forma de prevenção geral, não poderíamos admitir que o mesmo fosse disposto por aqueles que não tem a destinação constitucional de preservá-los. Observe-se, ainda, que o Administrador Concursal somente está interessado na maximização dos interesses da massa e não representa o interesse público no concurso de credores. Além disso, o próprio Ministério Público, que também é parte legitimada na “*Sección de Calificación*”, não poderia dispor do interesse público e, ainda que dito órgão seja omissor, é o juiz que deverá, como seu destinatário final, tutelá-los, impedindo que um prazo ínfimo de inabilitação seja fixado por conta da omissão ou ausência de adequada valoração pelas partes deste lapso temporal.

Estes cenários, que geram uma incerteza quanto aos limites de atuação do magistrado na fixação do prazo de duração da sanção de inabilitação, não esgotam os problemas que ainda existem na LC da Espanha. Além desses casos, temos polêmicas quanto à duração da inabilitação em casos envolvendo grupos de sociedades que solicitam o concurso, exatamente como veremos em seguida.

5.3. A fixação do prazo de duração da sanção de inabilitação em casos de grupos de sociedades em concurso.

De acordo com a LC, um dos critérios que o juiz deverá utilizar para fixar o prazo de duração da sanção de inabilitação é a existência de outros concursos considerados culpáveis. O magistrado, nesse caso, poderá ter em conta tal cenário para agravar a situação das pessoas afetadas pela qualificação culpável do concurso, aumentando o tempo de duração da medida.

A primeira discussão envolvendo sociedades que estão em concursos distintos, mas pertencem ou estão vinculadas a um mesmo grupo econômico, diz respeito à possibilidade de o magistrado utilizar o critério de aumento do prazo de inabilitação por conta da exis-

tência de outras inabilitações em concursos anteriores, mesmo quando não há solicitação expressa de uma das partes legitimadas em suas manifestações.

Ao tratar desse tema, Alberto Muños Paredes⁷⁵ afirma que o magistrado poderá considerar tal fato em sua sentença, no momento em que houver o reconhecimento de um concurso culpável, aumentando o prazo de duração da sanção da inabilitação por conta da existência de outros concursos culpáveis. O referido autor se vale da essência da teoria dos poderes implícitos, pois conclui que se o juiz poderia reconhecê-la de ofício, em razão de seu caráter imperativo, que seria mais grave, poderia, com maior razão agravá-la, que seria de menor gravidade.

Além disso, o mesmo autor afirma que, para ocorrer o agravamento dessa sanção nesses termos, não seria sequer necessária a existência de uma sentença com trânsito em julgado, pois, ainda que pendente de recurso, ela poderia ser utilizada pelo magistrado para agravar o tempo de inabilitação⁷⁶.

Destarte, há outra questão importante sobre a fixação do prazo de duração da sanção de inabilitação e que está relacionada com os chamados concursos conexos. Nesses casos, haverá um processo concursal para cada uma das pessoas jurídicas que solicitarem a sua abertura ou que estejam a ele sujeitas por um pedido formulado por

75 MUÑOZ PAREDES, Alfonso. *Protocolo Concursal*. Navarra: Aranzadi, 2013, p. 738: “(...) *La administración concursal deberá acreditar esa declaración de culpabilidad en otros concursos. A falta de acreditación o, incluso alegación, ¿puede el juez tenerla en cuenta si la conoce por haber tramitado él el concurso e, incluso, dictado la sentencia correspondiente? La respuesta, aun dudosa, ha de ser positiva, pues dado aceptado su carácter imperativo, si es posible imponerla de oficio, que es lo más, con mayor razón podrá agravarla, que es lo menos (...)*”.

76 *Ibidem*, p. 738: “(...) *¿Ha de ser firme la anterior declaración de culpabilidad que funciona como agravante? La ley no exige, luego el juez podrá valorarla aunque esté pendiente recurso, lo que puede originar problemas de coordinación temporal entre las dos secciones de calificación, como en el caso de que la primera de las sentencias sea revocada y la posterior, que tomó aquella como antecedente, haya quedado firme (...)*”.

cada um dos legitimados, especialmente, os seus credores. Note-se que, na hipótese acima descrita, cada um destes processos poderá demandar o início de uma “*Sección de Calificación*”, cuja tramitação será independente e, por conta disso, poderão ser impostas diversas penas de inabilitação envolvendo uma mesma pessoa.

Trata-se, sem dúvida, de uma situação que pode se tornar extremamente gravosa, como observa Juli de Miquel Berenguer⁷⁷, pois dependendo do caso concreto, as circunstâncias poderão conduzir a sanção de inabilitação para um patamar superior ao período máximo de 15 anos, somando-se os períodos fixados pelo magistrado.

Assim, por exemplo, bastaria imaginar que uma mesma pessoa seja considerada pessoa afetada pela qualificação culpável do concurso da sociedade “A”, por ser um administrador de direito desta pessoa jurídica, bem como nas sociedades “B” e “C”, por ostentar a condição de administrador de fato destas duas últimas, sendo todas integrantes de um mesmo grupo econômico. Imagine-se, agora, que tenha sido fixado um prazo de 8 anos de inabilitação em cada um destes três concursos. Nesse caso, o prazo de inabilitação total, somando-se as três inabilitações de 8 anos, seria de 24 anos. Note-se, evidentemente, que foi adotada a tese da soma do total das condenações, pois a LC assim o determina, afastando a possibilidade de ser adotada a tese da absorção da pena considerada de menor gravidade por aquela que é mais gravosa⁷⁸.

77 MIQUEL BERENGUER, Juli de. *La Pieza de Calificación en el Concurso de Acreedores*: concurso fortuito – concurso culpable. 1. ed. Barcelona: Bosch, 2012, p. 121: “(...) cuando afecta a dos o más concursos, es la suma de cada uno de ellos, podemos fácilmente llegar a la conclusión de que nos encontramos con una sanción que tiene efectos sumamente graves y que constituye una medida, no ya sancionadora sino casi represiva de bondo calado, lo que obliga a los tribunales, a nuestro entender, a ponderar con detalle y cautela, dentro de la discrecionalidad que el precepto concede, la concurrencia de los elementos que el legislador establece para la fijación de la sanción (...)”.

78 Artigo 172.2.2, terceiro inciso da LC: “En el caso de que una misma persona sea inhabilitada en dos o más concursos, el período de inhabilitación será la suma de cada uno de ellos”.

Considerando tal cenário, Marta Flores Segura⁷⁹ também observa que poderia ocorrer um *bis in idem* nessas hipóteses, especialmente quando se utilizam os mesmos fundamentos para justificar a culpabilidade em todos os concursos conexos. Sobre esta questão, concordando com a referida professora, devemos lembrar o posicionamento de Aurelio Gurrea Martínez⁸⁰, ao destacar que haveria a possibilidade de o juiz modular o prazo de duração da medida sanciona-

79 FLORES SEGURA, Marta. *Los Concursos Conexos*. Navarra: Aranzadi, 2014, p. 317-318: “(...) En los concursos conexos, puede suceder que, en diferentes procedimientos, se impongan varias sanciones de inhabilitación sobre un mismo sujeto (por ejemplo, una inhabilitación de cinco años en tanto que administrador de derecho de la sociedad A y otra de ocho años en tanto que administrador de hecho de la sociedad B, ambas integrantes del mismo grupo). Hasta la reforma de 2011, surgía la duda de cuál debía ser el periodo finalmente efectivo de inhabilitación. Tras la misma, sin embargo, dicho periodo es la suma de las sanciones impuestas en cada uno de los concursos (artículo 172.2.2 tercer inciso LC). El inconveniente de la solución “adictiva” por la cual se ha decantado el legislador es que puede dar lugar a inhabilitaciones desmesuradas (recuérdese que el máximo son quince años por concurso). Además, puede implicar una suerte de *bis in idem* si la calificación de todos los concursos como culpables se basa en una misma actuación u omisión por parte de la persona afectada (...)”.

80 GURREA MARTÍNEZ, Aurelio. *La Calificación Culpable del Concurso por Errores e Incumplimientos Contables*. Navarra: Aranzadi, 2016, p. 232-233: “(...) Una mención especial en el ámbito de la inhabilitación derivada de la calificación culpable del concurso merecen los supuestos de concursos conexos. En concreto, en el ámbito de estos procedimientos en los que, habitualmente, las personas afectadas por la calificación suelen ser los mismos sujetos, puede plantearse si todas las penas de inhabilitación eventualmente impuestas al mismo sujeto deberían sumarse; o si, por el contrario, la pena de mayor duración debería absorber a las demás. Como ha puesto de manifiesto la doctrina que, con mayor rigor, ha profundizado en la problemática de los concursos conexos, el problema de la primera solución es que podría dar lugar a inhabilitaciones desmesuradas, además de una suerte de *bis in idem* si la calificación de todos los concursos como culpables se basa en una misma actuación u omisión por parte de la persona afectada. Por su parte, la segunda solución podría generar el efecto pernicioso e indultar a sujetos a los que se le hubiera impuesto una condena de menor duración, incluso en aquellos casos en los que la calificación culpable del concurso se deba a comportamientos diferentes. Por este motivo, el legislador concursal puso remedio a este problema mediante la Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal, que, en este sentido, y ante las deficiencias puestas de manifiesto por ambos sistemas, optó por una solución intermedia, que, aunque parte de la solución adictiva (esto es, imponer, en principio, la suma de los periodos de inhabilitación), incluye una modulación judicial de la condena, no sólo – como estaba previsto – en función de la gravedad de los hechos y la entidad del perjuicio, sino también atendiendo a la declaración culpable en otros concursos (...)”.

dora de inabilitação, tomando em referência a existência de outros concursos culpáveis, justamente para não se criar uma pena praticamente perpétua para aquele que irá sofrer a punição.

Por sua vez, Luis Sanz Acosta⁸¹ sustenta que o ideal seria prever a impossibilidade da soma das condenações superar o prazo máximo de 15 anos fixado pelo legislador, o que, a nosso sentir, seria mais justo, em se tratando de concursos conexos, quando as inabilitações estão fundamentadas em uma relação fática.

6. Conclusões.

A legislação concursal da Espanha (LC) não abandonou a função sancionadora dos concursos, ainda que esta somente possa ter aplicação se for iniciada a chamada “*Sección de Calificación*”. Esta função repressiva se justifica pela necessidade de ser tutelado o interesse público em processos desta natureza, especialmente quando se trata de empresas em dificuldades, pois a sua insolvência irá causar prejuízos não apenas aos seus titulares, mas também a terceiros, credores ou não, afetando a segurança jurídica necessária para o desenvolvimento da atividade empresarial.

A “*Sección de Calificación*” tem por objetivo disciplinar a apuração da responsabilidade civil das pessoas que agravaram ou geraram a insolvência da concursada e, se acaso for concluído que agiram com dolo ou culpa grave, o juiz deverá determinar a inabilitação destas, proibindo-as de exercer a atividade empresarial e administrar bens alheios.

A sanção de inabilitação, ainda que não tenha sido postulada

81 SANZ ACOSTA, Luis. Sentencia de Calificación. In: LÓPEZ, Enrique; CASTILLO, Augustín Macías (Coord.) *Comentario Práctico a la Nueva Ley Concursal*. 1. ed. Madrid: La Ley, 2012, p. 790: “(...) Si hubiera sido más razonable aclarar que el límite máximo del efecto de la inhabilitación, que es de 15 años, opera como límite máximo de todas las sanciones concurrentes, lo que no se hace (...)”.

expressamente pelo Administrador Concursal ou pelo Ministério Público, deverá ser reconhecida pelo juiz, por ser uma consequência necessária da sentença que considerou o concurso como sendo culpável. Nesse caso, o magistrado deverá ter a liberdade para fixar o prazo de duração desta medida sancionadora, respeitando-se, evidentemente, o marco temporal estabelecido pelo legislador de 02 a 15 anos, além de sempre levar em consideração a gravidade dos fatos, a extensão do dano e a inabilitação em outros concursos.

Deve-se garantir, ainda, que o magistrado tenha a possibilidade de fixar o prazo de duração da sanção de inabilitação além do período postulado expressamente pelas partes, justamente para se garantir a proporcionalidade entre a gravidade dos fatos e a extensão do dano, com o tempo de duração dessa penalidade, preservando-se, desse modo, a confiança legítima da sociedade em geral e a tutela do interesse público, o qual não pode ser objeto de disposição pelas partes.

Em caso de concursos conexos, a soma das diversas penas de inabilitação fixadas em cada processo, envolvendo a mesma pessoa afetada, não deveria ultrapassar o prazo máximo de 15 anos.

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O PRODUTOR RURAL¹

THE JUDICIAL RECOVERY INSTITUTE AND THE RURAL ENTREPRENEUR

*Manoel Justino Bezerra Filho
Adriano Ribeiro Lyra Bezerra*

Resumo: O Código Civil de 2002, ao abandonar a teoria dos atos de comércio, consagrou a teoria da empresa. A partir do artigo 966 que diz quem é “empresário”, caminha para os artigos 981 e 982, para fixar o que é sociedade empresária e o que é sociedade simples. O exame da atividade exercida vai então determinar sua natureza empresária ou simples, independentemente da vontade do agente ou da sociedade, a partir portanto de uma análise estritamente objetiva. No entanto, deixando este campo e partindo para a subjetividade, o artigo 984 estabelece que, quando se tratar de atividade rural, a sociedade será simples, a menos que haja opção por transformar-se em sociedade empresária. Feita esta opção e inscrita a sociedade na Junta Comercial, “ficará equiparada, para todos os efeitos, à sociedade empresária”. Já o artigo 48 da Lei 11.101/2005, a Lei de Recuperação de Empresas e Falência, estabelece que pode requerer recuperação judicial, o devedor que “exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos”. A questão aqui posta e que ainda não encontrou pacificação jurisprudencial ou doutrinária, é no sentido de tentar determi-

¹ Artigo recebido em 19.07.2016 e aceito em 05.12.2016.

nar se estas “atividades” referidas no artigo 48, poderão ter o lapso temporal de dois anos preenchido apenas pelo prazo que correr a partir do registro na Junta Comercial ou, ao contrário, estas “atividades” podem ser contadas a partir do início do exercício do trabalho do empreendedor rural, mesmo sem inscrição no registro de empresas. Como se verá, desta questão que se poderia até dizer singela, surgem problemas na prática do dia a dia que estão a exigir esforço profundo para solução, discussão para a qual se pretende dar aqui esta contribuição.

Palavras-chave: Empresário rural. Sociedade rural. Recuperação judicial. Exercício regular da atividade.

Abstract: Having abandoned the theory of acts of commerce, the Civil Code of 2002, established the theory of the firm. From Article 966, which defines “entrepreneur”, the Civil Code also defines what is business company and what is simple society in Articles 981 and 982. Examination of the activity carried out will then determine the nature of such activity (business or simple), regardless of the will of the agent or the company, from a strictly objective analysis. However, also mitigating that theory and opening field for subjectivity, Article 984 states that, in the specific case of rural activity, the company in question will be simple, unless the option to turn it into a business company is expressly made. Once made such option and if the rural company is duly registered in the Commercial Registry, it “will be treated, for all purposes, as a business company”. Also, Article 48 of Law 11.101/2005, the Bankruptcy and Corporate Reorganization Law, states that debtors that “regularly exercise its activities for more than two (2) years” may file for bankruptcy. The question in analysis, which still does not have jurisprudential or doctrinal unanimous interpretation, is to try to determine whether the “activities” referred to in the aforementioned art. 48 may have the two (2) years period counted as of the registration with the Commercial Registry or if such period could be counted as of the beginning of the activities of the rural entrepreneur itself, even before registration. One might think the posed question is simple but, as it will be demonstrated, many

problems arise in practice from it and demand deep effort be solved. This work seeks to contribute for the solution of such problems.

Keywords: Rural entrepreneur. Rural corporation. Judicial recovery. Regular business activity exercise.

Sumário: 1. A importância da atividade rural. 2. A recuperação judicial e os legitimados ativamente. 3. A situação específica do produtor rural ante o novo código civil e a lei de recuperação e falência. 4. A mudança da natureza jurídica do produtor rural que venha a exercer a opção prevista no art. 982 do Código Civil, ante o art. 48 da lei de recuperação e falência. 5. Exame comparativo com a lei anterior – art. 48 da Lei 11.101/2005 e art. 158 do Decreto-Lei 7.661/1945. 6. Efeitos imediatos da inscrição na junta comercial para o produtor rural. 7. Teleologia da lei. 8. A posição do STJ sobre a questão. 9. A Lei 12.873/2013 e a nova forma de comprovação do prazo de dois anos – projeto de lei em curso para nova alteração. 10. A “surpresa” dos credores. 11. Conclusão.

1. A importância da atividade rural.

Apenas à guisa de mera introdução e mesmo sem lançar mão de estatísticas de todos conhecidas, às quais se chega pela simples leitura dos jornais diários, a atividade agropecuária, especialmente nestes tempos de crise, passou a exercer um papel preponderante para a economia nacional como um todo.

Como consequência, o agronegócio passou a suscitar os mais diversos tipos de questionamentos de natureza econômica, financeira e tributária, com os olhos do mundo também voltados para a produção brasileira. Evidentemente, como resultado esperado, também no mundo do direito a matéria passou a chamar acentuada atenção, objeto especial do exame no campo do direito recuperacional e falimentar.

No presente artigo, o que se pretende examinar é matéria que tem suscitado inúmeras discussões e que, até o momento, não encon-

trou ainda pacificação. O artigo 48 da Lei de Recuperação e Falência (LREF) estabelece que para pedir recuperação judicial, deve o requerente provar que exerce regularmente suas atividades há mais de dois anos. E a questão que surge, ainda sem resposta definida, é saber se estes dois anos referem-se a “atividade empresarial” ou é lapso que pode ser completado apenas pelo exercício da “atividade rural”, mesmo sem registro na Junta Comercial.

2. A recuperação judicial e os legitimados ativamente.

Durante o longo período de discussão e elaboração da legislação recuperacional e falimentar, que veio a desaguar na Lei 11.101, de 9.2.2005, em substituição ao Decreto-Lei 7.661, de 21.6.1945, houve a explícita vontade legislativa de alinhar o direito brasileiro ao direito internacional, no que tange a este campo de atuação para sociedades empresárias em crise. Inicialmente, a influência predominante vinha do direito francês e, aos poucos, o foco acabou sendo dirigido para o direito norte americano, que passou então a ser a fonte mais direta para os novos institutos a serem introduzidos no sistema brasileiro. Aliás, para o bem ou para o mal, era natural que assim fosse, pois nossa economia funciona sob direta influência da economia americana e por ser esta lei de natureza puramente econômica, esta influência americana era a que naturalmente viria a preponderar.

O FMI e o World Bank e, na esteira deste último, a Febraban, todos passaram a dedicar especial atenção aos trâmites legislativos, tentando, cada um voltado para seu campo próprio de interesses, influenciar o legislativo brasileiro, para que a lei viesse de tal ou qual forma. A propósito, circulava então em todas as mãos o manual de instruções do World Bank, com o título “Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems”, com a explícita finalidade de orientar o pensamento jurídico brasileiro e, por consequência, permitir que a nova lei viesse atender às 35 recomendações em forma de “principles”, princípios que o manual trazia para que a lei

nacional se alinhasse ao pensamento mundial. Caminharam assim as coisas para que a lei nacional atendesse à orientação decorrente dos princípios que norteavam a globalização da economia. Como vários autores anotaram, era mais um grande passo no sentido de afastar os escolhos que pudessem dificultar esta inserção globalizada que se pretendia instaurar. Para uma visão crítica, quase jornalística do que então ocorreu, recomenda-se a leitura de artigo deste mesmo autor, sob o título “Exame crítico do projeto da Lei de Falências – Recuperação de empresa ou recuperação do crédito bancário”, publicado na Revista dos Tribunais, vol. 822, p. 128/140, em abril de 2014, matéria que aqui não se examina por não se tratar do objeto específico do trabalho.

Durante os doze anos de tramitação do projeto nº 4.376, de 1993 até sua transformação na Lei 11.101, de 2005, houve várias idas e vindas, ao sabor do grupo cujo entendimento prevalecia naquele momento, como aliás sempre ocorre na discussão de leis de mais longo espectro, como é a abrangente Lei de Recuperação e Falências, que na verdade é o Código das Sociedades Empresárias em crise. Durante certo tempo pretendeu-se estender a possibilidade de falência e recuperação judicial às pessoas naturais, ao invés de limitar tais institutos apenas às pessoas jurídicas. Houve extensas discussões quanto a este ponto, com argumentos tirados muitas vezes do direito comparado, até que o entendimento que prevaleceu foi aquele segundo o qual a lei apenas abrigaria pessoas jurídicas e empresários individuais, dando criação ao artigo 1º, que estabelece: “Esta lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”.

Claro que se pode argumentar, e com razão, que ao incluir o “empresário”, a lei estaria alcançando também pessoa natural; porém, é necessário lembrar que o empresário está abrangido pela lei, não por ser pessoa natural e sim, por sua qualidade de praticante de atividade empresarial embora como pessoa natural, sem a formação de sociedade empresária. Além de o empresário e a sociedade empresá-

ria estarem abrangidos pela lei conforme expressa disposição do citado artigo 1º, lembre-se que agora também está sob os efeitos da lei a chamada “Eireli”, a “empresa individual de responsabilidade limitada”, criada pela Lei 12.441, de 11.7.2011, desde que exerça atividade empresária, cujo ato constitutivo deve ser inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis, ou seja, Junta Comercial, conforme estabelece o artigo 967, combinado com o art. 982 do CC. A referida Lei 12.441/2011, introduziu no Código Civil o artigo 980-A e, decorrência do já conhecido descuido legislativo, deixou de alterar o artigo 1º da Lei 11.101/2005, não havendo porém qualquer discussão sobre a “Eireli”, que exerce atividade própria de empresário, estar sujeita à recuperação judicial e falência.

3. A situação específica do produtor rural ante o novo Código Civil e a Lei de Recuperação e Falência.

Pode-se portanto tirar como regra geral, aquela segundo a qual estão sujeitos à lei de recuperação e falências, o empresário individual, a sociedade empresária e a Eireli. Não estaria sujeito portanto a esta lei o exercente de atividade rural, que doravante passaremos a chamar de produtor rural, para evitar confusões semânticas. Por tradição de nosso direito, o produtor rural não exerce atividade de natureza comercial (na nomenclatura do CC e CCo anteriores); não exerce atividade empresária (na nomenclatura do CC atual). O exame do artigo 966, combinado com o artigo 981, permite determinar o que é atividade empresarial e o que é atividade não empresarial. Como é sabido, partindo da conceituação de empresário (art. 966, caput), logo em seguida (parágrafo único do mesmo art. 966) a lei diz que não é empresário aquele que exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, “salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

Já o artigo 981 traz a conceituação do que deve ser entendido como “contrato de sociedade”, enquanto o artigo 982 traz a concei-

tuação do que deve ser considerado como “sociedade empresária”, completando que a sociedade anônima será sempre empresária e a sociedade cooperativa será sempre simples. Portanto, com o exame destes dispositivos legais, examinadas ainda as exceções pontuais do artigo 2º da LREF, é possível determinar quais pessoas podem pedir recuperação judicial ou requerer falência. A partir do exame da atividade exercida pela sociedade, vai se definir se se trata de sociedade empresária ou sociedade simples, aplicável a LREF à primeira, não aplicável a LREF à segunda. Este é ponto pacificado, sobre o qual parece não se estabelecer qualquer tipo de controvérsia.

Dificuldade porém surge quando se examina a situação específica do empreendedor rural, tendo em vista a disposição do artigo 984 do CC, que estabelece que “a sociedade que tenha por objeto o exercício de atividade própria de empresário rural” pode requerer inscrição na Junta Comercial e, “depois de inscrita, ficará equiparada, para todos os efeitos, à sociedade empresária”. Dito de outra forma, a sociedade empresária é sociedade simples e o produtor rural não é empresário; se quiser, a sociedade simples pode se inscrever na Junta Comercial e o produtor rural pode se inscrever como empresário na Junta Comercial e, a partir do registro, fica sujeito à nova situação de sociedade empresária ou empresário individual. Em consequência, após o registro, aplica-se ao caso o artigo 1º da LREF, que abrange o “empresário e a sociedade empresária”.

4. A mudança da natureza jurídica do produtor rural que venha a exercer a opção prevista no art. 982 do Código Civil, ante o art. 48 da Lei de Recuperação e Falência.

Do acima exposto, o que se vê é que o empreendedor rural ou a sociedade que exerce atividade própria de empresário rural fica em situação diversa da regra geral do CC, regra geral que estabelece desde o início da atividade quais os elementos que determinam sua natureza, se atividade simples ou se atividade empresária. Esta determi-

nação tem por objeto de exame a atividade exercida, tanto pelo empresário individual (art. 966), quanto pela sociedade empresária (art. 981 c.c. art. 982). Nestes casos, a mudança do tipo de atividade pode determinar também a mudança da natureza jurídica da sociedade. Imagine-se, por exemplo, três médicos que exercem atividade científica de atendimento aos clientes e que, com o correr do tempo e o aumento da atividade e do número de clientes, passa a se configurar como uma clínica de grandes proporções, ou mesmo um hospital, de tal forma que a atividade exercida pelos três médicos originários transforma-se em “elemento de empresa”, como prevê o parágrafo único do art. 966. Aí haverá mudança de natureza jurídica (de sociedade simples para sociedade empresária), por mudança da natureza da atividade; a profissão intelectual de natureza científica transformou-se em elemento de empresa.

No caso do empresário rural, no entanto, a situação é diferente, pois a mudança da natureza jurídica (de simples para empresário), depende de simples opção, mesmo que a atividade exercida continue exatamente a mesma, sem qualquer mudança quantitativa ou qualitativa. Pode-se dizer que a mudança de natureza de todas as outras sociedades é objetiva, já a mudança da sociedade que exerce atividade rural é subjetiva, depende única e exclusivamente da vontade manifestada neste sentido e do registro na Junta Comercial, registro que é deferido exatamente por ter havido manifestação de vontade em tal sentido.

A partir de tal registro haverá equiparação “para todos os efeitos, à sociedade empresária”, conforme estabelece o art. 984 do CC, passando, portanto, em consequência, a ser possível o decreto de falência ou a concessão de recuperação judicial, desde que preenchidas as demais exigências legais. E entre estas exigências, sobreleva logo de início, o exame do art. 48, o qual estabelece: “Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atende aos seguintes requisitos, cumulativamente:”.

O preenchimento deste lapso temporal de dois anos tem sido objeto de acirrada discussão judicial, ainda sem solução no âmbito da jurisprudência e com opiniões divergentes no âmbito da doutrina.

Este ponto específico é que se pretende examinar neste artigo. A discussão acirrada que efetivamente está instalada, diz respeito a ser obrigatório (ou não), o registro na Junta Comercial em período superior a dois anos, período a ser contado entre o momento do registro e o momento do ajuizamento do pedido de recuperação. Ou se, ao contrário, o registro na Junta Comercial, mesmo feito em prazo inferior a dois anos, ainda assim não seria de molde a impedir o pedido de recuperação. Não há pacificação doutrinária ou jurisprudencial, há opiniões bem fundamentadas em ambos os campos e há, a caminho do STJ, diversos recursos especiais discutindo este ponto. O que tem ocorrido também com bastante frequência é haver uma sociedade empresária rural já inscrita na Junta Comercial por prazo superior a dois anos sem que o produtor rural, pessoa natural, esteja inscrito. Claro que em tal situação, a sociedade rural empresária poderá pedir recuperação; no entanto, o registro do produtor rural (não da sociedade empresária) é de período inferior a dois anos. O que se pergunta e se tentará responder é se este produtor rural também pode pedir recuperação ou, ao contrário, apenas a sociedade rural empresária é que poderá pedir recuperação.

5. Exame comparativo com a lei anterior – art. 48 da Lei 11.101/2005 e art. 158 do Decreto-Lei 7.661/1945.

Diversos artigos da atual LREF são cópias, às vezes idênticas, às vezes assemelhadas, de dispositivos da lei anterior e, por isto, para o exame gramatical da lei nova, sempre é bom comparar com o dispositivo da lei anterior, se existente. No caso, o artigo 48 é cópia não idêntica, mas bastante semelhante do texto da lei anterior. Para que se possa comparar, é recomendável nova transcrição do *caput* do art. 48 da lei atual, que diz: “Poderá requerer recuperação judicial o de-

vedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente”.

Este artigo foi inspirado no art. 158 da lei anterior, o Decreto Lei 7.661/1945, também ora transcrito para facilidade de comparação: “Não ocorrendo os impedimentos enumerados no art. 140, cumpre ao devedor satisfazer as seguintes condições: I – exercer regularmente o comércio há mais de dois anos”.

O legislador de 1945 exigia expressamente que o devedor tivesse exercido “regularmente o comércio”, há mais de dois anos. O legislador atual não exigiu o exercício de comércio, pois o art. 48 fala em exercer “regularmente suas atividades”. A lei não tem palavras inúteis e não nomina de forma idêntica, situações diferentes; ou seja, se a expressão é diferente, está a lei referindo-se a outra situação, que não aquela indicada com nome diferente. Se a lei quisesse exigir a comprovação de exercício regular de atividade empresarial, teria usado a expressão “atividade empresarial” ou, no mínimo, o termo “empresa”. Ao falar simplesmente em “atividade”, estava se referindo à atividade regular de produtor rural. Bem a propósito observe-se que o art. 984 do CC, ao querer referir-se a atividade empresarial, fala em “atividade própria de empresário rural”. Enfim, atividade regular não significa o mesmo que exercício de comércio.

Carlos Maximiliano², o clássico do sistema de interpretação das leis, diz que “O primeiro esforço de quem pretende compreender pensamentos alheios orienta-se no sentido de entender a linguagem empregada. Daí se originou o processo verbal, ou filológico, de exegese”.

Mais adiante³, verbera o intérprete que lê na lei uma palavra e quer nela ver outra palavra, advertindo que:

2 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 87.

3 *Ibid.* p. 89.

O juiz atribui aos vocábulos o sentido resultante da linguagem vulgar; porque se presume haver o legislador, ou escritor, usado expressões comuns; porém, quando são empregados termos jurídicos, deve crer-se ter havido preferência pela linguagem técnica.

Também por isto, insista-se, atividade regular não é necessariamente atividade comercial ou empresarial. A atividade pode ser empresarial e regular ou irregular; ou pode ser atividade não empresarial, da mesma forma regular ou irregular. O produtor rural que exerce atividade rural, exerce atividade regular e, portanto, ao se inscrever na Junta Comercial, estará em condições de pedir recuperação, se já estiver exercendo atividade rural por mais de dois anos. Enfim, a própria letra da lei é que exige que haja registro e atividade regular; não exige que haja registro e atividade empresarial.

É de prudência primária não poder o intérprete distinguir se a lei não distingue, recomendação aliás consagrada no brocardo secular segundo o qual “ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus”. Como se pode perceber, o intérprete atual ainda está guiando-se pelos termos da lei anterior e daí a resistência a admitir que o empreendedor rural, mesmo que inscrito na Junta Comercial há menos de dois anos, sempre poderá pedir recuperação se já tiver exercido atividade regular por tempo superior a este lapso.

6. Efeitos imediatos da inscrição na Junta Comercial para o produtor rural.

O Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal aprovou o enunciado nº 202, nos seguintes termos:

O registro do empresário ou sociedade rural na Junta Comercial é facultativo e de natureza constitutiva, sujeitando-o ao regime jurídico empresarial. É inaplicável esse regime ao empresário ou sociedade rural que não exercer tal opção.

No REsp 1.193.115-MT, julgado em 20.8.2013, a Ministra Nancy Andrighi assim se manifestou:

Ademais, ainda que a lei exija do empresário, como regra, inscrição no Registro de Empresas, convém ressaltar que sua qualidade jurídica não é conferida pelo registro, mas sim pelo efetivo exercício da atividade profissional. Não por outro motivo, entende que a natureza jurídica desse registro é declaratória e não constitutiva.

No entanto, mesmo estabelecida discussão sobre ser a inscrição na Junta Comercial declaratória ou constitutiva, o que se vê é que a natureza empresarial corporifica-se no momento exato em que a inscrição é feita.

Aliás, este entendimento nada mais é do que a aplicação do texto do artigo 971 do CC que, ao permitir que o produtor rural opte por tornar-se empresário diz que “... depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro”. Novamente é de se lembrar: o registro desencadeia de forma automática e imediata a mudança da natureza jurídica de produtor rural para empresário rural equiparado ao empresário definido no art. 966. Da mesma forma e sem necessidade de preenchimento de qualquer outra condição, o Enunciado 201, também do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, deixou fixado o seguinte entendimento: “O empresário rural e a sociedade empresária rural, inscritos no registro público de empresas mercantis, estão sujeitos à falência e podem requerer concordata”.

Por qualquer aspecto pelo qual se examine a questão, a conclusão é a de que, feito o registro, torna-se empresário com direito à recuperação e submetido a ter sua falência decretada, se havia atividade regular anterior por mais de dois anos, atividade empresária ou não empresária.

7. Teleologia da lei.

Entre os sistemas de interpretação à disposição do estudioso, sobreleva o método teleológico, de forma a tentar determinar qual a

razão que teria levado o legislador a optar por aquele tipo exato de dispositivo legal. Escrevendo ainda sob o regime do Decreto-Lei 7.661/1945, este mesmo subscritor⁴, ao examinar o art. 158, dizia, sobre este lapso obrigatório de dois anos:

A lei apenas permite o requerimento de concordata ao comerciante que esteja estabelecido há mais de (2) dois anos, entendendo que não seria razoável que, em prazo inferior, viesse o comerciante a colocar-se em situação na qual necessitasse deste favor legal.

Escrevendo já sob o regime da nova lei, ao comentar o artigo 48, este autor⁵ reiterava:

À semelhança do que exigia a lei anterior (art. 158, D), este art. 48 inicia a listagem dos impedimentos ao pedido de recuperação, excluindo de seu âmbito o empresário com menos de dois anos de atividade regular, entendendo que não seria razoável que, em prazo inferior a este, viesse o devedor a colocar-se em situação na qual necessitasse de socorro judicial para recuperação. Tal fato denotaria uma inabilidade tão acentuada para a atividade empresarial que a Lei prefere que, em casos assim, seja negada a possibilidade de recuperação.

Ou seja, um empreendedor rural que esteja exercendo sua atividade civil de forma regular há mais de dois anos, já terá demonstrado a inexistência de razões que pudessem impedi-lo de requerer recuperação, independentemente de quando tiver feito sua inscrição na Junta Comercial.

Fábio Ulhoa Coelho⁶, embora com fundamento diverso, chega

4 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Falências Comentada*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 430.

5 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 156.

6 COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 181.

à mesma conclusão, segundo a qual nada obstaría a recuperação judicial para o produtor rural nesta situação. Diz ele:

O segundo requisito para a legitimação da sociedade empresária ao pedido de recuperação judicial diz respeito ao tempo mínimo de exploração de atividade econômica exigido: mais de dois anos. Não concede a lei o acesso à recuperação judicial aos que exploram empresa há menos tempo, por presumir que a importância desta para a economia local, regional ou nacional, ainda não pode ter-se consolidado. Não haveria tempo suficiente para configurar-se a contribuição daquela atividade como significativa a ponto de merecer o sacrifício derivado de qualquer recuperação judicial.

Enfim, também segundo este autor, o lapso de dois anos não guarda relação exclusivamente com o tempo de inscrição na Junta Comercial; guarda relação direta com o exercício da atividade regular e lícita, ao tornar aquela atividade útil ao desenvolvimento da economia do país. Aliás, sintomaticamente, o texto do autor fala em “atividade econômica” e não em atividade comercial ou empresarial.

Enfim, a proibição do art. 48 é apenas oponível aos aventureiros que, não fosse isto, abririam uma sociedade empresária e, logo em seguida, ajuizariam pedido de recuperação, em prejuízo das pessoas ou sociedades empresárias que com eles tivessem mantido negócios. Waldo Fázio Júnior⁷ é preciso ao fixar seu ponto de vista, ao dizer:

Justifica-se a exigência do registro bienal, para que não se prodigalize o instituto da recuperação judicial, com sua concessão prematura a empresas recém-construídas. Não existisse o interstício legal, como bem pondera Nelson Abrão (1997: 331), surgiriam da noite para o dia, como cogumelos, aqueles que se estabeleceram na véspera para, no dia seguinte, sob o beneplácito da lei, propor-se a

7 FAZZIO JR., Waldo. *Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 147.

liquidar os seus débitos na base de cinquenta por cento.

Sérgio Campinho⁸, mesmo sem fazer referência expressa ao empreendedor rural, comenta a necessidade de comprovação deste lapso temporal de dois anos e diz:

Em face dessa exigência legal, estão proibidos de requerer recuperação judicial os denominados empresários de fato ou irregulares, expressão consagrada para aqueles que exercem a atividade sem registro, muito embora passíveis de falência.

Novamente aqui a ideia de fundo que predomina é a de atividade regular e não de atividade comercial ou empresarial. No mesmo sentido, Rachel Sztajn⁹ diz:

[...] os 2 anos exigidos na norma servem para inibir que oportunistas ou pessoas ávidas por riscos se beneficiem do sistema de recuperação, ganhando tempo para dominarem os procedimentos necessários no exercício da atividade empresarial.

Uma última observação doutrinária também se mostra recomendável, por examinar com percuciência e objetividade, o que pretendeu o legislador com o estabelecimento deste prazo de dois anos. Arnaldo Wald e Ivo Waisberg¹⁰ anotam:

O prazo de dois anos foi estabelecido pelo legislador como o marco temporal necessário para separar os casos de crise dos empreendimentos ini-

8 CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de Empresa*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 135.

9 SZTAJN, Rachel. Art. 48. In: SOUZA JR., Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Org.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 225.

10 WALD, Arnaldo; WAISBERG, Ivo. Art. 48. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coord.). *Comentários à nova lei de Falência e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 328.

ciantes, correspondendo à mortalidade infantil, daquela por que passa uma empresa já estável no mercado. [...] O requisito do prazo mínimo de existência contribui para a credibilidade da recuperação judicial, na medida em que só autoriza a concessão do pedido às empresas que já tenham adquirido certo nível de consolidação e maturidade no mercado.

Um produtor rural que, conforme estabelece o artigo 48 da LREF “exerça regularmente suas atividades há mais de (2) dois anos”, não pode ser confundido com empreendedor inicial, não corre risco de mortalidade infantil, já está consolidado e já adquiriu maturidade no mercado.

Ou seja, o entendimento majoritário da doutrina especializada é no sentido de que o aventureiro, que surge do nada e lança-se no mercado sem qualquer preparo anterior para isto, sem qualquer seriedade no exercício da atividade, fica parcialmente coartado por este dispositivo, que exige atividade regular por dois anos. Em consequência lógica, esta limitação não se aplica ao empreendedor rural que, muitas vezes por dezenas de anos, já vem exercendo “regularmente suas atividades” e que, portanto, demonstra não ser o aventureiro a quem a lei dirigiu a proibição.

8. A posição do STJ sobre a questão.

No julgado mais expressivo sobre esta matéria, REsp 1.193.115-MT, de 20.8.2013, Rel. sorteada a Min. Nancy Andrichi, Rel. para o Acórdão o Min. Sidnei Beneti, a Terceira Turma fixou posição segundo a qual, havendo registro na Junta Comercial no momento em que o pedido de recuperação do produtor rural é ajuizado, deve ser entendido como preenchida a exigência do inciso I do art. 48. Justifica-se a transcrição da ementa do longo julgado de 25 folhas:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPROVAÇÃO DA
CONDIÇÃO DE EMPRESÁRIA POR MAIS DE DOIS

ANOS. NECESSIDADE DE JUNTADA DE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DE REGISTRO COMERCIAL. DOCUMENTO SUBSTANCIAL. INSUFICIÊNCIA DA INVOCAÇÃO DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL. INSUFICIÊNCIA DE REGISTRO REALIZADO 55 DIAS APÓS O AJUIZAMENTO. POSSIBILIDADE OU NÃO DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESÁRIO RURAL NÃO ENFRENTADA NO JULGAMENTO. 1. O deferimento da recuperação judicial pressupõe a comprovação documental da qualidade de empresário, mediante a juntada com a petição inicial, ou em prazo concedido nos termos do CPC 284, de certidão de inscrição na Junta Comercial, realizada antes do ingresso do pedido em Juízo, comprovando o exercício das atividades por mais de dois anos, inadmissível a inscrição posterior ao ajuizamento. Não enfrentada no julgamento, questão relativa às condições de admissibilidade ou não de pedido de recuperação judicial rural. 2. Recurso especial improvido quanto ao pleito de recuperação.

Na fundamentação de seu voto, o Min. Sidnei Beneti transcreve lição com a qual concorda, para dizer que o efetivo exercício regular de atividade empresarial por prazo superior a dois anos, não é condição para o pedido de recuperação judicial:

*... o requisito *exercício regular das atividades empresariais há mais de dois anos no momento do pedido de recuperação judicial* não exige inscrição na Junta Comercial por tal período mínimo. Integrando a requerente da recuperação judicial grupo econômico existente há 15 anos, e sendo constituída há menos de dois anos mediante transferência de ativos das empresas do grupo para prosseguir no exercício de atividade já exercida por tais empresas, é de se ter como atendido o pressuposto do biênio mínimo de atividade empresarial, no momento do pedido (STJ 336/644: AI 604.160-4/8-00).*

Prosegue o Min. Relator justificando as razões que o levaram a não permitir o processamento da recuperação judicial no caso que estava sob julgamento: entendeu que como não havia registro na Junta Comercial no momento do ajuizamento do pedido, não poderia ser deferido seu processamento e, neste sentido, diz:

De qualquer forma, a inscrição no registro de comércio exige-se, necessariamente, antes do ajuizamento do pedido de recuperação judicial, não havendo como suprir-se pela inscrição posterior, como no caso, em que, como constante do Acórdão recorrido, veio, essa inscrição, a dar-se 55 dias após o ingresso do pedido de recuperação em Juízo... O processo de recuperação judicial necessita da formalização documental imediata, pois, caso contrário, estaria franqueado caminho para o ajuizamento sob menor cuidado preparatório, de modo a, nos casos de real configuração da situação de empresário, nele, no processo, vir a enxertar-se fase de comprovação dessa qualidade, com base em dilação probatória, juntada de documentos, perícias e eventualmente prova testemunhal, ensejando recursos e protelações. [...] No caso apenas se reafirma exigência de inscrição na Junta Comercial – não substituída por inscrição ou registro em órgão público diverso – para o acesso à recuperação judicial.

Ou seja, não se podia deferir o pedido de recuperação judicial pois não havia registro na Junta Comercial no momento do ajuizamento do pedido de recuperação; o registro foi feito após decorridos 55 dias do ajuizamento, de tal forma que a documentação não estava completa no momento do pedido. Se o registro tivesse sido feito antes do ajuizamento do pedido de recuperação, não importa quanto tempo antes, a documentação exigida pela inicial estaria completa e o processamento da recuperação judicial seria deferido.

Ressalte-se que este foi o voto proferido pelo Min. Sidnei Beneti, na qualidade de Relator designado, pois a Relatora sorteada, Min. Nancy Andrighi, assumia posição ainda mais liberal, entendendo que a comprovação do exercício da atividade rural, passível de transformação em atividade empresarial, prescindia do registro na Junta Comercial e, por isto, pelo seu voto, entendia que era o caso de deferir-se o processamento da recuperação.

Ou seja, o STJ reconheceu que se o registro do produtor rural, já estiver efetuado na Junta Comercial no momento em que o pedido de recuperação judicial foi ajuizado, o pedido deve ter seu processa-

mento deferido, tendo em vista a comprovação de anterior atividade regular superior a dois anos. Curiosamente, este julgado tem sido colacionado como fundamento dos julgamentos nos quais se entende que, sem o registro com anterioridade de dois anos, não pode ser deferido o processamento da recuperação judicial. No entanto, examinando-se detalhadamente o julgado, em momento algum há tal afirmação. A conclusão a que chegou o julgado foi apenas no sentido de que a inscrição na Junta Comercial, tem que ser anterior ao ajuizamento do pedido de recuperação.

No REsp 1.478.001-ES, julgado em 10.11.2015, o Min. Raul Araújo examina aspecto que diz respeito a outra faceta do problema e, no caso, extingue o pedido de recuperação porque o requerente havia mudado de objeto social em sua atividade empresarial, em prazo inferior a 2 anos. O entendimento exposto no julgado é justamente o que se pretende estabelecer aqui, ou seja, se a atividade exercida ainda não se estendeu por prazo superior ao biênio, não pode ser tida como importante socialmente para merecer o benefício da recuperação judicial. No corpo do julgado, vem a consagração deste entendimento, ao dizer:

Assim, ainda que o empresário esteja atuando no mercado há muitos anos, a preocupação do legislador foi com a recuperação da atividade econômica, dada sua importância para a sociedade. Nesse sentido, para fazer jus ao esforço da recuperação, deve-se estar diante de uma atividade relevante, atual e experimentada, o que dificilmente se alcança com menos de dois anos de exercício.

Aplique-se o pensamento ao caso do produtor rural e a conclusão a que se chega, inevitavelmente, é que se houve por parte dele o exercício de atividade “relevante, atual e experimentada” e se está ele inscrito na Junta Comercial, faz jus ao benefício da recuperação, mesmo que esta inscrição seja inferior a 2 anos, vez que a atividade é superior ao lapso temporal fixado pela lei.

Sem embargo do férreo, criticável e engessante centralismo

que aos poucos vai se instituindo em todo o país e, reflexamente, no funcionamento do Poder Judiciário, o que resulta em colação de julgamentos apenas das Cortes Federais (STJ e STF), — e embora se reconheça a previsibilidade das decisões e a segurança jurídica daí decorrentes —, ainda assim é de se lembrar aqui o julgamento do AI 2.049.452-91.2013.8.26.0000, do TJSP, de 5.5.2014, Rel. o Des. José Reynaldo, extraindo-se excerto da ementa, que bem resume o entendimento a que se chegou:

Irrelevância da alegada proximidade entre as datas de ajuizamento do feito e das prévias inscrições dos produtores rurais como empresárias individuais na Junta Comercial do Estado de São Paulo. Firme entendimento jurisprudencial no sentido de que a regularidade da atividade empresarial pelo biênio mínimo estabelecido no supramencionado dispositivo legal deve ser aferida pela constatação da manutenção e continuidade de seu exercício, e não a partir da prova da existência de registro do empresário ou ente empresarial por aquele lapso temporal. Manutenção do deferimento do processamento da demanda.

9. A Lei 12.873/2013 e a nova forma de comprovação do prazo de dois anos – projeto de lei em curso para nova alteração.

O artigo 22 da Lei 12.873, de 24.10.2013, mandou acrescentar ao art. 48 da LREF o parágrafo 2º, nos seguintes termos:

§ 2º Tratando-se de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ que tenha sido entregue tempestivamente.

Como se pode notar, o legislador parece que aos poucos caminha no sentido de consagrar aquela que é a melhor forma de tratar a questão do agronegócio, tanto que agora já permite a comprovação

do lapso temporal de dois anos, independentemente de registro na Junta Comercial.

Há ainda em tramitação o Projeto de Lei 6.279, de 5.9.2013, do Deputado Jerônimo Goergen, com proposta de outra redação para este parágrafo 2º e que resolveria de vez a questão. A proposta é para a seguinte redação: “§ 2º. Tratando-se de exercício de atividade rural, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo com a declaração de imposto de renda”.

Novamente vê-se que a atividade legislativa está caminhando para esclarecer de vez que o prazo de dois anos é de exercício da atividade rural e não exercício de atividade empresarial. De qualquer forma, embora fosse desejável a aprovação desta última redação para que não houvesse mais qualquer dúvida, ainda assim é de se insistir que a redação da lei atual, nos termos em que está vazada no art. 48, já é suficiente para que se entenda que a expressão “exerça regularmente suas atividades” não pode ser lida como se fosse “exerça regularmente suas atividades empresariais”. Perdoada a insistência da repetição, atividade “empresarial” é uma coisa; atividade “regular” é outra coisa.

10. A “surpresa” dos credores.

Há um argumento que tem sido invocado como fundamento para que não se permita ao produtor rural a recuperação judicial, sem a comprovação dos dois anos de inscrição na Junta Comercial. O argumento é no sentido de que os credores seriam surpreendidos pois teriam feito negócio com uma pessoa natural (o produtor rural), cientes de que se tratava de pessoa que não pediria recuperação, eis que não estava inscrito na Junta Comercial e, no entanto, sem que se respeite este prazo mínimo de dois anos, teriam (os credores) que enfrentar esta nova situação que surgiria com o deferimento do processamento da recuperação. Apenas como exemplo, tome-se excerto do

V. Acórdão da Quinta Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça de Mato Grosso, julgando o Agravo de Instrumento nº 100924/2014:

Vale mencionar que em um Estado eminentemente agrícola, cujas relações comerciais realizadas por 'produtores rurais' compõe direta ou indiretamente parte considerável de seu PIB, não há como admitir que a simples inscrição do devedor (produtor rural) no registro público de empresas, surpreenda seus credores, conferindo-lhe 'do dia para a noite' o direito de postular as benesses da Lei de Recuperação Judicial.

Esta surpresa viria, supõe-se, do fato de este produtor rural, pessoa natural, ser o garantidor, por aval, fiança ou outro tipo de obrigado de regresso, da dívida da sociedade empresária rural e, ao ter deferida sua recuperação, livrar-se da garantia ofertada, em princípio. No entanto, admitindo-se para argumentar que isto possa ser verdade, há um outro aspecto que também deve ser considerado e que vem em favor dos credores. É que, ao pedir também sua recuperação e por estar na qualidade de empresário individual, o produtor rural responderá com todo seu patrimônio, em caso de falência. Assim, mesmo que se admita a existência desta 'surpresa', ainda assim, como se vê, os credores da recuperação terão garantia maior de cumprimento da recuperação, cientes de que a falência permitiria a arrecadação da universalidade dos bens do empresário individual, antes simples empreendedor rural cujo patrimônio não responderia pelos créditos em caso de futura eventual falência.

11. Conclusão.

Enfim, a conclusão que parece impor-se, quer sob o exame doutrinário e jurisprudencial, quer sob o exame de interpretação teleológica ou gramatical da lei, quer sob o aspecto de segurança jurídica às partes, é aquela no sentido de que o prazo de dois anos, exigido pelo artigo 48 da LREF, no caso de pedido de recuperação por sociedade rural simples ou por produtor rural, que já esteja inscrito

na Junta Comercial anteriormente ao pedido de recuperação, deve ser contado a partir do início da atividade rural e não a partir do dia em que ocorreu a inscrição na Junta Comercial.

Não haveria, por outro lado, qualquer dificuldade em comprovar o início da atividade rural, pois normalmente trata-se de sociedades civis ou produtores rurais bastante conhecidos na região onde atuam, relembrando-se que o novo parágrafo 2º introduzido no art. 48 da LREF pelo art. 22 da Lei 12.873, de 24.10.2013, permite a comprovação por meio de declarações de natureza fiscal.

GRUPOS SOCIETÁRIOS NO DIREITO DO TRABALHO: CRITÉRIOS DE CONFIGURAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS¹

CORPORATE GROUPS ON LABOR LAW: DEFINITION CRITERIA AND CONSEQUENCES

Ana Frazão

Resumo: A noção de grupo econômico, apesar de disciplinada pelo Direito Societário, interessa a diversas áreas jurídicas que enfrentam os desafios oriundos da complexa dinâmica de organização do poder empresarial, sobretudo no que diz respeito à responsabilização. As dificuldades decorrentes dos arranjos societários sofisticados que se observam entre os agentes econômicos se apresentam com intensidade para o Direito do Trabalho, tornando necessária a implementação de regime de responsabilidade que possibilite que as normas trabalhistas sejam ferramentas efetivas de defesa do trabalhador. Todavia, é essencial que a regulação jurídica encontre o equilíbrio para administrar a tensão entre poder empresarial e responsabilidade. O alargamento da responsabilidade empresarial em razão da adoção de determinada concepção de grupo não pode se dar de forma desordenada, sendo imperioso que se adotem critérios minimamente racionais e consistentes para a responsabilização. O presente trabalho procura explorar os critérios para a configuração dos grupos no

¹ Artigo recebido em 31.07.2016 e aceito em 05.12.2016.

âmbito do Direito do Trabalho, bem como as suas principais consequências.

Palavras-chave: Grupo Societário; Direito do Trabalho; Responsabilidade.

Abstract: Even though the notion of corporate group is regulated by Corporate Law, it is an important concept to many areas of law that cope with the challenges arising from the complex organizational dynamics of corporate power, especially regarding liability. The difficulties that result from sophisticated societary structures observed among economic agents are at a great measure posed to Labor Law, in a way that the creation of a sufficiently effective liability regime becomes necessary to turn into a powerful tool for the defense of employees' rights. However, it is important that legal regulation finds the balance to manage the tension between corporate power and liability. The broadening of corporate liability due to the adoption of a given conception of corporate group by Labor Law cannot happen inordinately, since it is necessary to adopt minimally rational and consistent criteria for imposing liability. The present paper intends to explore the criteria for the configuration of corporate groups in relation to Labor Law and its main consequences.

Keywords: Corporate Group; Labor Law; Liability.

Sumário: 1. Introdução. 2. Grupo sob a perspectiva do seu pressuposto essencial: a direção unitária. 3. Grupo sob a perspectiva do controle. 4. Grupo sob a perspectiva da influência significativa. 5. Grupo sob a perspectiva do §2º do artigo 2º da CLT. 6. Impossibilidade de a mera participação societária minoritária caracterizar grupo: total subversão do investimento passivo e da alocação de riscos. 7. Racionalidade econômica e jurídica dos grupos e dificuldades de uma solidariedade ampla, recíproca e irrestrita entre as sociedades participantes. 8. Necessárias calibrações da solidariedade *sui generis* a que se refere o §2º do artigo 2º da CLT. 9. Conclusão.

1. Introdução.

O franco e dinâmico desenvolvimento de novas formas de organização empresarial apresenta complexos desafios à regulação jurídica, sobretudo no que diz respeito à responsabilização dos agentes econômicos. O exercício do poder empresarial toma formas diversas para abarcar novos modelos de negócio e de gestão, construindo sistemas complexos de relações interempresariais, nos quais diversas sociedades empresárias podem estar tanto subordinadas a uma fonte central de comandos ou, ainda, simplesmente se coordenarem para um fim comum, porém preservando sua autonomia. Mais recentemente, a própria ideia de vínculo entre sociedades empresárias vem tornando-se mais opaca, na medida em que a influência de uma sociedade sobre a outra pode se dar mediante formas menos visíveis do que o controle acionário.

Nesse contexto, os grupos societários ganham protagonismo cada vez maior no cenário empresarial, sendo a maior evidência de que as noções de empresa e empresário não se confundem com a noção de pessoa jurídica, na medida em que podem ser mais amplas e mesmo transcendentais à personalidade individual de cada sociedade componente de um grupo. Se tal forma de organização empresarial apresenta inúmeras vantagens para as participantes, especialmente para aquelas que exercem o controle do grupo, traz igualmente uma série de preocupações para credores sociais e outros interessados, na medida em que pode ocultar o responsável por determinada conduta ou mesmo dificultar a responsabilização.

Dessa maneira, há que se buscar mecanismos para que os verdadeiros titulares do poder empresarial nos grupos possam assumir as responsabilidades correspondentes, preocupação que se projeta especialmente em algumas áreas que, como é o caso do Direito do Trabalho, lidam com credores vulneráveis. Por outro lado, a necessidade de tutela dos empregados não afasta a necessidade de que os grupos societários sejam identificados a partir de critérios consistentes e razoáveis, mesmo porque não há razão para a instituição de

regime de responsabilidade cuja extensão atinja sujeitos que sequer tenham exercido qualquer tipo de poder empresarial.

Não obstante, a indefinição e as incertezas sobre o tema vêm tendo como consequência a dificuldade do estabelecimento de uma jurisprudência trabalhista coerente sobre o assunto, havendo tanto decisões que alargam excessivamente o conceito de grupo, como outras que o restringem de forma inadequada. É dentro dessa preocupação que se encontra o presente artigo, cuja finalidade é explorar os pressupostos para a configuração dos grupos societários, tanto sob uma perspectiva mais geral como no âmbito do Direito do Trabalho, bem como as consequências daí resultantes para efeitos de responsabilização das sociedades participantes.

2. Grupo sob a perspectiva do seu pressuposto essencial: a direção unitária.

Em qualquer que seja a área jurídica, o elemento mais importante para a definição de grupo societário é a existência da *direção econômica unitária* entre as sociedades participantes² ou, adotando-se as referências do direito estrangeiro, o que se chama de *unified management, einheitlicher Leitung, direction économique unitaire, unidad de dirección* ou *direzione unitaria*³.

Nesse sentido, Engrácia Antunes⁴, na obra que é considerada

2 Rachel Sztajn. (Ensaio Tipológico dos Grupos de Sociedades. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas*. Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger. São Paulo: LTR, 1994, p. 599) define os grupos precisamente a partir da unidade econômica e da direção unitária.

3 Como ensina Engrácia Antunes (The governance of corporate groups. In: ARAUJO, Danilo; WARDE JR., Walfrido (Org.). *Os grupos de sociedades: Organização e Exercício da Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27), o conceito de direção única é adotado pelas ordens jurídicas que têm uma lei geral sobre grupos, a exemplo da Alemanha e de Portugal, assim como prevalece na maioria dos outros países.

4 Ver: ANTUNES, Engrácia. *Os Grupos de Sociedades: Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 52.

das mais importantes referências sobre o assunto, define o grupo como o “conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, conservando embora as respectivas personalidades jurídicas próprias e distintas, se encontram subordinadas a uma direção econômica unitária e comum”⁵.

Conseqüentemente, a definição de grupo societário envolve a necessária tensão entre a independência jurídica das participantes e a unidade econômica do conjunto. Tal descrição casa-se perfeitamente com a noção econômica de grupo, plasmada sobretudo a partir da contribuição de Ronald Coase⁶, que se notabilizou por ter oferecido explicação consistente sobre o que distinguiria a empresa do mercado: enquanto este é marcado pela coordenação, a primeira é caracterizada pela hierarquia, ou seja, pela existência de controle ou direção sobre suas atividades⁷.

Sob esta perspectiva, a teoria de Coase oferece a base econômica para a compreensão da realidade dos grupos societários, que podem ser considerados uma só empresa – a empresa plurissocietária – desde que as diferentes sociedades estejam sujeitas a apenas um poder de controle ou direção.

A ideia de controle, por sua vez, está relacionada à verificação de que as sociedades empresárias, ao lado dos seus órgãos tradicionais, apresentam igualmente centro de poder de natureza fática, que se exterioriza pela dominação ou soberania na condução da atividade empresarial⁸. Quando uma sociedade é sócia controladora de outra,

5 Loc. cit.

6 COASE, Ronald. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988. pp. 33-55.

7 Coase (Op. cit. pp. 54-55) utiliza os termos controle e direção como sinônimos, mas deixa claro que a hierarquia que se encontra na empresa (*firm*) é aquela que decorre do direito que o *master* tem de controlar e interferir sobre o trabalho do empregado (*the right to control the servant's work*). Esse mesmo fenômeno pode ser visto como direção (*direction*).

8 É o que sustenta Fábio Konder Comparato. (*O Poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Forense, 2005, p. 363) ao afirmar que “o titular do controle exerce a soberania societária”.

pode utilizar tal poder para submeter a sociedade controlada aos seus interesses.

Ainda que existam muitas controvérsias sobre a sua caracterização, prevalece no direito brasileiro a orientação de que o controle apenas pode ser definido por meio de fórmulas flexíveis, dentre as quais a de que corresponde ao poder supremo da sociedade e à prerrogativa de dirigir a atividade empresarial e de dispor do patrimônio social com certa estabilidade⁹. Vale ressaltar que tal premissa está em sintonia com a Lei nº 6.404/76, que definiu o controlador a partir da efetividade do seu poder na assembleia geral, sem restringi-lo a parâmetros fechados.

Certamente que o controle é uma chave importante para a compreensão da direção unitária entre diversas sociedades. Entretanto, o que caracteriza o grupo não é a mera existência de um controlador comum, mas sim o fato de o controle ser utilizado como meio de implementação de uma direção única entre as sociedades. Por outro lado, havendo a unificação da direção, ainda que por outros mecanismos que não o controle, estar-se-á igualmente diante de um grupo.

Em decorrência, persiste como critério mais adequado para a caracterização dos grupos a direção unitária, vista a partir de um conjunto de estratégias baseadas na existência de uma política geral do grupo (*group planning process*), que se projeta sobre as áreas importantes de atuação das sociedades agrupadas, tais como a comercial, a laboral, a de produção e de vendas, a de controle e de gestão da marca, entre outras.

Embora não seja fácil descrever a direção unitária, Engrácia

9 Modesto Carvalhosa (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. II, pp. 486-487) define o controlador como o titular do poder efetivo de direção dos negócios sociais, situação que se caracteriza por uma relativa estabilidade. Outro traço característico do poder de controle, muito destacado pela doutrina, é a efetividade (por todos, ver: WALD, Arnoldo. O acordo de acionistas e o poder de controle do acionista majoritário. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. v. 36, n. 110, pp. 7-15, abr./jun. 1998, p. 12).

Antunes¹⁰ entende que ela poderia ser compreendida a partir dos seguintes aspectos: (i) filosofia geral comum ao grupo (*general business philosophy of the group*); (ii) estrutura geral comum ao grupo (*general group structure*); (iii) objetivos e estratégias comuns ao grupo (*general group goals and strategy*); (iv) política geral de funcionamento do grupo em áreas como *marketing*, produtos, finanças e pessoal (*main functional areas of group management*); e (v) supervisão sobre a execução de todos os aspectos acima mencionados (*supervision*), o que enseja a criação de estruturas de controle interno, inclusive no que diz respeito ao gerenciamento de risco (*risk management system at a group level*).

Obviamente que nem todos os grupos apresentam todos esses pontos em comum, motivo pelo qual ensina Engrácia Antunes¹¹ que o elemento característico da direção unitária de qualquer grupo é precisamente a unidade da política financeira, o que permite centralizar as decisões relacionadas à afetação dos lucros distribuíveis, à constituição de reservas, às prioridades de investimento, à concessão de créditos e, sobretudo, às fontes de financiamento.

Em relação aos demais aspectos, as políticas uniformizadoras dos grupos podem implicar distintos graus de integração entre as sociedades participantes, que vão desde a ampla centralização até a estruturas que permitem maior descentralização e coordenação. Daí por que a doutrina faz distinção entre os *grupos de subordinação*, nos quais é grande a perda da independência econômica originária das sociedades controladas, estabelecendo-se uma rígida hierarquia entre a sociedade-controladora ou sociedade-mãe e as controladas ou filhas, e os *grupos de coordenação*, nos quais todas as sociedades participam da gestão conjunta¹².

10 ANTUNES, Engrácia. Op. cit., 2012. pp. 38 e 55.

11 ANTUNES, Engrácia. Op. cit. 2002. pp. 116-117.

12 Engrácia Antunes (Op. cit. 2012, p. 32) afirma que, ao menos teoricamente, grupos de fato apresentam, na melhor das hipóteses, um modelo bastante descentralizado no qual a gestão uniforme somente pode ser exercida de maneira segura com um baixo controle central e altos

Contudo, por mais que haja maior autonomia econômica das sociedades participantes de um grupo de coordenação, é necessário haver entre elas uma direção econômica unitária¹³, sem o que não há um grupo societário. Logo, certa dose de subordinação econômica é inerente aos grupos: o que varia entre os grupos de subordinação e coordenação é apenas o grau de subordinação¹⁴.

Se houvesse entre as sociedades mera relação de coordenação, não se estaria diante de um grupo – uma empresa plurissocietária – mas sim diante de relações de mercado. Como ficou claro desde a obra de Coase, o que caracteriza a empresa é precisamente o elemento hierárquico, motivo pelo qual, mesmo nos grupos de coordenação, não deixa de haver uma hierarquia entre a direção unitária compartilhada pelas sociedades e a direção individual de cada uma¹⁵.

níveis de autonomia local. Logo adiante, mostra que centralização e descentralização são dois modelos organizacionais de sistematização dos grupos empresariais: se a empresa-mãe fornece um alto nível de autonomia e autodeterminação para diretores subsidiários, o grupo empresarial será considerado um grupo descentralizado; se for exercido um controle estrito sobre a direção subsidiária e sobre os negócios, considerar-se-á um grupo centralizado (Ibidem. p. 34). Segundo Teubner (Unitas Multiplex: a organização do grupo de empresas como exemplo. *Revista Direito GV*. v.1, n. 2, pp. 77-110, jun./dez., 2005. p. 97), a complexidade da organização empresarial na contemporaneidade produz estruturas intrincadas de descentralização decisional, de maneira que a simples redução à subordinação a uma empresa-mãe não permite que o grupo dê conta da interação existente entre a multiplicidade de centros autônomos de ação econômica cuja coordenação dificilmente será obtida tão somente através da análise do vértice hierárquico do grupo. É por essa razão que Teubner defende que o grupo empresarial não deve estar identificado com uma tradicional estrutura hierárquica, mas sim com uma “rede” (Netzwerk) que substitui as noções de poder de controle e direção pela empresa-mãe pela ideia de coordenação de centros de ação autônomos.

13 Engrácia Antunes (Op. cit. 2002. p. 80) faz distinção entre grupos de subordinação e coordenação, afirmando que, apesar da maior autonomia jurídica das agrupadas no segundo tipo, sempre haverá a necessidade de uma direção econômica unitária.

14 Daí a definição de Engrácia Antunes (Op. cit. 2002. p. 607) de que “o grupo societário representa genericamente um conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, mantendo formalmente a sua individualidade jurídica própria, se encontram subordinadas, **em maior ou menor grau**, a uma direção econômica unitária e comum.” (grifos nossos)

15 Vale ressaltar a lição de Jorge Lobo (Direito dos Grupos de Sociedades. *Revista dos Tribunais*. v. 88, n. 763, pp. 20-40, maio/1999, p. 32): “Anoto-se, a propósito, ainda, a acertada

Isso mostra que a ideia de direção única não é incompatível com a coordenação, razão pela qual o direito alemão admite o chamado grupo igualitário, definindo-o a partir de uma direção única sem relação de dominação ou de dependência entre as sociedades-membros (§18, II, da *Aktiengesellschaftsgesetz*–AktG¹⁶).

Portanto, não se pode confundir direção unitária com subordinação absoluta nem com centralização. Mesmo nos grupos de coordenação haverá certo grau de hierarquia, embora de natureza diversa daquela encontrada nos grupos de subordinação, pois as direções individuais se submeterão também à direção única que as sociedades estabelecem em conjunto. Por outro lado, como se verá a seguir, mesmo nos grupos de subordinação de fato, há que se manter certos aspectos de independência das sociedades participantes, não podendo haver submissão total das participantes à política global do grupo.

Todas essas considerações, como será mais bem explorado a seguir, aplicam-se ao Direito do Trabalho pois, por mais que este possa apresentar peculiaridades que exijam algumas adaptações, estas não podem se afastar do cerne essencial da própria ideia de grupo, que é a direção unitária.

3. Grupo sob a perspectiva do controle.

Como mencionado anteriormente, o elemento primordial para a caracterização dos grupos societários, em qualquer que seja a seara jurídica, é a existência da direção unitária. Entretanto, para parte da

observação de Anne Petit e Pierre Sauvain: “A gestão unitária pode ser centralizada e descentralizada, hierárquica ou colegial, pode traduzir-se numa intervenção constante nos negócios das filiais ou limitar-se à definição das grandes linhas de conjunto da respectiva política: ela estará sempre, e como quer que seja, presente e far-se-á sempre sentir para reprimir as atitudes incompatíveis com o espírito e os interesses do grupo, ou simplesmente, de sua organização.”

16 Reza o dispositivo que as empresas legalmente independentes entre as quais há dependência de fato entre uma e outra pela direção unitária também formam grupo.

doutrina, apenas se pode compreender a direção unitária a partir da noção de controle, de forma que os grupos societários poderiam ser vistos essencialmente como uma questão do controle de uma sociedade sobre outras¹⁷.

Tal postura mostra a existência de divergência sobre o critério preponderante para a caracterização dos grupos: se o controle ou a direção unitária. Afinal, partindo-se da premissa de que a segunda é mais abrangente que o primeiro, não estando necessariamente a ele vinculada, abre-se a discussão sobre outras origens ou instrumentos de implementação da direção unitária que não apenas o controle.

Verdade seja dita que, comumente, a discussão ora posta é mais conceitual do que pragmática, até porque, no mais das vezes, controle e direção unitária são a causa e a consequência dos grupos societários. Por essa razão, mesmo os países que procuram regulamentar os grupos a partir de uma perspectiva de direção unitária que se distancie do controle acabam chegando a resultados muito similares aos alcançados por países que utilizam o controle como elemento característico¹⁸.

Logo, em muitos casos, as diferenças apontadas não são necessariamente substanciais, mas apenas de perspectiva: ao se explicar os grupos pelo controle, enfatiza-se a sua causa ou instrumento, enquanto que, ao se explicar os grupos pela direção unitária, enfatiza-se o efeito do controle. Entretanto, o critério mais adequado é realmente o da direção unitária¹⁹, pois é possível que esta decorra de outras causas que não propriamente o controle, como será visto adiante.

17 É o que leciona Rachel Sztajn (Op. cit. p. 600): “Os grupos resultantes da participação de uma sociedade no capital de outras, qualquer que seja a forma — piramidal, radial, estelar, sucessiva — resultam de poder de controle societário.”

18 Ver: PRADO, Viviane. *Conflito de interesses nos grupos societários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 146-147.

19 Pablo Perandones (El régimen legal de los grupos de sociedades en el ordenamiento jurídico español y sus propuestas de reforma. In: ARAUJO, Danilo; WARDE JR., Walfrido (Org.). *Os grupos de sociedades: Organização e Exercício da Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp.

Não obstante, é muito comum, no direito comparado, que as legislações priorizem como critérios definidores dos grupos não propriamente os seus efeitos práticos – a direção unitária – mas sim os meios ou instrumentos para a sua constituição. Tal abordagem possibilitaria uma classificação preliminar dos grupos em três grandes categorias:

(i) os *grupos de direito*, instituídos por contratos – a chamada “convenção de grupo” – que subordinam as sociedades-filhas à sociedade-mãe, motivo pelo qual são normalmente grupos de subordinação;

(ii) os *grupos de fato*, instituídos pelo mero exercício do controle de uma sociedade sobre outras, sem contrato formal de constituição de grupo, de forma que, conforme a utilização do poder de controle, pode haver tanto um grupo de subordinação como um grupo de coordenação; e

(iii) os *grupos pessoais*, instituídos pela coincidência das administrações de diversas sociedades, que agem de forma coordenada, numa espécie de controle gerencial compartilhado, motivo pelo qual tais grupos são normalmente de coordenação.

No caso brasileiro, o art. 265 da Lei nº 6.404/74 define o chamado *grupo de direito* a partir da convenção de grupo, instrumento adotado para disciplinar o exercício, de modo permanente, do poder de controle da controladora sobre a controlada para fins de combinação de recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos ou para participar de atividades ou empreendimentos comuns. Tais grupos, que não fazem parte da prática brasileira, podem ser consti-

63-64) faz uma interessante análise da discussão no direito espanhol, salientando ora a existência de leis que adotaram o critério do controle, ora de leis que adotaram o critério da direção unitária para a definição dos grupos. Entretanto, salienta que, a partir da Ley 27/99, o legislador empregou uma terminologia específica de grupos paritários, que põe em relevo a direção econômica unificada.

tuidos por qualquer forma de controle, desde que de “modo permanente”²⁰.

Por outro lado, os *grupos de fato*, muito comuns no Brasil, são caracterizados não por qualquer convenção ou contrato, mas sim pela efetiva existência de poder controle, nos termos do art. 243, §2º, da Lei nº 6.404/76, segundo o qual “considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”.

Consequentemente, qualquer controle que decorra do exercício de direitos de sócio – totalitário, majoritário e mesmo o minoritário – é idôneo para constituir um grupo de fato, desde que seja exercido com a finalidade de impor uma hierarquia comum a todas as sociedades que lhe estejam vinculadas²¹. Dessa maneira, o que importa é a existência de *controle em prol de uma direção unitária*.

Esse aspecto é importante porque a definição dos grupos pelo controle não dispensa o requisito da direção unitária, motivo pelo qual o controle precisa ser exercido de acordo com estratégia unifica-

20 É o que resulta igualmente da interpretação sistemática deste artigo com o artigo 116, da Lei nº 6.404/76, que adota uma noção ampla de controlador, mas também exige o requisito da permanência.

21 No direito italiano, a atual redação do art. 2497 do *Codice Civile* assenta a ideia de grupo na direção ou coordenação de uma sociedade sobre outras por qualquer que seja o meio. No direito português, o art. 482 do Código das Sociedades Comerciais parte da noção de base de sociedades coligadas, dividindo-as em quatro tipos: (i) sociedades em relação de simples participação, (ii) sociedades em relação de participações recíprocas, (iii) sociedades em relação de domínio e (iv) sociedades em relação de grupo. Obviamente, apenas há que se cogitar de grupo, pelo menos para efeitos societários, nas duas últimas hipóteses, únicas em que existe efetivamente uma direção unitária. Segundo Engrácia Antunes (Op. cit. 2002, pp. 483-484), o legislador português não tomou uma posição definitiva sobre os meios ou instrumentos idôneos para criar uma posição de influência dominante de uma sociedade sobre outras, motivo pelo qual são considerados meios adequados as ligações societárias, os contratos e as puras relações de dependência econômica, dentre outros.

da e voltada para a política global do grupo. Daí Viviane Prado²² falar em controle qualificado, “caracterizado pela integração da sociedade controlada à política grupal”.

Por outro lado, essa integração, no caso dos grupos de fato, não pode ser total, de forma a levar à completa subordinação das sociedades participantes. Com efeito, a Lei nº 6.404/76 exige, especialmente nos arts. 115 e 246, o respeito aos interesses da controlada, sob pena de configurar abuso de poder de controle ou mesmo conflito de interesses²³. Cria-se, portanto, um contexto propício aos chamados grupos de coordenação ou híbridos, nos quais a subordinação seja compatível com o grau de independência de cada sociedade imposto pela lei.

Por fim, cumpre ressaltar que o controle pode ainda ser exercido a partir da coincidência das composições das administrações das sociedades agrupadas, desde que a sua consequência seja a direção unitária²⁴. Em decorrência, o mero fato de alguém ser administrador de duas sociedades não é suficiente para configurar, por si só, a existência de grupo societário²⁵, diante do necessário pressuposto da existência da direção unitária.

A possibilidade de implementação de direção unitária a partir da coincidência total ou parcial da composição dos órgãos administrativos de distintas sociedades vem despertando a atenção para o

22 Ver: PRADO, Viviane. Op. cit. 2006. p. 305.

23 Ver, sobre o tema: PRADO, Viviane. Grupos societários: análise do modelo da Lei 6.404/76. *Revista Direito GV*. v. 1, n. 2, pp. 5-28, jun./dez., 2005. p. 18.

24 Orlando Gomes e Antunes Varela (Os grupos e a relação de trabalho. In: _____. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 239) referem-se à importância do chamado grupo pessoal para o Direito Trabalho, que seria aquele decorrente da “unidade de comando de serem dirigidos pelos mesmos diretores.”.

25 Nesse sentido, ver: CAMPINHO, Sérgio. A responsabilidade por dívidas de sociedades integrantes de um mesmo grupo de fato. *Revista Semestral de Direito Empresarial*. n. 11, pp. 93-120, jul./dez., 2012. pp. 106-107; MARANHÃO, Délio. *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. v. 1, p. 300.

fenômeno dos *interlocking directorates*, termo utilizado para designar as hipóteses em que a mesma pessoa ou pessoas com relação de parentesco direto assumem cargos de administração em mais de uma sociedade e podem, por meio disso, implementar distintos graus de coordenação entre as sociedades que estão sob a sua direção.

Embora não haja tratamento legislativo específico sobre o assunto, tal situação é cada vez mais comum no Brasil, considerando que a legislação societária não tem mecanismos idôneos para evitar a coincidência de administradores mesmo entre sociedades aprioristicamente concorrentes²⁶.

Tais considerações evidenciam que a direção unitária pode vir de outros mecanismos que não apenas o controle decorrente de participações societárias. Havendo direção unitária entre as sociedades sujeitas ao *interlocking*, pode-se cogitar perfeitamente de um controle gerencial compartilhado, circunstância suficiente para a configuração de grupo societário – o grupo pessoal –, ainda que a sua identificação seja normalmente mais complexa do que a dos já tradicionais grupos de direito e grupos de fato.

O que verdadeiramente importa é que, qualquer que seja a forma ou o instrumento de estruturação das relações entre as sociedades, precisa haver direção unitária para que haja grupo, orientação que se aplica igualmente ao Direito do Trabalho, bem como a todas as áreas que se preocupam com a questão.

Por essa razão, as reflexões sobre os diferentes mecanismos de controle para a configuração dos grupos não dispensam a necessidade de se verificar o efeito prático de tais mecanismos para a im-

26 Basta lembrar que, embora a Lei nº 6.404/76 proíba a eleição para o Conselho de Administração de indivíduo que ocupe cargos em conselhos consultivos, de administração ou fiscal em sociedades que possam ser consideradas concorrentes, a regra pode ser afastada em caso de autorização da Assembleia Geral. O mais grave é que muitos entendem que o afastamento da norma pode decorrer de um simples ato de vontade da Assembleia, ainda que se esteja diante de hipótese em que conflitos de interesse ou mesmo coordenações sejam prováveis. Assim, o *interlocking* acaba sendo legitimado por meio das autorizações das próprias sociedades.

plementação de uma direção unitária entre as participantes, ainda que esta não exija necessariamente nem a subordinação nem uma estrutura centralizada, tal como se procurou demonstrar no capítulo anterior.

4. Grupo sob a perspectiva da influência significativa.

Já se viu anteriormente que, para parte da doutrina, o problema dos grupos é essencialmente um problema de controle, qualquer que seja a modalidade em que este seja exercido. Por essa perspectiva, até mesmo o grupo pessoal pode ser visto como decorrência de controle gerencial – exercido pelos administradores – em prol do interesse do grupo.

Entretanto, a realidade atual, como acentua Ronald Dore²⁷, vem sendo marcada pela fragmentação e desverticalização da empresa, o que se projeta igualmente sobre a desagregação e a pulverização do poder empresarial. Em outras palavras, o poder empresarial deixa de estar necessariamente concentrado – como na hipótese do controle, que envolve uma dominação –, e passa a ser exercido por outras formas mais sutis, mas que nem por isso deixam de ser relevantes.

Dá as atenções terem se voltado na atualidade para a ideia de influência significativa, posição societária inferior ao controle, já que não envolve a dominação ou o comando de uma sociedade por outra, mas superior à mera participação societária (investimento passivo ou societário), motivo pelo qual pode ter importantes consequências jurídicas, inclusive para o fim de possibilitar a configuração de um grupo societário.

Veja-se, em primeiro lugar, que a ideia de influência significa-

27 DORE, Ronald. Goodwill and market capitalism. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999. pp. 361-365.

tiva não é incompatível com o controle. Muito pelo contrário, parte da premissa de que as duas situações coexistem: enquanto determinado agente exerce o controle, outro(s) agente(s) pode(m) exercer influência significativa e, de alguma maneira, moldar o próprio exercício do controle. O que importa é que, havendo influência significativa como instrumento de implementação de direção unitária entre a sociedade que a exerce e a sociedade “influenciada”, estar-se-á diante de grupo societário entre elas²⁸, especialmente em áreas como o Direito do Trabalho²⁹.

Ressalta-se que a Lei nº 11.941/2009, ao modificar a Lei nº 6.404/76, ofereceu importantes critérios para a compreensão da influência significativa, já que agora são consideradas coligadas “apenas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa” (§1º do art. 243).

É interessante notar que a redação original da Lei nº 6.404/76 entendia como coligada toda sociedade que detivesse participação societária igual ou superior a 10% em outra sociedade sem controlá-la. Todavia, a nova redação da Lei nº 6.404/76 reforça que a simples titularidade de participação societária superior a 10% é irrelevante para efeitos societários. O que verdadeiramente importa é saber se desta participação surge uma influência significativa, o que se traduz na interferência sobre a sociedade coligada, ainda que em grau menor do que o da dominação que caracteriza o controle.

Para evitar compreensões indevidas, a própria Lei nº 6.404/76, em novos parágrafos acrescentados pela Lei nº 11.941/2009, definiu a influência significativa como a situação em que “a investidora detém

28 Ver: WARDE JR., Walfrido. O fracasso do direito grupal brasileiro: a institucionalização do controle oculto e de sua subreptícia transferência. In: ARAUJO, Danilo; WARDE JR., Walfrido (Org.). *Os grupos de sociedades*. Organização e Exercício da Empresa. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 120.

29 Ver: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Grupo econômico: implicações no Direito da Concorrência, no Direito societário e sua repercussão no Direito do Trabalho. In: DONNINI, Rogério; CARRAZZA, Roque (Coord.). *Temas Atuais de Direito*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 355.

ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la” (§4º do art. 243), prevendo igualmente que “é presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la.” (§5º do art. 243).

Já se vê que apenas se cogita de influência significativa quando se tem “o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida”, sendo mera presunção relativa a de que a participação societária superior a 20% implica a influência significativa³⁰.

Mesmo com o delineamento legal, é correta a advertência de Valladão e Adamek³¹ de que a influência significativa constitui conceito jurídico indeterminado e de difícil definição. Entretanto, inspirados pela doutrina italiana, os autores procuram conceituar a influência significativa como a participação que, embora não seja suficiente para determinar as estratégias da sociedade participada, o é para as-

30 Para Tullio Ascarelli (*Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001. p. 693), a coligação de sociedades ocorre através de conexão econômica relevante, independentemente do instrumento jurídico utilizado, como se percebe do excerto a seguir transcrito: “No primeiro sentido poderíamos falar em coligação de sociedades, toda vez que houvesse entre elas uma conexão econômica, qualquer que fosse o instrumento jurídico usado; em sociedade controlada toda vez que tal conexão fosse de molde a acarretar a possibilidade de uma sociedade influir decisivamente sobre a outra. Nesta acepção o conceito é extremamente vasto e pouco preciso, pois assim entendida, a coligação poderia resultar dos mais variados contratos jurídicos: aluguel de estabelecimentos; contratos de venda, compra e representação com exclusividade; contratos para exploração de patentes; contratos de consórcio e cartel; identidade de diretores (*interlocking directorates*); participação de uma sociedade em outra; simultânea participação de uma sociedade financeira em mais sociedades exploradoras da mesma atividade comercial; contrato entre várias sociedades para distribuir entre si os lucros de todas elas (chamado *pool*); transmissão fiduciária das ações de duas ou mais sociedades a um ou mais fiduciários comuns para alcançar, assim, uma unificação de todo o conjunto das ações (ou dos bens) (o que corresponde ao *trust* em sentido próprio, ou seja, no sentido correspondente ao alcance deste instituto no direito anglo-saxônio em geral)”.

31 FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N.; ADAMEK, Marcelo Vieira. O novo conceito de sociedade coligada na lei acionária brasileira. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. v. 50, n. 159/160, jul./dez., 2011. pp. 45-46.

segurar a ingerência sobre questões fundamentais de política financeira ou operacional desta.

Ora, já se viu anteriormente que a unificação da política financeira ou operacional é uma das principais características da direção unitária, motivo pelo qual, definida a influência significativa a partir da ingerência sobre este ponto fulcral da sociedade investida, é inequívoco que se está diante de instrumento configurador de grupo societário entre a sociedade que exerce a influência significativa e a sociedade investida. Todavia, a constatação do grupo a partir da influência significativa será ainda mais complexa, pois dependerá igualmente da investigação da relação entre os detentores do controle e os detentores da influência significativa, até para verificar a configuração de poder da qual resulta a direção unitária.

A mesma orientação pode ser aplicada às sociedades limitadas, em relação às quais persiste a definição de coligação prevista no art. 1.099, do Código Civil, que, a exemplo da redação originária da Lei nº 6.404/76, prevê que “diz-se coligada ou filiada a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la.”. Entretanto, é igualmente certo que o critério fundamental para a constatação da influência significativa é o poder dela decorrente.

Dessa forma, a noção de influência significativa é também de fundamental importância para a verificação da existência de grupo societário, embora gere grandes desafios não apenas para a sua identificação, como também para a atribuição das consequências jurídicas daí resultantes. Afinal, restaria saber em que medida a sociedade que exerce influência significativa sobre outra estaria sujeita ao mesmo grau de responsabilidade da sociedade controladora. Se o poder desta última é maior, seria de se esperar que o seu grau de responsabilidade fosse igualmente maior, não fazendo sentido se equiparar, para efeitos da responsabilização, de forma absoluta e apriorística, agentes que exercem poderes empresariais distintos tanto em termos qualitativos como quantitativos.

Por essa razão, no atual contexto de desagregação da empresa, é necessário que a regulação jurídica possa desenvolver mecanismos de gradação e calibração, a fim de imputar aos agentes econômicos responsabilidades que sejam proporcionais ao seu grau de intervenção na atividade econômica. A mera constatação do grupo societário a partir da influência significativa é insuficiente para dar uma adequada resposta para a extensão da responsabilidade das participantes do grupo, como se verá em seguida, a partir do exame mais abrangente do regime de responsabilidade previsto pela própria CLT.

5. Grupo sob a perspectiva do §2º do artigo 2º da CLT.

Todas as questões previamente exploradas aplicam-se, como regra, ao Direito do Trabalho, pois dizem respeito ao cerne do conceito de grupo societário. Entretanto, é inequívoco que a discussão, no âmbito trabalhista, precisa considerar as peculiaridades desta seara, até porque o empregado não pode ser considerado um mero credor social, seja em razão de ser um componente fundamental da própria empresa, seja em razão da sua vulnerabilidade. Por outro lado, os parâmetros gerais da configuração dos grupos societários precisam ser testados à luz dos critérios específicos previstos pela legislação trabalhista.

Nesse sentido, é importante destacar inicialmente que a discussão sobre grupos no Direito do Trabalho não pode se confundir com a discussão sobre o conceito de “empregador real”, embora evidentemente possa haver área de sobreposição entre as duas ideias. Para entender melhor o foco da análise, é necessário compreender a real extensão do art. 2º da CLT, que assim prevê:

Art. 2º — Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§1º — Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as

associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§2º — Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Considerados o texto e os propósitos da CLT, a interpretação adequada da relação entre o *caput* e o §2º do art. 2º é a de que as duas normas tratam de coisas distintas. No *caput*, a CLT define o empregador real, o empresário, aquele que assume os riscos da atividade econômica e exerce o *poder diretivo*, na medida em que “admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço”.

Assim, a definição de empregador real não é sinônima de grupo, pois não se baseia na mera existência de *poder de controle geral* ou mesmo de *direção unitária* — elementos configuradores de grupo que podem se projetar sobre vários aspectos das sociedades participantes que não sejam a política de pessoal ou o exercício de poder diretivo — mas sim na existência de um critério mais restritivo, relativo ao *poder diretivo*, que diz respeito à condução dos trabalhadores.

Por mais que o *poder diretivo* possa ser visto como emanção do poder de controle³², é indubitavelmente mais específico. Consequentemente, o conceito de empregador real é muito mais restrito do que o de grupo societário, motivo pelo qual não podem ser consideradas empregadoras todas as sociedades de um grupo societário, mas tão somente aquelas que exercem poder diretivo. Pela mesma razão, em grupos societários nos quais os empregados prestam serviços

32 Vale ressaltar, sobre o tema, a lição de Octavio Bueno Magano (*Os grupos de empresas no Direito do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 249): “O poder diretivo, concebido como emanção do poder de controle, se triparte em poder diretivo propriamente dito, em poder de fiscalização e em poder disciplinar.”.

para várias das sociedades participantes, todas que exercerem o poder diretivo podem ser consideradas empregadoras³³, ainda que somente uma delas seja a empregadora formal.

Se, de forma contrária, a existência do grupo societário não repercuta no poder diretivo que cada sociedade exerce sobre seus respectivos empregados, somente será considerada empregadora real a sociedade que exerce o poder diretivo. As demais sociedades podem até responder pelas dívidas trabalhistas, mas não por serem empregadoras³⁴ e sim por fazerem parte do grupo a que pertence a empregadora, já que o mencionado §2º determina a responsabilidade das sociedades integrantes do grupo pelas dívidas trabalhistas da sociedade-empregadora³⁵.

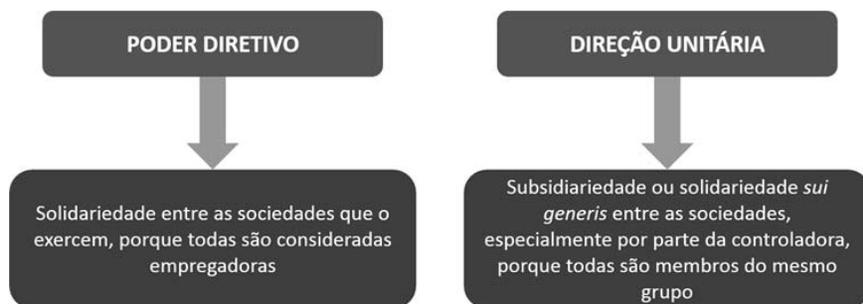
Tal distinção é importante pois somente a(s) sociedade(s) considerada(s) empregadora(s), por exercerem poder diretivo, têm responsabilidade direta e solidária pelas dívidas trabalhistas. Como se verá adiante, a responsabilidade das sociedades componentes do grupo que não exercem poder diretivo nem é propriamente direta — pois não são consideradas empregadoras — nem propriamente solidária. Daí se poder representar graficamente a diferenciação mencionada da seguinte maneira:

33 Parece ser essa a *ratio* da Súmula 129, do TST, segundo a qual “a prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário.”. Havendo um empregador único, o contrato de trabalho também será único.

34 Maria do Rosário Ramalho (*Grupos Empresariais e Societários*. Incidências Laborais. Coimbra: Almedina, 2008. p. 392) é clara ao mostrar que, se o trabalhador é contratado por apenas uma sociedade do grupo e ali presta suas atividades, apenas esta pode ser considerada empregadora.

35 Adverte-se, entretanto, que a questão é controversa. Délio Maranhão (Grupo de sociedades, empregador único e a chamada solidariedade ativa. *Revista LTr*; v. 45, n. 2, p. 137-139, fev.1981, p. 139) defende que o grupo é, na verdade, o empregador, inclusive para efeitos da existência de uma solidariedade ativa, de modo que “o grupo possa agir como tal, na condição mesma que justifica aquela solidariedade, ou seja, na condição de empregador único.”.

Figura 1 – Poder diretivo e direção unitária



Fonte: autora

Feitos esses esclarecimentos, é importante destacar que, no tocante aos requisitos de configuração dos grupos societários, a CLT não se afasta das noções estruturais do Direito Societário: também na seara trabalhista, o grupo é definido pela direção, controle ou administração comum. Como já se viu que o controle ou a administração comum são instrumentos para a viabilização da direção comum, este acaba sendo o critério mais importante.

Isso reforça a posição, já defendida anteriormente no presente estudo, de que a noção de grupo para o Direito do Trabalho, longe de ser antagônica à do Direito Societário, é semelhante, na medida em que se baseia igualmente na direção unitária, tal como expressamente previsto pela própria CLT.

Verdade seja dita que, na doutrina e jurisprudência trabalhistas, é comum a referência a outros indicadores para a configuração de grupos, tais como a existência de empresa comum ou de unidade econômica e social. Entretanto, tais critérios não se afastam da direção unitária, sendo, em muitos casos, com ela coincidentes.

Mesmo no que diz respeito ao critério da empresa comum, é importante destacar a minuciosa análise de Jorge Manuel Coutinho de Abreu, ao mostrar as dificuldades de se definir os grupos no Direito do Trabalho a partir de critérios tão fluidos e controversos, como o

conceito econômico ou jurídico de empresa ou mesmo a ideia de um interesse comum do grupo³⁶.

De toda sorte, ainda que se buscasse a noção mais usual de empresa, que a considera como atividade ou empreendimento comum, tal como previsto no art. 966, do Código Civil, é inequívoco que tal conceito tem inúmeras interpenetrações com o conceito de empresário e também de direção, motivo pelo qual o próprio critério da direção única já contemplaria as referidas preocupações. Já a noção de unidade econômica e social é apenas uma forma de se avaliar a direção única ou a administração única, oferecendo indicadores mais definidos e precisos para esse objetivo³⁷.

Assim, aplicam-se aos grupos na seara trabalhista as mesmas conclusões já expostas até agora, inclusive as relativas aos grupos de coordenação. Este ponto é importante, porque há grande controvérsia na doutrina trabalhista sobre a necessidade ou não da dominação para a caracterização de grupos. Uma vertente expressiva adota a necessidade de subordinação hierárquica das sociedades agrupadas por meio de técnicas de controle patrimonial³⁸. Porém, para a outra vertente, seria possível que a direção unitária decorresse não somente de uma subordinação, mas também de uma coordenação de empresas em prol da execução de um empreendimento global³⁹.

Vale ressaltar que a controvérsia existente não se projeta sobre a necessidade de direção única como elemento caracterizador do

36 ABREU, Jorge Manuel Coutinho de: Grupos de Sociedades e Direito do Trabalho. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. V. LXVI, 1990, pp. 124-149.

37 Ver, sobre a questão, Maria do Rosário Ramalho (Op.cit. pp. 256-258).

38 Ver: GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. Op. cit. p. 239; MAGANO, Octavio Bueno. Op. cit. p. 244.

39 Segundo Octavio Bueno Magano (Op. cit. p. 253), a divergência era capitaneada por Mozart Victor Russomano, para quem o grupo econômico pode existir sem líder quando todas as empresas estão dispostas horizontalmente mas exercem, reciprocamente, controle ou vigilância e participam de um empreendimento global. Concordariam com a referida opinião Pereira Leite e Arnaldo Süsskind. Também nesse sentido, encontra-se Alice Monteiro de Barros (*Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 377).

grupo. O único ponto de atrito diz respeito à forma de implementação de tal direção: se necessariamente deveria decorrer da dominação de uma sociedade líder sobre as demais ou se poderia ser imposta pela coordenação entre as próprias sociedades, em uma espécie de controle compartilhado ou cogestão.

Por outro lado, mesmo os autores que entendem possível o grupo de coordenação ressaltam, acertadamente, a importância de critérios como empreendimento global e controle e vigilância recíprocos. Dessa forma, os grupos poderiam até dispensar o requisito da hierarquia rígida, mas jamais a existência de uma direção comum⁴⁰ e a consequente perda de autonomia econômica das sociedades participantes⁴¹.

Isso mostra o acerto da posição que defende a possibilidade dos grupos de coordenação no Direito do Trabalho. Afinal, se tal possibilidade nunca foi afastada no Direito Societário, não faria sentido que o fosse no Direito do Trabalho, ainda mais diante do seu espectro protetivo em favor do empregado. Entretanto, é importante salientar que a existência de grupos de coordenação pressupõe, tal como prevê expressamente a própria CLT, controle, direção ou administração unificados, mesmo que não se projetem necessariamente sobre o poder diretivo.

De forma geral, tais critérios têm sido observados pelo Tribu-

40 Vale reproduzir a lição de Maria do Rosário Ramalho (Op. cit. p. 97): “Os grupos horizontais caracterizam-se pelo facto de as sociedades intervenientes estabelecerem relações igualitárias entre si, não obstante se sujeitarem a uma direcção económica comum, exercida por uma entidade coordenadora de todas as sociedades do grupo (por exemplo, uma sociedade holding).”.

41 Délio Maranhão (Op. cit. 1981. pp. 137-138) era claro nesse sentido: “Não há como esquecer, no entanto, que hoje a concentração capitalista tem um sentido preponderantemente financeiro. Ora, se esta existe e, em consequência, as sociedades agrupadas ficam sob direção e controle únicos, embora formalmente independentes, perdem, na realidade, essa independência. Portanto, se a perda da independência de sociedades formalmente independentes pode assumir as mais variadas formas, cabe ao Juiz, seja qual for essa forma, aplicar a norma expressa no §2º do art. 2º da CLT.”.

nal Superior do Trabalho que, atento à importância da direção unitária, tem afastado o grupo nas hipóteses de mera existência de sócios em comum ou laços de parentesco entre os administradores⁴², bem como de mera participação minoritária ou coligação⁴³.

Entretanto, a análise da jurisprudência nos demais graus de jurisdição demonstra um cenário preocupante não somente em relação aos critérios excessivamente elásticos de identificação dos grupos, como em relação às consequências igualmente excessivas da referida constatação.

Em face desse cenário, os capítulos seguintes tratarão de dois problemas que estão a merecer um maior cuidado por parte da jurisprudência trabalhista: (i) a impossibilidade de a mera participação societária ser considerada, por si só, elemento configurador de grupo, independentemente da direção unitária, e (ii) as consequências da existência do grupo, para efeitos do regime de responsabilização das sociedades participantes.

6. Impossibilidade de a mera participação societária minoritária caracterizar grupo: total subversão do investimento passivo e da alocação de riscos.

Para efeitos da compreensão dos grupos, é preciso entender que a participação minoritária está sujeita a diferentes graduações, com consequências totalmente distintas. Assim como é claro que o

42 TST, RR nº 131400-73.2005.5.15.0082, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 13/04/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/04/2011. TST, RR nº 4000-62.2007.5.02.0472, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 24/03/2010, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/04/2010.

43 TST, RR nº 84441-52.2008.5.03.0024, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, Data de Julgamento: 10/04/2013, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/04/2013. TST. E-ED-RR nº 214940-39.2006.5.02.0472, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 22/05/2014, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 15/08/2014.

controle é instrumento idôneo para a constituição dos grupos, mesmo que decorra de uma participação minoritária, a mera participação societária minoritária é manifestamente insuficiente para tal objetivo. Já a influência significativa, como visto, fica em uma situação intermediária, podendo ser considerada um indício de grupo, especialmente se se buscar uma compreensão mais ampla deste último⁴⁴.

A doutrina societária sempre fez essa adequada distinção, deixando claro que a mera relação de coligação societária não é idônea a criar nem o grupo de fato nem o de direito⁴⁵. Tal aspecto também não passou despercebido para a doutrina trabalhista clássica, como se verifica em Egon Gottschalk⁴⁶, ao asseverar que nem todas as formas de coligação, consórcio ou combinação de empresas econômicas constituem grupo, pois este dependeria do elemento hierárquico – subordinação – e da direção comum. No mesmo sentido, destaca-se a doutrina de Délio Maranhão, ao destacar a impossibilidade de se confundir coligação societária com grupo⁴⁷:

Uma observação deve ser feita: nem toda coligação há de ser considerada, necessariamente, um 'grupo' para os efeitos do direito do trabalho. Isto decorre da própria finalidade da norma. Não se incluem, assim, na hipótese prevista no §2º do art. 2º da Consolidação, as coligações que, não apenas do ponto de vista jurídico formal, mas efetivamente, conservam a cada um dos seus componentes igualdade de poder e independência jurídica, téc-

44 Viviane Prado (Op. cit. 2006. pp. 116-118) faz uma interessante retrospectiva sobre as diretivas e projetos de diretivas da União Europeia sobre grupos, mostrando que a regulamentação comunitária mais recente vem relativizando a noção de direção unitária para a configuração de grupos, prevendo casos de coligação entre as empresas e procurando fazer uma gradação entre as diversas intensidades de vínculos.

45 Ver: RAMALHO, Maria do Rosário. Op. cit. pp. 91-92); CASTELLÕES, Op. cit. p. 78; LOBO, Jorge. *Grupo de Sociedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 78.

46 GOTTSCHALK, Egon. O consórcio de empresas no direito brasileiro do trabalho. *Revista do Trabalho*, n. 4, abr., 1946.

47 MARANHÃO, Délio. Op. cit. 2003. p. 300.

nica e financeira, o que pode ocorrer – principalmente em relação aos ‘cartéis’.

Não é sem razão que o legislador português, mesmo tendo adotado uma ampla caracterização de grupo para efeitos trabalhistas, expressamente afastou tal possibilidade nas hipóteses de participação simples⁴⁸. Se a sociedade tem uma participação minoritária (de 10% a 50%) em outra, sem qualquer outra relação, não há que se cogitar de grupo, pois, como ensina Engrácia Antunes⁴⁹, o único objetivo que se pode extrair aprioristicamente desse tipo de relação societária é o puramente financeiro.

Ao atribuir a um mero investimento minoritário passivo a consequência da configuração de um grupo societário, há total distorção não apenas da ideia de investimento, como da própria alocação de risco que envolve a atividade empresarial.

Basta lembrar que a evolução do próprio Direito Comercial aconteceu no sentido de diferenciar o investimento passivo do investimento ativo, atribuindo ao primeiro uma proteção diferenciada diante dos credores sociais. Tanto é assim que a *commenda* começou a ser utilizada na Idade Média exatamente para possibilitar que os sócios meramente investidores fossem protegidos pela responsabilidade limitada enquanto que os demais continuavam sujeitos à responsabilidade ilimitada.

Daí a ideia da sociedade em comandita, em que igualmente há uma distinção entre os sócios “empresários” e os sócios “investidores”, de forma que os primeiros respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais, enquanto que os segundos respondem limitadamente. Igual raciocínio acontece em relação às sociedades anônimas e às sociedades limitadas, nas quais, embora os sócios/acionistas te-

48 Como explica Maria do Rosário Ramalho (Op. cit. p. 314), “o regime laboral de responsabilidade solidária em contexto de grupo só é afastado no caso das relações de participação simples (...)”.

49 ANTUNES, Engrácia. Op. cit. 2002. p. 328.

nham todos responsabilidade limitada, os gestores (controladores ou administradores) têm uma série de responsabilidades pessoais diferenciadas, que obviamente não se estendem aos meros investidores.

Ora, a noção de grupo não deixa de ser uma forma de romper com a alocação de riscos que decorre da adoção de um modelo societário personificado. Há razões jurídicas e econômicas para se fazer isso quando se comprova que existe uma dinâmica de poder real que transcende à própria pessoa jurídica, hipótese em que o direito deve privilegiar a realidade sobre a forma.

Entretanto, diante de uma mera participação minoritária, não há nenhuma dinâmica de poder que transcenda à personalidade jurídica, motivo pelo qual não se deveria cogitar de grupo. Caso contrário, as cortes trabalhistas tornarão inviável o mero investimento, já que dificilmente alguém irá investir em uma sociedade sabendo que corre o risco de estar vinculado a um grupo mesmo por uma participação minoritária e passiva, inclusive para efeitos da devida responsabilização solidária.

Por outro lado, o investimento passivo deixa de ser viável também para as sociedades, que preferirão não se valer dele para não correrem o risco de serem consideradas parte do grupo do investidor. Consequentemente, perde o investidor, que deixa de ter uma alternativa para utilizar sua poupança, e perdem as sociedades, que deixam de ter uma importante fonte de financiamento.

As consequências são também preocupantes do ponto de vista jurídico. Afinal, toda a regulação do poder empresarial busca equacionar a tensão entre poder e responsabilidade. Daí o objetivo nuclear de se imputar a quem exerce o poder empresarial as devidas responsabilidades. Consequentemente, se alguém exerce poder sobre outra sociedade, é razoável que tenha também as responsabilidades correspondentes.

Entretanto, o investidor passivo não exerce poder empresarial, assim como não se deixa influenciar pelo poder empresarial da

sociedade em que investe. Tanto é assim que, em sociedades de responsabilidade limitada, até incapazes podem ser sócios, desde que as participações societárias estejam devidamente integralizadas. Portanto, a configuração de grupo em situação de mero investimento implica, na verdade, a atribuição de responsabilidades para quem não exerce o poder empresarial nem está sujeito à direção unitária por parte de qualquer outro agente econômico, criando uma situação de difícil justificação.

Por mais que seja legítima a preocupação com o trabalhador, a tutela deste precisa ser feita de acordo com parâmetros adequados. Não faz sentido que tal objetivo seja alcançado a qualquer preço, inclusive mediante a desconsideração dos princípios mais comezinhos que devem reger a regulação da atividade empresarial em todos os seus desdobramentos, incluindo o trabalhista.

7. Racionalidade econômica e jurídica dos grupos e dificuldades de uma solidariedade ampla, recíproca e irrestrita entre as sociedades participantes.

Constatada a existência do grupo no Direito do Trabalho, ainda deve haver a reflexão sobre as consequências do fenômeno, já que a aplicação de uma solidariedade ampla, recíproca e irrestrita entre as sociedades participantes, de forma absoluta e apriorística, pode levar a resultados altamente preocupantes.

Em primeiro lugar, vale ressaltar que, quando se analisa a doutrina e a jurisprudência sobre grupos, tanto no Brasil como nos demais países, verifica-se que a preocupação fundamental é proteger os sócios e os credores sociais das sociedades-filhas, na medida em que o destino destas é decidido, de alguma forma, pela sociedade-mãe. Daí a necessidade de se atribuir à sociedade-mãe algum grau de responsabilidade pelos débitos das sociedades-filhas.

Por essa razão, a doutrina sobre grupos é vasta no sentido de que a preocupação principal da regulação jurídica dos grupos é a de

estabelecer um regime de responsabilidade da sociedade-mãe pela sociedade-filha⁵⁰. Como regra, os efeitos da direção unitária característica dos grupos têm projeções diretas exatamente sobre as sociedades-filhas, que perdem a sua autonomia diante do interesse maior do grupo. Tal circunstância obviamente modifica tanto a alocação de riscos assumida tanto pelos sócios como pelos credores sociais das sociedades-filhas, que podem ter seus recursos e seu patrimônio destinados a objetivos do grupo.

Daí por que a grande questão que surge dos grupos diz respeito essencialmente aos grupos de subordinação: como proteger as sociedades-filhas e, conseqüentemente, os seus sócios e credores sociais. Não é sem razão que o art. 501 do Código das Sociedades Comerciais português impõe, nos casos de grupos de direito, a responsabilidade pessoal e ilimitada da sociedade-mãe por todas as obrigações das sociedades-filhas antes e durante a vigência do contrato de subordinação⁵¹. No mesmo sentido, o Código português prevê que é direito da subordinada a compensação de suas perdas anuais por parte da sociedade-mãe. Apesar das controvérsias em torno da natureza de tal responsabilidade, Engrácia Antunes sustenta que se trata de responsabilidade solidária *sui generis*⁵².

Já no direito alemão, não se criou uma proteção direta para os credores das sociedades-filhas nem mesmo na hipótese de grupos de

50 Ver ANTUNES, Engrácia. Op. cit. 2002. pp. 285-286; LOBO, Jorge. Op. cit. 1978. pp. 35-37; SILVA, Clóvis do Couto. Grupos de Sociedades. *Revista dos Tribunais*, v. 78, n. 647, pp. 7-22, set., 1989. p. 11.

51 “Artigo 501.

(Responsabilidade para com os credores da sociedade subordinada)

1 – A sociedade directora é responsável pelas obrigações da sociedade subordinada, constituídas antes ou depois da celebração do contrato de subordinação, até ao termo deste.

2 – A responsabilidade da sociedade directora não pode ser exigida antes de decorridos 30 dias sobre a constituição em mora da sociedade subordinada.

3 – Não pode mover-se execução contra a sociedade directora com base em título exequível contra a sociedade subordinada.”.

52 ANTUNES, Engrácia. Op. cit. 2002. pp. 799-801.

direito, em que há total interferência na autonomia das sociedades dependentes. O que existe, como regra, é apenas uma proteção indireta, que impõe à sociedade-mãe o dever de cobertura das perdas sociais das sociedades-filhas e a prestação de caução a favor dos credores desta⁵³. No tocante aos grupos de fato, apenas respondem as sociedades-mães pelo exercício de influência prejudicial, que lhes seria vedada, embora possa haver grupos de fato qualificados, que apresentam tratamento semelhante ao dos grupos de direito⁵⁴.

Essas afirmações são ora trazidas para se verificar que o foco de preocupações relacionadas aos grupos refere-se precisamente à proteção das sociedades-filhas nos grupos de subordinação. Por mais que se possa pensar também na suposta proteção da sociedade-mãe, tal hipótese é mais restritiva e deveria estar sujeita a pressupostos mais rigorosos⁵⁵.

Ora, quando se fala na regulação jurídica do poder empresarial, existe todo o esforço para administrar a tensão entre poder e responsabilidade, partindo-se da premissa de que, quem exerce o primeiro deve suportar a segunda. Daí ser complicado invocar a existên-

53 É o que preveem os §§302 e 303 da *Aktiengesellschaftsgesetz* alemã. Destaca Engrácia Antunes (Op. cit. 2002. p. 45), entretanto, que em certos casos se admite uma responsabilidade ilimitada e solidária das sociedades-mães pelas dívidas das sociedades-filhas (AktG, §§302 e 322).

54 Segundo Engrácia Antunes (Op. cit. 2002. pp. 45-46), nos grupos de fato, adota-se “um regime de compensação pontual e casuístico, apenas constatável *ex post*, no caso das filiais dos grupos de facto (onde é suposto que as sociedades-filhas permanecem autônomas na condução dos seus negócios, pelo que a sociedade-mãe apenas poderá ser obrigada a compensar aqueles prejuízos patrimoniais que hajam concretamente resultado para as filiais em consequência do uso ilegítimo por aquela da sua influência dominante.”. Viviane Prado (Op. cit. 2006. p. 122) chama a atenção para a existência dos grupos de fato qualificados, nos quais há direção unitária, de forma que, mesmo não havendo contrato de domínio, lhes são aplicáveis as regras sobre os grupos de direito tanto no que se refere à proteção dos credores como à proteção dos minoritários.

55 Engrácia Antunes (Op. cit. pp. 151-152) cita um exemplo dessa hipótese, em que a exploração da atividade comum do grupo pela sociedade-mãe envolva riscos mais elevados, de forma que o próprio capital desta deixe de ser garantia para os credores.

cia de grupo a fim de justificar uma perigosa inversão: imputar responsabilidades àquela que, como sociedade-filha, jamais exerceu qualquer poder sobre as outras sociedades, tal como vêm sendo determinado por algumas recentes decisões trabalhistas.

É certo que, no caso brasileiro, a solução de grupo implementada pela CLT no §2º de seu art. 2º fala genericamente na responsabilidade solidária de todas as sociedades pertencentes ao mesmo grupo. Todavia, a referida previsão não trata propriamente de solidariedade, mas sim de subsidiariedade, como bem advertem Orlando Gomes e Antunes Varela⁵⁶:

Realmente, a *solidariedade* supõe pluralidade de devedores na *mesma relação jurídica obrigacional*, podendo o credor comum exigir o pagamento de dívida de qualquer dos devedores. Na *solidariedade trabalhista* não há “devedores” (stricto sensu) na mesma obrigação, mas sim sujeitos distintos responsáveis perante eventual credor de um deles. Nesta não há *debitum* senão apenas *obligatio* em relação às pretensões do credor na relação jurídica travada com um dos sujeitos de um grupo econômico.

Dessa diferença resulta que o credor, na *solidariedade trabalhista*, não tem a liberdade de escolher qualquer dos *responsáveis* para exigir dele o cumprimento de qualquer das obrigações da relação de emprego. Como se trata de uma *pluralidade de responsáveis* e não de uma *pluralidade de devedores*, só é dado ao credor (o empregado) dirigir-se a qualquer das outras empresas do grupo, mas somente aquela a cujo quadro pertence e que recebe a sua prestação de trabalho, admitindo-se, quando muito, a escolha, quando extinta a relação. O empregado de determinada empresa de um grupo comercial não pode exigir de outra empresa do grupo, por exemplo, a concessão de férias ou o pagamento de serviço extraordinário. Mesmo o pagamento de indenizações decorrentes da extinção do vínculo empregatício não deve ser inicialmente exigido senão da empresa em que se rompeu.

56 GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. Op. cit. pp. 233-234.

Duas notas características apresenta, em consequência, a denominada *solidariedade trabalhista*: a) só se apresenta em certas situações e momentos, pressupondo prestação de trabalho sucessiva do mesmo empregado a duas ou mais empresas do grupo

b) **as empresas que formam o grupo econômico não se unificam para se converterem num só e mesmo empregador, tendo as que não se acham nessa posição responsabilidade patrimonial coexistente, mas subsidiária.** (grifos nossos)

Daí por que os autores esclarecem que, no caso dos grupos, “a lei ignora a independência jurídica das empresas e para proteger o empregado o autoriza a exigir de qualquer das unidades do grupo o pagamento da dívida trabalhista, mas, evidentemente, em *caráter subsidiário*, pela existência prescrita na lei de uma espécie de *co-fiança*.”⁵⁷. Logo, assim concluem os autores⁵⁸:

O exame do preceito da CLT que esquematiza a espécie dando-lhe solução presidida manifestamente pelo cuidado de proteger os empregados conduz o intérprete, cioso da qualificação correta dos institutos, à conclusão de que verdadeiramente não há *solidariedade* inferida pelos autores dos seus termos.

Observa-se, no curso da investigação, que a responsabilidade imputada às sociedades constituintes do mesmo grupo industrial, comercial ou financeiro só se torna efetiva em determinadas situações e em relação a obrigações pecuniárias, e ainda, assim, subsidiariamente.

No mesmo sentido, Octavio Magano⁵⁹ cita vários juristas que, a exemplo de Orlando Gomes, sempre entenderam que a CLT não previu propriamente uma solidariedade típica, já que, além de restrita a determinadas situações, não tem por efeito unir as sociedades do

57 Ibid. pp. 237.

58 Ibid. pp. 240.

59 MAGANO, Octavio Buenos. Op. cit. p. 265.

grupo, convertendo-as em um só empregador. Dessa maneira, as sociedades do grupo que não ostentam a condição de empregador têm, na verdade, uma responsabilidade patrimonial subsidiária, que, por essas razões, deve estar sujeita a modulações, especialmente para o fim de evitar ou ao menos mitigar a responsabilização ampla de quem não exerce poder empresarial no grupo.

Mesmo se admitindo que se trata de solidariedade, é forçosa a conclusão de que se trata, no mínimo, de uma solidariedade atípica ou *sui generis*, o que exigiria que a regra do §2º do art. 2º da CLT fosse interpretada de forma consentânea com a sua própria finalidade, que é a de responsabilizar aquele que exerce o poder de comando ou pelo menos influência significativa sobre o empreendimento.

Dessa maneira, ainda que fosse possível que uma sociedade-filha respondesse pelos débitos da sociedade-mãe ou do controlador, tal situação precisaria ser justificada com maior critério do que a situação inversa, em que a responsabilidade solidária pode ser vista como uma contrapartida necessária do exercício do controle.

É por esse motivo que a solidariedade não apresenta tantos problemas nos chamados grupos de coordenação, já que todas as sociedades exercem o controle de forma compartilhada. Entretanto, nos grupos de subordinação, o problema é dramático, especialmente sob a ótica da responsabilidade das sociedades-filhas pelas dívidas da sociedade-mãe.

A primeira lei que tratou do assunto no Brasil, a Lei nº 435, de 1937, afirmava, em seu art. 1º, parágrafo único, que “essa solidariedade não se dará entre as empresas subordinadas, nem diretamente, nem por intermédio da empresa principal, a não ser para o fim único de se considerarem todas como um mesmo empregador”. Dessa maneira, a lei sabiamente afastava a solidariedade entre as subordinadas, já que a solução natural seria a de haver solidariedade somente entre a dominante e a dominada, por dívidas desta última.

Por mais que o §2º, art. 2º, da CLT não faça a mesma distinção, é necessário que seja interpretado de forma coerente, ainda mais con-

siderando que se trata de regra antiga, estabelecida quando a reflexão em torno dos grupos ainda era incipiente. Com efeito, a interpretação da lei, qualquer que seja, não pode levar a resultados absurdos ou injustificáveis, sendo a solução de se impor responsabilidade à sociedade-filha pelas dívidas da sociedade-mãe extremamente criticável como regra⁶⁰.

Raciocínio semelhante precisa ser utilizado em relação às sociedades titulares de influência significativa, na medida em que, por exercerem poder inferior ao controle, não é adequado que estejam sujeitas às mesmas responsabilidades, tanto do ponto de vista quantitativo como qualitativo, do controlador.

Todas essas considerações mostram que a chamada solidariedade a que se refere o §2º, do art. 2º, da CLT, precisa estar sujeita a uma série de calibrações, sem o que os juízes trabalhistas não conseguirão encontrar o necessário equilíbrio entre poder e responsabilidade, acabando por impor um regime de responsabilidade extremamente severo e amplo para agentes que ou não exerceram o poder empresarial – no caso da sociedade-filha pelos débitos trabalhistas da sociedade-mãe – ou o exerceram em menor proporção – no caso da sociedade que simplesmente titulariza a influência significativa diante da sociedade controladora. É o que se buscará aprofundar no próximo e último capítulo.

8. Necessárias calibrações da solidariedade *sui generis* a que se refere o §2º do artigo 2º da CLT.

Para se ter uma ideia da dimensão do problema da alocação da responsabilidade nos grupos, há grandes controvérsias até mesmo

⁶⁰ Apenas nos grupos de coordenação é que se poderia chegar à conclusão sobre o cabimento de uma ampla solidariedade, em que todas respondem pelas dívidas de todas. Mas nessa hipótese a solução faz todo o sentido, pois todas as sociedades participam, de alguma forma, da direção comum. Assim, se todas exercem diretamente o poder empresarial na implementação das políticas do grupo, é razoável que também respondam em conjunto e solidariamente.

em torno da imposição de uma regra geral e inflexível de responsabilidade da sociedade-mãe pelas dívidas da sociedade-filha. Afinal, diante da multiformidade dos grupos, soluções que apriorísticas e rígidas podem ser sempre muito complicadas.

Com efeito, o argumento contrário à solução que determina a responsabilidade da sociedade-mãe pelas dívidas da sociedade filha é o fato de que tal alternativa poderia levar a situações extremamente ineficientes do ponto de vista econômico, prejudicando excessivamente as sociedades-mães, especialmente nas hipóteses em que as sociedades-filhas gozem de considerável autonomia, e beneficiando excessivamente as sociedades-filhas, gerando benefícios indevidos para seus sócios e credores, especialmente em situações nas quais a insolvência destas não estiver relacionada ao exercício do controle por parte da sociedade-mãe⁶¹.

Tais observações são importantes porque, como já se viu, qualquer grupo societário se estrutura a partir da tensão entre autonomia e direção unitária, tensão que está sujeita a diversos arranjos e graus de equilíbrio. Daí por que qualquer solução jurídica deveria ser suficientemente plástica para se adaptar às características de cada um dos grupos. Na doutrina brasileira, Bulgarelli⁶² já advertia para esse problema em sua obra clássica de 1975, quando mostra que a responsabilidade incondicional do que chama de sociedade dirigente pelas obrigações da dirigida não seria a melhor solução para diversos casos.

Estabelecer aprioristicamente uma solução em favor da responsabilidade automática e irrestrita da sociedade-mãe por qualquer dívida das sociedades-filhas pode implicar o desconhecimento da autonomia destas. Por outro lado, prever a irresponsabilidade da sociedade-mãe equivaleria a negar a importância do controle ou da dire-

61 ANTUNES, Engrácia. Op. cit. 2002. p. 44.

62 BULGARELLI, Waldírio. *O Direito dos Grupos e a Concentração de empresas*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1975.

ção unitária. Tal rigidez, que já é criticável mesmo para assegurar a solidariedade da sociedade dominante, com maior razão está sujeita a críticas quando implica uma solidariedade irrestrita da sociedade “dominada”.

É pela dificuldade de administrar a referida tensão que Engrácia Antunes⁶³ critica a solução alemã, considerada por ele excessiva em relação aos grupos de direito e permissiva em relação aos grupos de fato. Pela mesma razão, propõe o autor que deveria haver uma solução intermediária entre o que existe nos Estados Unidos, onde a tendência é de ver o grupo societário a partir da perspectiva exclusiva da autonomia societária e da União Europeia, cuja tendência é de ver o grupo societário a partir da perspectiva exclusiva do controle⁶⁴.

Tais aspectos precisam ser lembrados ao se analisar o art. 2º, §2º, da CLT, mesmo quando se trata de questões relacionadas à responsabilidade da sociedade-mãe. Com maior razão, não podem ser desconsiderados quando se trata da responsabilidade de sociedade-filha. Por mais que a CLT determine a solidariedade entre as sociedades que compõem o grupo, esta – até por ser, na verdade, responsabilidade subsidiária ou, na melhor das hipóteses, solidariedade *sui generis* – precisa ser devidamente calibrada em situações nas quais existe relativa autonomia das sociedades e em que se trata de responsabilidade da sociedade-filha em relação à mãe ou em relação a outras controladas.

Todos esses motivos mostram que a responsabilização das participantes de um grupo, longe de ser fixada de forma apriorística e geral, deve ser atribuída de acordo com as peculiaridades da estrutura sob análise, com base no princípio de que somente quem exerceu o poder empresarial deve arcar com a responsabilidade e, preferencialmente, de forma proporcional ao grau com que exerceu o poder.

63 ANTUNES, Engrácia. Op. cit. 2002. pp. 46-47.

64 Ibid. p. 47.

Como se demonstrou, a solução em favor de uma solidariedade ampla pode ser considerada excessiva mesmo diante de grupos societários em relação aos quais não haja dúvida sobre a sua existência e mesmo diante da responsabilização da sociedade-mãe, especialmente quando as dívidas das sociedades-filhas nada tenham a ver com a direção unitária imposta pela sociedade-mãe.

Por essa razão, é imperioso que se interprete o §2º, do art. 2º, da CLT, de forma atenta às suas finalidades sociais e econômicas, que são certamente imputar as devidas responsabilidades trabalhistas àqueles que, por qualquer que seja a forma, exercem poder empresarial e não atribuir responsabilidades sem justificativa idônea.

Entretanto, caso prevaleça a interpretação contrária, no sentido da solidariedade ampla e irrestrita entre todas as sociedades do grupo, tal circunstância deve reforçar ainda mais a necessidade de que haja um cuidado extremo com os critérios de identificação dos grupos na seara trabalhista, já que as consequências daí resultantes serão extremamente gravosas e em muitos casos injustas.

De fato, se a ampla solidariedade entre sociedades pode ser uma solução excessiva mesmo quando é inequívoca a existência do grupo, torna-se draconiana quando aplicada a casos de simples participações societárias ou de sócios ou administradores comuns.

9. Conclusão.

A ideia de o grupo societário ser visto como a verdadeira empresa é consequência da constatação de que a alocação de riscos na atualidade independe do modelo societário personificado. Há, desse modo, razões jurídicas e econômicas para buscar uma realidade mais ampla do que a da personalidade jurídica sempre que se comprova a existência de uma dinâmica de poder real que transcende à própria pessoa jurídica, hipótese em que se deve privilegiar a realidade sobre a forma, responsabilizando todos aqueles que exercem efetivamente

o poder empresarial traduzido na direção unitária do empreendimento.

É essencial que o Direito do Trabalho se preocupe com as transformações na dinâmica operacional do poder empresarial para que suas normas sejam efetivas na missão de proteger o trabalhador, imputando ao responsável de fato os descumprimentos dos direitos trabalhistas. Porém, não se pode partir de soluções rígidas e apriorísticas para tratar de realidade multifacetada e complexa. O julgamento de questões relativas a grupos precisa ser feito com parcimônia e atenção às finalidades sociais e econômicas do regime legal de responsabilização, a fim de se evitar a indevida extensão da responsabilidade a casos injustificáveis, como o do mero investimento passivo.

Por mais que seja legítimo que os aplicadores das normas trabalhistas se preocupem com a situação dos trabalhadores, a tutela de tais direitos deve ser realizada a partir de parâmetros adequados de responsabilização, sob pena de atingir sujeitos alheios à condução da atividade empresarial, rompendo com o necessário equilíbrio entre poder e responsabilidade. Daí a importância do critério da direção unitária para efeitos da configuração dos grupos societários e da responsabilização daqueles que exercem o poder que possibilita a referida direção unitária, entendimento que está em total conformidade não apenas com a doutrina societária, como também com a disciplina específica da CLT.

Além da necessidade de utilização de parâmetros coerentes para a identificação dos grupos na seara trabalhista, é preciso igualmente se buscar uma interpretação coerente e finalística da CLT, a fim de delimitar corretamente a solidariedade *sui generis* nela prevista, estendendo as suas consequências somente às sociedades que efetivamente exercem poder empresarial no grupo e, preferencialmente, na exata medida com que o exercem.

**A INTERVENÇÃO JUDICIAL E SUAS
CONSEQUÊNCIAS NA ATIVIDADE ECONÔMICA
DAS OPERADORAS DE SAÚDE: UMA ANÁLISE A
PARTIR DAS DECISÕES DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ¹**

**THE JUDICIAL INTERVENTION AND THE CONSEQUENCES ON
ECONOMIC ACTIVITY OF HEALTHCARE PROVIDERS:
AN ANALYSIS BASED ON THE DECISIONS OF THE STATE
COURT OF CEARÁ**

*Uinie Caminha
Beatriz Randal Pompeu Mota*

Resumo: O presente estudo possui como objetivo examinar quais são as eventuais consequências que a intervenção judicial pode trazer ao mercado das operadoras de saúde. Para tanto, a pesquisa tem como principal ponto de abordagem teorias econômicas que podem auxiliar na compressão do problema. Inicialmente, faz-se a demonstração da estrutura do serviço de saúde no Brasil, a fim de explicar como a assistência médica funciona no país, bem como quais são os órgãos responsáveis por cada setor. Posteriormente, expõem-se os principais argumentos utilizados pelos magistrados nas demandas envolvendo saúde suplementar. O estudo examinou todos os processos relacionados à referida temática que foram julgados pelo

¹ Artigo recebido em 25.07.2016 e aceito em 05.12.2016.

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará em 2015. No último tópico, ilustra-se por meio de uma análise econômica quais são as consequências que a intervenção judicial pode causar no mercado da saúde suplementar. Por fim, no que se refere à metodologia, realizou-se pesquisa do tipo bibliográfica, uma vez que a investigação foi embasada em trabalhos publicados sob diversas formas, em especial, livros, dados oficiais e artigos científicos de periódicos nacionais e internacionais. Além disso, o trabalho também envolve pesquisa do tipo quantitativa em face do exame das decisões do Tribunal de Justiça do Ceará.

Palavras-chave: Judicialização; Saúde Suplementar; Análise Econômica; Poder Judiciário.

Abstract: This study aims to examine what are the possible consequences that judicial intervention can cause to the healthcare provider's market. In this sense, it relied on economic theories to help to understand the issues involved in this matter. First, the demonstration of the structure of Brazilian healthcare services is made, in order to explain how healthcare works in the country; the institutions responsible for each sector are also analyzed. Second, the main arguments used by judges in the demands involving private health are set out. The study examines all lawsuits related to this subject judged by the State Court of Ceará in 2015. The last topic brings an economic analysis of the possible consequences that the judicial intervention can cause on the private healthcare market. Lastly, concerning the methodology, this is a bibliographical study once the investigation was based on papers available in different forms, in particular, books, official data and scientific articles published in national and international journals. The research also involves quantitative investigation related to the exam of the State Court of Ceará case law.

Keywords: Judicialization; Supplementary Healthcare; Economic Analysis; Judiciary.

Sumário: Introdução. 1. Estrutura dos serviços de saúde público e privado no Brasil. 2. Fundamen-

tos utilizados pelos magistrados nos processos relativos à saúde suplementar. 3. Análise econômica da judicialização da saúde suplementar. Conclusão.

Introdução.

Diante do aumento das decisões judiciais envolvendo a matéria de saúde, tanto na esfera pública como na privada, o presente estudo tem como objetivo principal analisar as consequências que a intervenção judicial pode trazer no âmbito da atividade econômica da saúde suplementar no Brasil.

De acordo com levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça², no ano de 2011 havia cerca de 240 mil processos relacionados à questão de saúde tramitando, tendo a quantidade de demandas subido para 330 mil no ano de 2014, o que demonstra a relevância do problema a ser analisado.

A estruturação básica de um sistema de saúde pública, que busca efetivar ações curativas, somente pôde ser visualizada no Brasil a partir do ano de 1930. Dentre os marcos ocorridos na época, destaca-se a substituição do antigo Departamento Nacional de Saúde Pública pelo Ministério da Educação e Saúde Pública, bem como a criação dos chamados Institutos de Previdência – IAPs – responsáveis pelo fornecimento de serviços de saúde para determinadas categorias profissionais³.

Posteriormente, durante o regime militar, os IAPs foram unificados e passaram a ser chamados de Instituto Nacional de Previdên-

2 Referidos dados podem ser visualizados no sítio eletrônico do CNJ, disponível em: “<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude/quantidade-de-demandas-nos-tribunais>”. Acesso em: 16 jul.2016.

3 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberada: UNIUBE, v. 11, nº 15, p. 20-21, nov. 2008.

cia Social – INPS. Vinculados a este, existiam o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. Com essa nova estrutura, todos os trabalhadores urbanos, possuidores de carteira assinada, eram contribuintes e beneficiários da rede pública de saúde⁴.

Com a redemocratização, o direito à saúde passou a constar no texto constitucional. Inicialmente, constata-se que a Constituição Federal, no artigo 6º⁵, consagrou-o como um dos direitos sociais dos cidadãos. Posteriormente, a partir do artigo 196⁶, verifica-se a imposição do dever do Estado em garantir, por intermédio de políticas públicas, o acesso universal e igualitário dos indivíduos aos serviços de saúde. Sendo assim, a assistência médica, no Brasil, deixou de ser restrita aos trabalhadores formais, passando a ser garantia de todos os brasileiros.

Além de determinar a assistência pública de saúde, a Constituição Federal possibilita também, conforme previsão no *caput* do artigo 199, a prestação do serviço pela iniciativa privada. Ou seja, instituições particulares, com ou sem finalidade lucrativa, passam a poder integrar de forma complementar ou suplementar o serviço público de saúde. É nesse passo que se instituem as chamadas operadoras de saúde que oferecem assistência médica aos indivíduos a partir do pagamento de uma determinada quantia⁷.

Contudo, com a consagração do direito à saúde como uma

4 Ibidem. p. 35.

5 “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

6 “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

7 CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação Em Direito, XXIV, 2015, Belo Horizonte. DIAS, Eduardo Rocha; MOTA, Beatriz Randal Pompeu. *Juiz de restaurativa e saúde privada: uma alternativa à judicialização?*, p. 296.

garantia de todos os cidadãos, ocorreu um aumento do número de demandas judiciais envolvendo referida matéria. Não raro são os casos em que os magistrados determinam compulsoriamente que os gestores públicos forneçam medicamentos ou os tratamentos demandados pelos pacientes-requerentes. No Estado de São Paulo, por exemplo, cerca de 85% das ações judiciais ingressadas em face o sistema público de saúde obtém sucesso⁸. O mesmo pode ser dito quando se tratam de ações relacionadas com planos de saúde: de acordo com pesquisa realizada pela Unimed BH, o êxito do consumidor é de 86% das demandas⁹.

Nesse sentido, a atuação do judiciário passou a ser questionada, principalmente, no que se refere aos limites dessa intervenção. Argumentos como a “reserva do possível”, as restrições orçamentárias, a separação dos poderes e a competência do Executivo são constantemente utilizados com a finalidade de frear a judicialização. Ademais, percebe-se que os magistrados, muitas vezes, desconsideram as consequências financeiras da decisão judicial que obriga o fornecimento de um medicamento ou a realização de um tratamento específico.

O presente estudo inicia abordando a estrutura do serviço saúde no país, trazendo tanto a seara pública como a privada. Posteriormente, é analisada, a partir de casos concretos do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, a atuação do Poder Judiciário nas ações relacionadas à saúde suplementar. Por fim, tratar-se-ão das eventuais consequências, sob a ótica da análise econômica, que a judicialização é capaz de acarretar no mercado da saúde suplementar.

8 WANG, Daniel. A Escassez de Recursos como Limitação para Concretização de Direitos: comentários a acórdão do STJ. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 5, nº 20, p. 1.193, out./nov. 2007.

9 SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. Relatório da pesquisa coletiva de jurisprudência: Judicialização da Saúde Suplementar. In: SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. (Coord.). *Judicialização da Saúde Suplementar*. 1. ed. Belo Horizonte: Unimed-BH Cooperativa de Trabalho Médico, 2010, v. II, p. 50.

No que se refere à metodologia, o estudo envolveu pesquisa do tipo bibliográfico e documental, uma vez que a investigação fora realizada e embasada em trabalhos publicados sob diversas formas: livros, artigos científicos de periódicos nacionais e internacionais, legislação pátria, decisões judiciais e dados oficiais. Além disso, o trabalho também envolveu pesquisa do tipo quantitativa em face do exame das decisões do Tribunal de Justiça do Ceará. Diz-se, por fim, que o presente estudo apresenta cunho descritivo e exploratório, em razão de buscar expor, explicar e descrever sobre o serviço de saúde no Brasil e as eventuais consequências causada pela atuação do Poder Judiciário em demandas envolvendo saúde suplementar.

1. Estrutura dos serviços de saúde público e privado no Brasil.

O sistema de saúde no Brasil pode ser visualizado a partir de três subsetores, quais sejam, o subsetor público, o subsetor privado e o subsetor suplementar. O primeiro está relacionado com a assistência médica financiada e promovida pelo Estado seja a nível federal, estadual ou municipal. O segundo consiste na atuação de instituições privadas, com ou sem finalidade lucrativa, em conjunto com o Estado, ou seja, os recursos para financiar a prestação do serviço são tanto públicos como privados. Por fim, tem-se o subsetor de saúde suplementar o qual oferece à população a contratação de planos privados de saúde ou de apólices de seguro; nessas hipóteses, não há custeio da assistência pelo Estado¹⁰.

O atual subsetor da saúde pública possui como marco a 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, na qual se consolidou o entendimento de que a saúde é um direito de todos os cidadãos, cabendo ao Estado o seu patrocínio. Foi nesse período que se

10 PAIM, Jairnilson; TRAVASSOS, Cláudia; ALMEIDA, Célia; BAHIA, Lúgia; MACINKO, James. The Brazilian health System: history, advances and challenges. *The Lancet*, v. 377, p. 1785, mai. 2011.

idealizaram as bases do futuro Sistema Único de Saúde – SUS –, bem como se desenvolveram as estratégias de cooperação entre a União, os Estados e os Municípios¹¹. Posteriormente, tais pontos se materializaram na Constituição Federal de 1988. Contudo, a implantação do SUS, órgão vinculado ao Ministério da Saúde, deu-se no ano de 1990 com a publicação da Lei Orgânica da Saúde (Lei n.º 8.080/90).

Em decorrência da implementação do SUS, a descentralização do sistema de saúde acarretou em um novo acordo federativo, alargando a autonomia dos municípios e, por conseguinte, expandindo os recursos e o controle a nível federal. Nessa senda, normas elaboradas pelo Ministério da Saúde objetivaram estabelecer mecanismos de repasse financeiro para custeio dos serviços, bem como visaram a criação de novos conselhos representativos e comitês de gestão em todos os entes federados¹².

Além do subsetor da saúde pública, tem-se, também, no Brasil, os subsetores da saúde privada e o da saúde suplementar. Conforme observado no artigo 199 da Constituição Federal, o serviço de saúde pode ser prestado por particulares, ou seja, a iniciativa privada, que juntamente com o poder público fornece assistência médica para população. A prestação do serviço por instituições privadas, com ou sem finalidade lucrativa, quando ocorre subsidiando a rede pública em hipóteses de insuficiência das atividades, corresponde ao subsetor da saúde privada. Em contrapartida, nas hipóteses de exploração da atividade sucede em consonância com as normas do direito privado, por meio do fornecimento da assistência médica em troca de pagamento efetuado pelos usuários, trata-se do subsetor da saúde suplementar.

11 CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, XXIV, 2015, Minas Gerais. DIAS, Eduardo Rocha; MOTA, Beatriz Randal Pompeu. Op. cit. p. 298.

12 PAIM, Jairnilson; TRAVASSOS, Cláudia; ALMEIDA, Célia; BAHIA, Lígia; MACINKO, James. Op. cit. p. 1786.

No que se refere especificamente ao subsetor da saúde privada, observa-se que tanto o parágrafo 1º do artigo 196 da Constituição Federal quanto o parágrafo 2º do artigo 4º da Lei nº 8.080/90¹³ preveem a possibilidade de a iniciativa privada participar, em caráter complementar, do Sistema Único de Saúde. Importante frisar que a participação de instituições privadas no âmbito do SUS pressupõe a insuficiência na prestação do serviço pela rede pública. Tal requisito pode ser observado no teor do artigo 24 da Lei nº 8.080/90: “quando as suas disponibilidades foram insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada”.

No subsetor suplementar, por sua vez, a prestação da atividade é realizada por particulares e está fora do âmbito de atuação do Estado. Instituições privadas utilizam-se de uma rede própria, disponibilizando os serviços para população que, em contrapartida, remunera os prestadores. Frisa-se que saúde complementar e suplementar não se confundem, uma vez que aquela age subsidiando a rede pública, enquanto que esta presta os serviços diretamente aos usuários sem que haja envolvimento com SUS. Destaca-se, contudo, que cabe ao Estado o controle e a fiscalização, por intermédio de legislação específica e das agências reguladoras – ANS –, das atividades prestadas no âmbito da saúde suplementar.

No âmbito do subsetor suplementar, a atuação das instituições privadas pode ocorrer a partir de quatro principais modalidades: medicina de grupo, seguro saúde, cooperativa médica e autogestão. A primeira caracteriza-se pela prestação do serviço por intermédio de

13 “Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS) (...) §2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.”

uma empresa privada com unidades próprias, nas quais os médicos são empregados da instituição, ou por meio de unidades credenciadas pela empresa. Os clientes das operadoras de medicina de grupo são tanto indivíduos quanto empresas. Já o seguro saúde consiste em um contrato de seguro cuja apólice é a assistência médica, não podendo mais ser, por força de lei, o pagamento de indenizações. Importante ressaltar que, nesta modalidade, não há prestação direta do serviço aos seus segurados¹⁴.

A cooperativa médica muito se assemelha com as operadoras de medicina de grupo. Contudo, enquanto estas se organizam como sociedades empresárias, aquelas se estruturam como sociedades cooperativas, às quais os profissionais de saúde (cooperados) são associados. Os serviços das cooperativas médicas podem ser prestados tanto para indivíduos quanto para empresas. Atualmente, a principal organização representativa desta categoria é a Unimed Brasil.

Por fim, no que se refere à autogestão, a assistência médica é organizada por empregados de uma determinada empresa, podendo ter ou não patrocínio dos empregadores. O serviço é prestado aos funcionários, estendendo-se, muitas vezes, aos seus familiares. Não há, contudo, a comercialização dos planos, vez que estas organizações não atuam para o mercado¹⁵.

Atualmente, de acordo com dados fornecidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, atuam no Brasil cerca de 840 operadoras de saúde, as quais prestam assistência médica para aproximadamente 50 milhões de brasileiros. No que se refere ao modelo de

14 BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Saúde Suplementar*. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2007. v. 11, p. 23. Disponível em: "http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/colec_progestores_livro11.pdf". Acesso em: 11 mai. 2016.

15 Ibidem. p. 24-26.

contratação do serviço, este, conforme legislação vigente (Resolução Normativa nº 195/2009 da ANS), classifica-se em: individual ou familiar; coletivo ou empresarial; e coletivo por adesão. A definição de cada modalidade pode ser visualizada na própria Resolução.

Por plano privado individual ou familiar, compreende-se aquele em que os serviços são prestados e oferecidos para livre adesão de pessoas físicas, seja com ou sem grupo familiar. Já o plano coletivo ou empresarial consiste naquele em que se oferece cobertura médica a uma população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por força de relação empregatícia ou estatutária. A assistência pode ser estendida, conforme previsão legal, até familiares de terceiro grau por parentesco consanguíneo e de segundo grau por parentesco por afinidade com aqueles vinculados ao plano. Ademais, sabe-se que, havendo previsão contratual, a prestação do serviço de saúde poderá ser assegurada aos sócios da pessoa jurídica, bem como aos seus administradores¹⁶.

Por último, tem-se o plano coletivo de adesão, previsto no artigo 9º da Resolução nº 195/2009 da ANS. Esta modalidade de contrato é voltada para aqueles que possuem vínculo com conselhos profissionais e entidades de classe (sindicatos e centrais sindicais), associações profissionais, caixas de assistência e fundações de direito privado, entre outras entidades. Segundo Aurisvaldo Sampaio, dentre as características presentes tanto no contrato coletivo por adesão quanto no contrato coletivo empresarial, destacam-se:

Uma característica é comum a ambas as modalidades de planos de assistência à saúde coletivos: podem ser contratados com ou sem patrocinador. O

16 REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. *Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro*: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2011. p. 76.

plano coletivo sem patrocinador é aquele em que os beneficiários arcam com a integralidade de seu custeio. No plano coletivo com patrocinador, por sua vez, as contraprestações pecuniárias são suportadas, total ou parcialmente, pela pessoa jurídica contratante.

Nas duas modalidades de planos coletivos a responsabilidade pelo pagamento dos serviços prestados pela operadora – assim entendido o ato material de solver a obrigação pecuniária – será da pessoa jurídica contratante.¹⁷

Note-se que não é razoável dar-se ao particular, que, a partir de previsão constitucional, atua prestando o serviço de saúde de forma suplementar, as mesmas características da assistência realizada pelo ente público. Isso porque os particulares que trabalham nesse mercado buscam o lucro, como qualquer outra atividade empresarial. Conforme se observa no Projeto do Novo Código Comercial que ora tramita na Câmara dos Deputados¹⁸, a motivação principal para exploração da atividade econômica é a obtenção de lucro. Nesse sentido, não se pode exigir prestação de serviço nas mesmas proporções quando um dos envolvidos, no caso o poder público, não possui a motivação de lucrar com a atividade.

Uma vez abordada a estrutura do sistema de saúde no Brasil, busca-se, no próximo tópico, examinar como os magistrados costumam decidir as questões envolvendo esta temática. Muito se discute sobre a legitimidade dessa intervenção judicial, principalmente, quando se está diante de matéria relacionada ao âmbito público. Contudo, o presente estudo tem como foco os processos referentes à atividade econômica das operadoras de saúde suplementar.

17 SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 204.

18 PL 1572/2011, “Art. 4º. São princípios do direito comercial comuns a todas as suas divisões: (...) § 1º. Decorre dos princípios da liberdade de iniciativa empresarial e da liberdade de concorrência o reconhecimento: [...] II – do lucro obtido com a exploração regular de empresa como o principal fator de motivação da iniciativa privada.”

2. Fundamentos utilizados pelos magistrados nas decisões relativas à saúde suplementar.

Inicialmente, o estudo coletou todas as demandas envolvendo saúde suplementar analisadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará em 2015. Os processos puderam ser visualizados por meio do sítio eletrônico “<http://esaj.tjce.jus.br>”. Para restringir a pesquisa, utilizou-se as ferramentas de filtros, em que se elegeram as opções quanto à classe “apelação” e “apelação/reexame necessário” e quanto ao assunto “plano de saúde”. Feito este procedimento, constatou-se que no referido período foram proferidos 23 acórdãos.

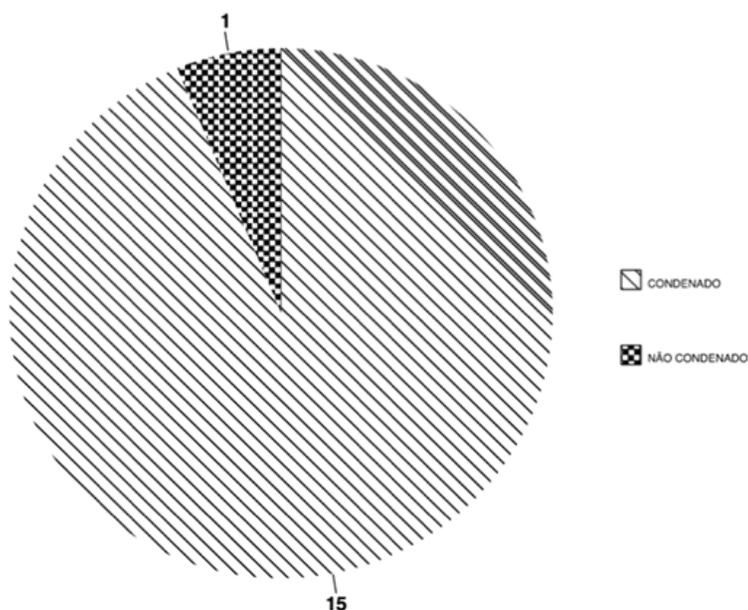
Salienta-se que nem todas as 23 demandas analisadas pleiteavam exclusivamente a realização serviço de assistência médica. Em algumas delasse requeria apenas a condenação em danos morais e danos materiais, havendo um caso específico no qual o plano de saúde buscou a declaração de nulidade de uma multa fixada pelo Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – DECON. Contudo, na maior parcela dos processos examinados, o usuário da operadora de saúde buscou a condenação da empresa para a realização de tratamentos clínicos e/ou fornecimento de materiais.

Diante do exposto, o primeiro ponto a ser analisado consiste no número de processos em que a operadora de saúde foi vencida e obrigada a fornecer algum tipo de tratamento e/ou material. De todas as demandas examinadas, em apenas uma situação a empresa não foi condenada a prestar o serviço. Trata-se do processo nº 0028926-05.8.06.0001, no qual o usuário requereu a internação para a realização de cirurgia de varizes em dois membros. O pedido foi negado, em função de o autor não ter respeitado a cláusula contratual que estabelecia o período de carência para doenças preexistentes.

Nas demais demandas, as operadoras de saúde foram vencidas e, conseqüentemente, obrigadas a realizar tratamentos médicos ou aprovar o material requerido. O gráfico abaixo demonstra o número de litígios em que a empresa foi condenada pelos magistrados,

levando-se em consideração, apenas, os processos em que se pleiteava algum tipo de procedimento médico e/ou fornecimento de material clínico. Não constando, portanto, os processos em que se requeria exclusivamente a condenação ao pagamento de dano moral e/ou material ou outro tipo de pedido.

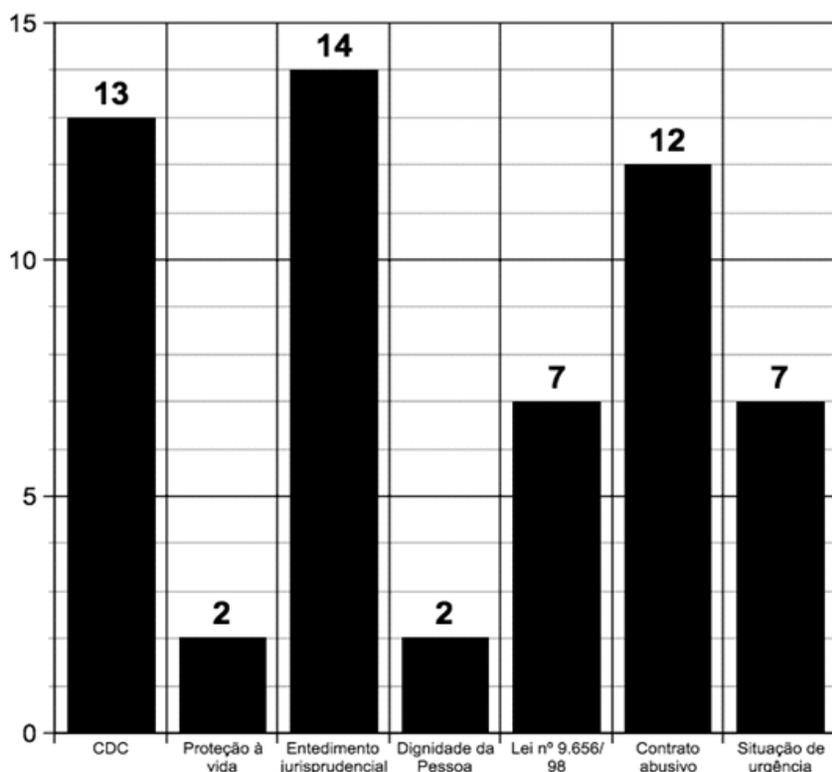
Gráfico 1 – Condenação das Operadoras de Saúde



Fonte: Elaboração própria com base em pesquisa no site do Tribunal de Justiça do Ceará.

Percebe-se que a tendência dos magistrados é de condenar as operadoras de saúde à prestação dos serviços requeridos pelos usuários. Nesse sentido, deve-se analisar quais são os argumentos mais utilizados pelos julgadores a fim de entender a causa desse elevado número de condenações. O exame dos fundamentos usados se faz necessário, pois permitirá a melhor compreensão desse fenômeno e, por conseguinte, será capaz de demonstrar se a intervenção do judiciário nas demandas envolvendo saúde suplementar é ou não adequada. O gráfico a seguir apresenta os principais fundamentos utilizados nas decisões. Ressalta-se que, em cada acórdão, podem estar presentes mais de um dos argumentos expostos.

Gráfico 2 – Fundamentos utilizados nas decisões judiciais.



Fonte: Elaboração própria com base em pesquisa no site do Tribunal de Justiça do Ceará.

O uso do Código de Defesa do Consumidor nas decisões judiciais ocorre em face de se considerar de consumo a relação existente entre as operadoras de saúde e seus usuários. Estando, portanto, estes em situação de hipossuficiência quando comparados com aqueles. Outro argumento bastante utilizado é de que a decisão proferida está de acordo com o entendimento jurisprudencial pátrio. Como exemplo, cita-se o processo nº 0168338-38.2013.8.06.0001, em que se pleiteia o serviço de “home care”. O magistrado, quando da sentença, expôs que a obrigação deve ser cumprida, mesmo que não haja cláusula contratual nesse sentido, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar situação semelhante, afirmou ser atribuição do plano de saúde garantir referido serviço para seus usuários.

Apesar de se utilizarem argumentações diferentes, percebe-se que a atuação dos magistrados, na maioria dos casos analisados, é no sentido de afastar a incidência do contrato firmado entre o plano de saúde e o usuário. Cita-se, como exemplo, o caso do Processo nº 0483263-68.2010.8.06.0001: segundo o plano de saúde, o usuário não se enquadrava no perfil estipulado no contrato para a submissão ao procedimento cirúrgico, razão pela qual a realização da cirurgia foi indeferida. Contudo, o Tribunal de Justiça, afastando o exposto no contrato, considerou abusiva a negativa da operadora, com base no art. 14 do CDC¹⁹, determinando, por conseguinte, o pagamento de indenização por danos materiais para cobrir os gastos que o usuário teve com a cirurgia.

Merece também destaque a decisão proferida nos autos do Processo nº 0517226-33.2011.8.06.0001. No caso, o usuário pleiteava que o plano de saúde fornecesse determinado material para a realização de uma cirurgia. Contudo, o pedido foi negado, em sede administrativa, vez que se tratava de material importado e havia previsão no contrato de que o plano de saúde não o cobria. Apesar da existência de cláusula contratual, mais uma vez, o Tribunal de Justiça entendeu por bem afastá-la utilizando-se do seguinte argumento: “embora haja previsão específica de exclusão de material importado, imperioso reconhecer que o material solicitado é indispensável ao autor, conforme informado pelo médico”. Em parágrafo seguinte, continua: “no que tange ao fato de a sonda solicitada constituir material importado, frise-se que é pacífico no meio científico que o dispositivo nacional não tem a mesma eficácia que o importado”.

Neste referido caso, hão de ser analisados dois principais pontos da decisão. O primeiro diz respeito ao fato de o magistrado saber

19 “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

da previsão contratual, que não permitia o uso de material importado, mas, mesmo assim, preferir afastar o contrato haja vista se tratar de questão de urgência. Por outro lado, tem-se, também, o argumento de que o material importado é mais eficaz que o nacional. Este fundamento, por si só, não se mostra adequado, uma vez que foi previamente estabelecido pelas partes a prestação de certo material e não, necessariamente, o mais eficiente. Considera-se, portanto, que o magistrado, ao afastar o disposto no contrato, bem como extrapolar a prestação do serviço para uma só das partes, atua de modo a desequilibrar a relação contratual.

Salienta-se, ainda, que em nenhuma das situações analisadas o usuário argumentou o descumprimento de cláusula contratual. Pelo contrário, afirmava-se que o contrato estava sendo cumprindo, porém, as disposições ali previstas seriam abusivas. Atrelado a isso, dos 16 processos em que se requer a prestação de determinada assistência médica, em 13, a empresa sustenta que o que está sendo pedido não possui respaldo contratual. Nesse sentido, tem-se o exemplo do processo nº 0010546-75.2014.0101, no qual o plano de saúde, em sede de contestação (p. 46), expõe que:

A cobertura do referido procedimento não consta no Rol de Procedimentos da ANS como cobertura obrigatória, não tem cobertura prevista pela Lei nº 9.656/98, não possui cobertura contratual e foi, inclusive, expressa e especificamente excepcionada em recente parecer publicado pela ANS. Por conseguinte, não restam dúvidas de que a negativa proferida pela Unimed do Ceará é absolutamente legítima e regular.

Importante salientar que os contratos dos planos de saúde, antes de serem ofertados ao público, passam por fiscalização na ANS, conforme competência prevista na Lei nº 9.961/2000. Sendo assim, caso haja disposições contrárias à lei ou consideradas abusivas, essa agência haveria de apontá-las. Com efeito, sendo o contrato de prestação de serviços de saúde suplementar um contrato regulado, uma

vez que ele seja considerado adequado pelo agente regulador, cria-se a presunção de que suas cláusulas são compatíveis com o ordenamento jurídico e, como tal, devem ser observadas pelas partes.

A partir das decisões analisadas, uma das conclusões a que se pode chegar é de que a fiscalização da ANS não é eficaz, já que os contratos continuam sendo considerados abusivos pelo Poder Judiciário. Ou, ainda, que o Judiciário está se sobrepondo à competência de uma agência supostamente técnica.

Diante desse cenário, há de se verificar se a atuação dos magistrados quando afastam o contrato firmado pelas partes, considerando abusivas cláusulas ali presentes, pode afetar ou não a atividade econômica dos planos e das seguradoras de saúde. Faz-se, portanto, no próximo tópico, o exame das eventuais consequências que tal intervenção judicial é capaz de causar. Para tanto, o estudo será feito a partir de uma análise econômica, abordando teorias que podem ser aplicadas ao caso retratado.

3. Análise econômica da judicialização da saúde suplementar.

A teoria da barganha desenvolvida no final do século XIX e início do século XX sustenta que o objetivo das normas jurídicas deve ser garantir o cumprimento das promessas firmadas pelos indivíduos. Barganhar significa dialogar sobre o valor a ser adimplido para que haja realização de um acordo. Há, portanto, três elementos principais a serem levados em consideração, quais sejam, proposta ou oferta, aceitação e contraprestação contratual. Nesse sentido, tem-se que cada barganha consiste em uma indução recíproca, na qual se dá algo capaz de incentivar o implemento da promessa. Nas palavras de Robert Cooter e Thomas Ulen:

De acordo com a teoria da barganha, o contrato fica incompleto até que o promissário dê algo ao promitente para induzir a promessa. Quando estiver completo, o contrato se torna “executável”. Em

outras palavras, a contraprestação contratual torna executável a promessa. A teoria da barganha sustenta que as promessas garantidas pela contraprestação são executáveis e que as promessas sem contraprestação são inexecutáveis.²⁰

Aplicando a teoria da barganha à situação dos contratos de saúde suplementar, percebe-se que o valor da mensalidade paga pelos usuários é o incentivo necessário para que as operadoras de saúde cumpram com os serviços previstos no acordo firmado. A partir do momento em que se exige o cumprimento de obrigações não contratadas previamente na relação, sem haver qualquer alteração na contraprestação dos usuários, as operadoras de saúde não se sentirão mais propensas a prestar a assistência requerida.

A presença da barganha nos contratos é, portanto, o elemento capaz de induzir o cumprimento das promessas ali firmadas. Por sua vez, a importância do contrato e o respeito de suas cláusulas são vistos, na economia moderna, como formas de incentivar a atuação de maneira positiva dos agentes, a fim de se obter maior eficiência alocativa dos recursos escassos.

Desse modo, são os contratos instrumentos garantidores de direitos, capazes de dar segurança e previsibilidade às operações econômicas. Tem-se essa conclusão, pois os contratos podem oferecer ao mercado marco regulatório para a atuação judicial, diminuição de obstáculos de comunicação entre os envolvidos, proteção dos ativos de cada agente e elaboração de ferramentas para combater oportunismos²¹.

Precursor da teoria dos incentivos, Ronald Coase²² afirma que

20 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5ª. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 203.

21 TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito, *Revista do Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 9, nº 33, p. 27-28, jul./set. 2006.

22 COASE, Ronald H. The nature of the firm, *Economica*, v.4, nº 16, p. 3, nov. 1937.

as transações não eram reguladas, exclusivamente, pelos sistemas de preços, mas também pela influência dos mecanismos lastreados nos contratos. Além disso, esses instrumentos devem ser utilizados, também, para incentivar que os agentes da relação atuem de maneira coordenada visando seus objetivos²³. Nesse sentido, o contrato possui três principais razões para existir: auxilia na alocação eficiente dos riscos, provê incentivos e economiza nos custos de transação²⁴. Sendo assim, conforme expõe Frank Stephen:

As transações serão facilitadas onde existir uma série de tradições, convenções ou leis, conhecidas pelas partes relevantes, para serem aplicadas a tais transações. As partes não necessitam gastar tempo e recursos para decidir como lidar com as contingências se já existir uma série de regras adequadas. Assim, as transações são facilitadas pela existência do direito contratual. Da mesma forma, se ocorrerem contingências não antecipada pelas partes, isto não onerará a transação, porque o direito contratual providenciará as cláusulas omitidas no contrato, reduzindo novamente os custos de transação. O direito contratual fornece muitos “termos implícitos” dos contratos.²⁵

Define-se, portanto, contrato como o acordo firmado, entre duas ou mais partes, visando transmitir direitos e deveres entre elas²⁶.

23 ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN Rachel. *Economia dos contratos: a natureza contratual das firmas*. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN Rachel (Org.). *Direito & Economia: análise econômica do Direito e das Obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 104-105.

24 Custo de transação é entendido como o gasto envolvido em uma barganha. Para haver a formalização de negócios, é necessário que as partes tenham que desembolsar valores para arcar com o cumprimento das promessas. Como exemplo de custos de transação, tem-se a importância despendida para monitorar o desempenho do acordo e punir uma das partes por eventual descumprimento contratual. Portanto, nas palavras de Robert Cooter e Thomas Ulen (2010, p. 105) “custos de transação são os custos das trocas ou comércio”.

25 STEPHEN, Frank H. *Teoria econômica do Direito*. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 143.

26 AZEVEDO, Paulo Furquim. *Contratos: uma perspectiva econômica*. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN Rachel (Org.). *Direito & Economia: análise econômica do Direito e das Obrigações*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 113.

No âmbito dos contratos de saúde suplementar, a relação que se estabelece tem por finalidade a prestação de serviços de assistência médica por um agente, enquanto que o outro fica responsável pelo pagamento de valor pré-fixado. Ocorre que, conforme já analisado nos tópicos antecedentes, essas cláusulas firmadas entre as partes não estão sendo observadas quando da atuação do judiciário. De acordo com as decisões examinadas, em 75%²⁷ dos casos, o contrato é tido como abusivo e, por conseguinte, afastado pelos magistrados.

Esse número elevado de decisões afastando o contrato está diretamente relacionado com o fato de os acordos firmados entre os usuários e as operadoras de saúde consistirem em contratos de adesão. Nessas situações, uma das partes redige as cláusulas de forma unilateral, havendo uma imposição dos termos da barganha por um agente em função do outro. O fundamento dos magistrados de afastar o contrato por ele ter sido elaborado de forma unilateral, além de ser um argumento precipitado, vai de encontro à atuação das agências reguladoras, uma vez que estas têm como finalidade justamente evitar esse tipo de situação²⁸.

De qualquer forma, a intervenção do judiciário para supostamente atingir um equilíbrio na relação contratual deve ser considerada como uma externalidade. Estas, por sua vez, consistem nos efeitos causados por medidas de terceiros não participantes do negócio firmado, mas que o impacta diretamente²⁹. As externalidades podem ser tanto positivas, quando a atuação do terceiro acarreta em benefício para o negócio, quanto negativa, na situação em que as ações

27 Levou-se em consideração apenas as demandas em que se pleiteava serviços de assistência médica e/ou fornecimento de medicamentos. No total, são 16 processos, dos quais, em 12, houve o afastamento do contrato firmado entre o usuário e a operadora de saúde por consideração de abusividade contratual.

28 STEPHEN, Frank H. Op. cit. p. 159-160.

29 DIAS, Eduardo Rocha; CAMINHA, Uinie. Saúde privada e a Medicina baseada em evidências como fonte de critérios orientadores da intervenção judicial. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre: HS Editora, v. 31, nº 9, p. 97, abr. 2015.

causam prejuízos aos envolvidos³⁰. A depender do momento em que a ação do terceiro ocorrer, a externalidade poderá ser internalizada, ou seja, o agente que eventualmente sairia prejudicado ainda é capaz de transferir o acréscimo do custo para a outra parte.

Contudo, em hipóteses como a intervenção judicial no âmbito da saúde suplementar, as externalidades já não podem mais ser internalizadas para determinada relação, uma vez que a relação entre usuários e operadores de saúde já está consolidada. Todavia, a recorrência da externalidade faz com que se internalize uma provável externalidade de todas as relações futuras, gerando-se um círculo vicioso.

Diante dessas circunstâncias, costuma-se falar do risco moral que a ausência de internalização pode acarretar. Esse risco pode ser entendido como a tendência das partes de apresentar comportamento desonesto ou indesejável³¹. O risco moral estará configurado quando, por exemplo, o usuário, observando a tendência dos julgamentos, passa a contratar um plano de menor cobertura, já prevendo que, quando for necessário determinado serviço não abrangido pela assistência, ingressará com demanda judicial e obterá sucesso.

Esse comportamento acarreta em diminuição da arrecadação das operadoras de saúde, sem que haja qualquer alteração no custo da assistência, já que a demanda continuará a mesma. Teoricamente, esse custo excedente seria repartido para os demais usuários por meio do aumento de todas as mensalidades, independente do plano contratado, a fim de evitar o fechamento da empresa. Contudo, quando se fala em alteração do valor da contraprestação, é necessário que haja autorização da ANS conforme previsão no artigo 4º, inciso XVII, da Lei nº 9.961/2000³². (...)

30 MANKIWI, N.Gregory. *Introdução à economia*. 5. ed. São Paulo: Editora Cengage Learning, 2009. p. 195-196.

31 *Ibidem*. p. 468.

32 “Art. 4º Compete à ANS: (...) XVII – autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda;” (...)

Outra consequência desses comportamentos oportunistas é a seleção adversa, também conhecida como Teoria do Abacaxi³³. Explica Mankin³⁴ que esse fenômeno ocorre em razão da internalização dos custos indefinidos por conta da insegurança jurídica. Ao cobrar preço alto pelo serviço, aquele “bom” usuário que respeitava as cláusulas contratuais e cumpria com suas obrigações deixa o mercado, por não ter incentivos a aceitar uma nova oferta oferecida. Em contrapartida, os “maus” usuários, aqueles que não se importam com os termos firmados, continuarão contratando serviços com menor cobertura, entretanto, quando necessitarem de assistência além da pactuada, buscarão o Judiciário³⁵. Também, nesse sentido, expõem Luciano Timm e Francisco Alves:

Quando a seguradora é condenada a pagar indenização não prevista deve ela despende quantia não provisionada. Cria-se um desequilíbrio na malha de contratos, pois o padrão é quebrado. Assim acaba a seguradora obrigada a aumentar o preço dos serviços por ela prestados e o valor dos prêmios pagos, também procedendo com a realocação de seus recursos no plano interno da firma. O impacto imediato é verificado, portanto, no sistema de preços. A seguradora não arcará com os prejuízos oriundos das decisões judiciais, mas passará estes custos “extras” a seus clientes, ou seja, aos outros segurados. “As indenizações impostas judicialmente, quando possível, passam a integrar o processo produtivo e são transferidas para a sociedade o que é uma externalidade resultante de decisão judicial”.³⁶

33 Utilizou-se a expressão “Teoria do Abacaxi” quando da tradução para o português do artigo “The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism” publicado no Quarterly Journal of Economics pelo economista George Akerlof (vencedor do Prêmio Nobel em Economia em 2001), pois, no linguajar popular, o brasileiro refere-se a problemas complexos como “abacaxis”.

34 MANKIWI, N. Gregory. Op. cit. p. 469.

35 DIAS, Eduardo Rocha; CAMINHA, Uinie. Op. cit. p. 98.

36 CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, XVI, 2007, Belo Horizonte. TIMM, Luciano Benetti; ALVES, Francisco Kümmel. *Custos de transação no contrato de seguro: Proteger o segurado é socialmente desejável*. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 2723.

O Poder Judiciário exerce influência direta na economia e no crescimento de mercados. Essa influência pode ser incentivo positivo ou negativo a condutas oportunistas. Percebe-se que a atuação deste Poder não vem contribuindo de forma positiva. No Brasil, costumam-se apontar dois fenômenos que são consequências principais da falta de previsibilidade das decisões: a judicialização e a politização. Pelo primeiro, entende-se como a tendência dos demais poderes de transferir para o Judiciário questões eminentemente políticas. Já o segundo, compreende-se como a atuação dos magistrados em favorecer determinada classe social ou segmento ou grupos específicos³⁷.

Douglass North³⁸ afirma que a dificuldade em se estabelecer um sistema judiciário imparcial, que vise garantir o cumprimento das obrigações firmadas pelos particulares, configura-se como um dos principais obstáculos para o desenvolvimento econômico. Nesse sentido, a atuação do judiciário em invalidar as cláusulas contratuais no âmbito da saúde suplementar é imprevisível, acarreta insegurança para este mercado e, por conseguinte, torna-o ineficiente.

Conclusão.

Por meio da pesquisa, observou-se a tendência dos juízes em julgar as ações procedentes, impelindo, portanto, as operadoras de saúde à prestação de tratamento e/ou fornecimento de medicamentos. Dentre os principais argumentos usados pelos magistrados, destacou-se a declaração de abusividade das cláusulas contratuais e, por conseguinte, o afastamento dos termos firmados entre os usuários e as operadoras de saúde. Ressalta-se este fundamento, pois se sabe que os contratos dos planos de saúde antes de serem disponibiliza-

37 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2006, p. 262-264.

38 NORTH, Douglas. Transaction Costs, Institutions and Economic Performance. *International Center for Economic Growth. Occasional Paper n° 30*. San Francisco: ICS Press, 1992, p. 8.

dos para o público, passam por aprovação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, agência responsável por regular este mercado.

A desconsideração do contrato, instrumento necessário por garantir a eficiente alocação dos recursos, traz insegurança jurídica para os negócios firmados. A atuação dos magistrados, desse modo, é considerada como uma externalidade negativa, já que se trata de ação de terceiro capaz de influenciar nos custos de transação, desequilibrando a relação entre os usuários e as operadoras de saúde.

Essa externalidade, por ocorrer em momento posterior ao fechamento do negócio, dificilmente será internalizada pelos agentes nas relações em que ocorrem, mas certamente o será em todas as demais a partir da recorrente internalização das externalidades. Essa internalização acaba por, de um lado, incentivar comportamentos oportunistas que ocasionam risco moral e que desincentiva agentes honestos a permanecerem nesse mercado (seleção adversa).

Com efeito, aumentados os preços em função dos custos adicionais gerados pela atuação dos magistrados, aqueles que são considerados “bons” usuários rescindirão o contrato, já que a elevação dos valores se deu não por conta da melhoria do serviço, mas somente pela redistribuição dos gastos. Em contrapartida, os “maus” usuários permanecerão contratando serviços com menor cobertura e, quando necessitarem de assistência além da pactuada, buscarão o Judiciário. A mesma análise pode ser feita quanto às operadoras de saúde, pois, para evitar a redução do número de usuários, não elevam o valor da mensalidade, mas, em compensação, passam a remunerar mal os profissionais de saúde. Nesse caso, a seleção adversa atingirá a qualidade dos serviços prestados.

Desse modo, a intervenção judicial deve se dar levando em consideração as consequências econômicas geradas no mercado da saúde suplementar. O afastamento dos termos contratuais deve ser a exceção, levando-se em conta a efetiva ocorrência de circunstâncias que autorizem legalmente essa medida.

ASPECTOS ATUAIS DO EQUITY CROWDFUNDING NO BRASIL¹

CURRENT ASPECTS OF EQUITY CROWDFUNDING IN BRAZIL

Carlos Martins Neto
Nicholas Furlan Di Biase

Resumo: O objetivo do presente trabalho é analisar se campanhas de financiamento coletivo de sociedades em estágio inicial de desenvolvimento, conhecidas como *equity crowdfunding*, podem ser caracterizadas como ofertas públicas de valores mobiliários e apontar as consequências decorrentes de tal constatação. Para tanto, é verificado o modo como tais campanhas vem sendo realizadas no Brasil e, na sequência, são avaliadas as vantagens e desvantagens do modelo adotado pelo mercado brasileiro, especialmente no tocante aos custos das operações e à proteção conferida aos investidores. Em conclusão, aponta-se a necessidade de elaboração, pela Comissão de Valores Mobiliários, de instrução específica sobre o tema, a fim de que seja viabilizada a realização de tais operações por sociedades anônimas, bem como sejam compatibilizados mecanismos de proteção aos investidores com estrutura que não torne tais ofertas demasiadamente onerosas e burocráticas.

¹ Artigo recebido em 21.10.2016 e aceito em 16.11.2016.

Palavras-Chave: Financiamento coletivo. *Equity crowdfunding*. *Startup*. Valores mobiliários. Sociedade anônima. Proteção ao investidor.

Abstract: The objective of this article is to analyze whether the collective financing campaigns by new start-ups, known as equity crowdfunding, can be classified as initial public offerings of securities. For that purpose, it examines the way these campaigns are being carried out in Brazil, and then assesses the advantages and disadvantages of the model adopted in the Brazilian market, especially the transaction costs and protection afforded to investors. The conclusion is that the Brazilian Securities Commission – CVM needs to issue a specific instruction on the theme, to enable corporations to use this type of funding structure, and to harmonize the investor protection mechanisms with this structure so that these offerings do not become overly costly and bureaucratic.

Keywords: Public funding. Equity Crowdfunding. Startups. Securities. Brazilian stocks corporations. Investor's protection.

Sumário: 1. Introdução. 2. Caracterização do *equity crowdfunding* como oferta pública de distribuição de valores mobiliários. 3. Modelo atualmente existente no Brasil. 4. Crítica ao atual modelo brasileiro: falta de proteção ao investidor. 5. A utilização do *equity crowdfunding* por sociedades anônimas e a necessidade de regulamentação pela CVM. 6. Conclusão.

1. Introdução.

Ainda não há, no Brasil, uma definição consolidada, seja jurídica ou econômica, do que se entende por *crowdfunding*. Os autores brasileiros que tratam da matéria remetem-se a definições da literatura estrangeira, principalmente dos Estados Unidos.

Nessa linha, o professor norte-americano C. Steven Bradford entende que *crowdfunding* é “(...) como o nome indica, financiamen-

to pelo público (multidão) – levantar pequenas quantias em dinheiro de um grande número de investidores”².

Já Armin Schwienbacher e Benjamin Larralde conceituam o *crowdfunding* como “(...) o financiamento de um projeto ou empreendimento por um grupo de pessoas ao invés de investidores profissionais (como, por exemplo, bancos, investidores de risco ou investidores-anjo)”³.

Sem ter a pretensão de formular um conceito jurídico, a ideia do *crowdfunding* pode ser apresentada, de maneira bem abrangente, como uma forma de financiamento coletivo por meio da qual uma pessoa, ou grupo de pessoas, busca financiar determinado projeto com recursos de um grande número de pequenos investidores, normalmente valendo-se de plataformas disponíveis na rede mundial de computadores.

O que se entende como “projeto” que será financiado a partir do apelo à multidão pode ter a acepção mais ampla possível. Isso porque o *crowdfunding* já foi e é utilizado para possibilitar a realização dos mais variados empreendimentos ao redor do mundo, desde turnês de bandas pouco conhecidas, passando por campanhas políticas, jornalismo independente e até o desenvolvimento de *startups*, que é o foco do presente trabalho.

O marco inicial para o desenvolvimento e disseminação do *crowdfunding*, como hoje é conhecido, remete ao final dos anos 90, quando a banda inglesa Marillion realizou turnê nos Estados Unidos

2 BRADFORD, C. Steven. Crowdfunding and the Federal Securities Laws. *Columbia Business Law Review*, Vol. 2012, No. 1. Disponível em: “<http://ssrn.com/abstract=1916184>”. Acesso em: 01 ago. 2016. Tradução livre do original em inglês: “*Crowdfunding is, as its name indicates, funding from the crowd – raising small amounts of money from a large number of investors*”.

3 SCHWIENBACHER, Armin; LARRALDE, Benjamin. Crowdfunding of Small Entrepreneurial Ventures. In: CUMMING, Douglas (ed.). *The Oxford Handbook of Entrepreneurial Finance*, 2012, chapter 13. Tradução livre do original em inglês: “(...) *the financing of a project or a venture by a group of individuals instead of professional parties (like, for instance, banks, venture capitalists or business angels)*”.

após captar mais de US\$ 40.000,00 em doações por meio de uma campanha de fãs em redes sociais e via e-mail.

Nesse primeiro caso, a ideia não surgiu da própria banda, mas de seus fãs, que se organizaram e colocaram o projeto em prática⁴. Posteriormente, nos anos 2000, a própria banda, já a par do “poder” do financiamento online, utilizou a mesma prática para custear o lançamento de diversos álbuns⁵.

Caminho semelhante foi seguido, também em 1997, pelo cineasta Mark Tapio Kines. Após iniciar as filmagens de seu filme “*Foreign Correspondents*”, o diretor e roteirista viu-se sem recursos para terminá-lo. Foi então que surgiu a ideia de desenvolver um website para o projeto, a fim de torná-lo conhecido por todo o público, ainda que apenas parcialmente executado. Nesse esforço, aproximadamente 25 investidores contribuíram com um total de US\$ 150.000,00, possibilitando a finalização do filme⁶.

A partir dessas experiências iniciais, a prática foi se espalhando e ganhando variadas feições. Inicialmente, o *crowdfunding* era meramente filantrópico. Ou seja, os investidores não esperavam materialmente nada em troca de seu investimento, exceto, no máximo, a satisfação pessoal de ter contribuído para um projeto no qual acreditavam. Posteriormente, outras vertentes de *crowdfunding* foram surgindo, garantindo a expectativa de algum tipo de retorno para o investimento realizado.

4 GOLEMIS, Dean. British Band's U.S. Tour Is Computer-generated. *Chicago Tribune*, 23 set. 1997. Disponível em: “http://articles.chicagotribune.com/1997-09-23/features/9709230071_1_music-fans-newsgroup-marillion”. Acesso em: 20 abr. 2016.

5 BBC News Online's Tim Master. Marillion fans to the rescue. *BBC News*, 11 maio 2001. Disponível em: “<http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/1325340.stm>”. Acesso em: 20 abr. 2016.

6 RODGERS, Andrew. Filmmaker Uses Web To Help Finance, Cast Movie. *ChicagoTribune*, 11 jun. 1999. Disponível em: “http://articles.chicagotribune.com/1999-06-11/features/9906110076_1_kines-investing-film”. Acesso em: 20 abr. 2016.

No começo da utilização desse método de financiamento, não havia plataformas especializadas na realização de *crowdfundings*, sendo a publicidade do projeto realizada por meio de websites próprios, redes sociais ou até e-mails enviados para interessados. Como era de se esperar, com a disseminação da prática, diversas plataformas foram surgindo, tendo como objetivo, além de concentrar as ofertas de projetos com demanda de financiamento em um só lugar, também intermediar o próprio processo de transferência de recursos, muitas vezes retendo percentual das contribuições à título de taxa operacional.

Atualmente diversas plataformas (algumas nacionais e outras provenientes do exterior), estão em funcionamento no Brasil, atuando nos mais variados segmentos do financiamento coletivo, e já se destacam entre o público. Como exemplos, é possível mencionar a Kickante⁷, Kickstarter⁸, Indiegogo⁹, Vakinha¹⁰, Catarse¹¹ e Broota¹², as três primeiras estrangeiras, operantes no Brasil, e as três últimas brasileiras.

7 KIKANTE: a mais completa plataforma de *crowdfunding* do Brasil. Apresenta campanhas de *crowdfunding* em andamento e informações para investir ou captar recursos. Disponível em: “<http://www.kickante.com.br/>”. Acesso em: 10 out. 2016.

8 KICKSTARTER PCB. Apresenta novidades relacionadas à plataforma e campanhas de *crowdfunding* em andamento, populares e recomendadas. Disponível em: “<https://www.kickstarter.com/>”. Acesso em: 10 out. 2016.

9 INDIEGOGO. Indiegogo, Inc. All rights reserved. Apresenta novidades relacionadas à plataforma, campanhas de *crowdfunding* em andamento e uma loja online com produtos dos empreendedores que captam pela plataforma. Disponível em: “https://www.indiegogo.com/#/picks_for_you”. Acesso em: 10 out. 2016.

10 VAKINHA. Apresenta rankings de campanhas de *crowdfunding* em andamento, informações para investir ou captar recursos e histórico de atividades. Disponível em: “<https://www.vakinha.com.br/>”. Acesso em: 10 out. 2016.

11 CATARSE. Apresenta campanhas de *crowdfunding* em andamento e informações para investir ou captar recursos. Disponível em: “<https://www.catarse.me/pt>”. Acesso em: 10 out. 2016.

12 BROOTA. Apresenta campanhas de *crowdfunding* em andamento e informações para investir ou captar recursos e sobre investidores-anjo. Disponível em: “<https://www.broota.com.br/>”. Acesso em: 10 out. 2016.

Ainda que o objetivo do presente estudo seja *o equity crowdfunding*, cabe fazer uma pequena introdução sobre as diversas modalidades de financiamento coletivo existentes. Segundo C. Steven Bradford, é possível classificar o *crowdfunding* em cinco modalidades: filantrópico ou de doação; de recompensa; de pré-venda; de empréstimo; e de participação (este último o também chamado *equity crowdfunding*).

O modelo precursor, sem dúvidas, é o *crowdfunding* filantrópico. Nessa modalidade, o financiamento de projetos se baseia exclusivamente em doações, não recebendo o investidor qualquer recompensa em troca de sua contribuição¹³. O *crowdfunding* de doações, como não proporciona qualquer retorno ao investidor, é mais utilizado para causas humanitárias, políticas ou com as quais o investidor tenha algum tipo de afinidade pessoal. O fato de o investidor não receber nada como retorno pelo investimento não significa necessariamente que a plataforma também não receba remuneração pela intermediação, sendo cada vez mais raras as plataformas que não retenham um percentual dos valores investidos.

Os *crowdfundings* de recompensa e de pré-venda podem ser analisados em conjunto. No *crowdfunding* de recompensa, o investidor recebe, em troca de seu investimento, alguma espécie de prêmio, dos mais variados tipos, e que não se confunde com uma participação no projeto ou um retorno financeiro. Um bom exemplo, mencionado pelo professor Bradford, é o de alguém que financia um filme e, em troca, tem seu nome colocado nos créditos. Outro exemplo é a campanha realizada pelo Fluminense Football Club pela plataforma-ComeçAki para financiar sua comemoração anual, a FluFest, que promete diferentes prêmios, a depender do valor da contribuição (indo desde uma simples menção honrosa na página oficial do clube até

13 BRADFORD, C. Steven. Crowdfunding and the Federal Securities Laws. *Columbia Business Law Review*, Vol. 2012, No. 1, p. 15-16. Disponível em: “<http://ssrn.com/abstract=1916184>”. Acesso em: 10 out. 2016.

uma camiseta oficial autografada pelos atletas da equipe de futebol profissional)¹⁴.

De forma semelhante, no *crowdfunding* de pré-venda, o retorno do dinheiro investido é a possibilidade de aquisição, gratuita ou onerosa, antes da venda em mercado, do produto do projeto desenvolvido¹⁵. A plataforma “Queremos!”, por exemplo, reúne fãs que desejam que determinado artista se apresente em sua cidade. Para tanto, é realizada uma pré-venda de ingressos que tem como objetivo arrecadar o valor mínimo necessário para a realização do show¹⁶.

Por sua vez, o *crowdfunding* de empréstimos, conhecido nos Estados Unidos como *peer-to-peer*, conforme o nome já diz, envolve uma operação de empréstimo, em que o empreendedor do projeto receberá o financiamento ciente de que deverá devolver os valores emprestados pelos investidores. O *crowdfunding* de empréstimo pode trazer algum retorno financeiro para o investidor, estabelecendo taxa de juros compensatórios, ou apenas retornar o valor principal, caracterizando um empréstimo sem remuneração. A diferença do *crowdfunding* de empréstimos para as ofertas tradicionais de crédito está no fato de que, no primeiro, os recursos são captados de forma pulverizada, a partir de diversos investidores, enquanto, tradicionalmente, todos os recursos provêm de um único investidor, normalmente uma instituição financeira¹⁷.

Por fim, o modelo mais complexo de *crowdfunding*, e que interessa ao direito societário, é o denominado *equity crowdfunding*.

14 COMEÇAKI. Agência de internet.com. Apresenta descrição sobre a campanha “FluFest 2016”. Disponível em: “<http://comecaki.com.br/flufest2016>”. Acesso em: 10 out. 2016.

15 BRADFORD, C. Steven. Crowdfunding and the Federal Securities Laws. *Columbia Business Law Review*, Vol. 2012, No. 1, p. 16. Disponível em: “<http://ssrn.com/abstract=1916184>”. Acesso em: 22 ago. 2016.

16 QUEREMOS. Apresenta informações para investir ou captar recursos e campanhas de *crowdfunding* em andamento. Disponível em: “<http://www.queremos.com.br/home>”. Acesso em: 01 ago. 2016.

17 BRADFORD, *op. cit.*, p. 20.

Nessa modalidade, o investidor oferece recursos e, em troca, recebe o direito de ter uma participação societária (*equity*)¹⁸. Atualmente, a principal aplicação do *crowdfunding* de participações consiste em possibilitar que sociedades em estado inicial de desenvolvimento, como as denominada *startups*, possam ter uma alternativa de captação diferente dos meios tradicionais.

Conforme bem explicado por Rafael Younis Marques, uma sociedade que deseje expandir suas atividades pode se financiar com capital próprio (*equity*), ou com recursos de terceiros (*debt*)¹⁹.

No Brasil, é comum que as sociedades empresárias, até certo estágio de desenvolvimento, se financiem exclusivamente pelo capital fornecido dos próprios sócios. Em estágio de desenvolvimento subsequente, as sociedades têm basicamente duas alternativas de financiamento: admitir novos sócios no projeto (financiamento via *equity*) ou captar recursos no mercado financeiro, principalmente por meio de empréstimos bancários (financiamento via *debt*).

Tratando especificamente da inserção das *startups* nesse contexto, atualmente existe uma verdadeira lacuna em suas possibilidades de financiamento por meio de *equity*. Sociedades muito pequenas, conforme mencionado, podem recorrer exclusivamente à poupança de seus sócios fundadores ou ainda às de familiares e amigos mais próximos. Por outro lado, grandes companhias não encontram maiores problemas em recorrer à poupança popular por meio de oferta pública de valores mobiliários.

Entre o estágio de desenvolvimento inicial e aquele que permite buscar o financiamento no mercado de valores mobiliários, há um hiato. Quando a poupança pessoal de seus fundadores já não suporta mais a demanda por capital da sociedade, mas ainda não há

18 MARQUES, Rafael Younis. *Notas conversíveis no equity crowdfunding: sociedade de fato e risco de responsabilidade pessoal do investidor*. Coleção Academia-Empresa 14. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 22.

19 *Ibidem*, p. 33.

condições estruturais e econômicas para que se recorra ao mercado tradicional, as *startups* acabam desprovidas de grandes possibilidades de financiamento via *equity*.

Nesse sentido, o *equity crowdfunding* surge como uma alternativa promissora ao financiamento de *startups* que se encontram nesse estágio inicial de desenvolvimento. A grande questão é que, conforme será exposto, o Brasil não possui regulamentação própria que discipline o *crowdfunding*, potencializando seu alcance e, ao mesmo tempo, outorgue proteção adequada aos investidores, normalmente pessoas físicas sem nenhuma experiência de atuação no mercado.

Com efeito, sociedades que desejem realizar uma oferta pública de distribuição de valores mobiliários devem proceder ao complexo registro como ofertante perante a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, além de, posteriormente, registrar a oferta pública em si, modelo que, apesar de protetivo aos investidores, mostra-se financeiramente incompatível com a realidade das *startups* brasileiras.

Por outro lado, por conta de exceção prevista no artigo 5º, III, da Instrução CVM nº 400/2003, existe a possibilidade de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte²⁰ realizarem ofertas públicas de valores mobiliários com dispensa automática de registro, o que, em outro extremo, apresenta grau de proteção quase nulo aos investidores, além de não parecer compatível com o tipo de captação de recursos realizada pelas *startups*, conforme será aprofundado adiante.

Antes de apresentar análise crítica acerca da realização do *equity crowdfunding* no Brasil nos moldes atuais, cabe examinar sua caracterização como oferta pública de valores mobiliários e, na sequência, tecer breves notas sobre a forma como tal modalidade de financiamento vem sendo implementada, em razão da inexistência de uma disciplina específica.

20 Assim definidas nos termos da Lei Complementar nº 123/2006.

2. Caracterização do *equity crowdfunding* como oferta pública de distribuição de valores mobiliários.

A caracterização (ou não) da participação oferecida aos investidores em uma campanha de *equity crowdfunding* como valor mobiliário é de suma importância por conta da disciplina legal diferenciada incidente sobre tais títulos.

Igualmente, é indispensável investigar se a campanha *equity crowdfunding* em si pode ser considerada oferta pública de distribuição de valores mobiliários, uma vez que, para incidência da Lei nº 6.385/76 e da disciplina regulatória da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, não basta que haja emissão de valor mobiliário, mas também que este valor mobiliário seja publicamente distribuído, conforme estabelece o artigo 1º, I, do mencionado diploma legal²¹.

Caso os títulos de participação emitidos em campanha de *equity crowdfunding* não sejam considerados valores mobiliários, não há que se cogitar a aplicação do arcabouço legal e regulatório do mercado de capitais sobre sua negociação. Por outro lado, havendo caracterização de valor mobiliário, mas não sendo tal ativo negociado em mercado (ou seja, sendo negociado apenas de forma privada), também não há que se falar na aplicação da disciplina da Lei nº 6.385/76²².

A caracterização de valor mobiliário encontra-se prevista no artigo 2º da Lei nº 6.385/76, que, além de enumerar um rol de ativos que são considerados valores mobiliários de forma objetiva, também contempla cláusula aberta a fim de abranger outros ativos que, embora não expressamente contemplados no referido rol, apresentem determinadas características. Veja-se:

21 Lei nº 6.385/76: “Art. 1º Serão disciplinadas e fiscalizadas de acordo com esta Lei as seguintes atividades: I – a emissão e distribuição de valores mobiliários no mercado; (...)”.

22 EIZIRIK, Nelson et al. *Mercado de Capitais – Regime Jurídico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 28.

Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei: (...) IX — quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.

Dentre os benefícios da criação de tal cláusula geral está a desnecessidade de alteração da lei ou de regulamentos toda vez que a criatividade dos agentes de mercado desenvolver um novo tipo de contrato de investimentos²³. Basta que estejam preenchidos os requisitos do artigo 2º, inciso IX, para que um título ou contrato seja considerado valor mobiliário.

Certamente, na hipótese de o investidor brasileiro receber uma ação em troca de financiamento, no âmbito de uma oferta de *equity crowdfunding*, não haverá qualquer dúvida sobre a qualificação de tal título como valor mobiliário, uma vez que as ações são caracterizadas objetivamente como tais desde a redação original do artigo 2º da Lei nº 6.385/76²⁴.

Entretanto, a emissão de ações via *equity crowdfunding* atualmente no Brasil, pelo menos nos moldes em que o sistema foi idealizado, apresenta determinadas particularidades que fazem com que sua aplicação dentro da regulamentação do mercado de capitais brasileiro tenha certos empecilhos que ainda impedem sua ampla disseminação.

Conforme se demonstrará adiante, a alternativa encontrada pelos empreendedores brasileiros, se baseando em uma exceção prevista na Instrução CVM nº 400/2003, faz com que o investidor receba

23 *Ibidem*, p. 57.

24 Conforme prevê a Lei nº 6.385/76: “Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei:(...) I – as ações, debêntures e bônus de subscrição; (...)”.

um “título de dívida conversível” como contrapartida de seu investimento²⁵.

Esse título de dívida conversível nada mais é do que um contrato de investimento em que o investidor, de imediato, transfere recursos para a *startup* com a promessa futura de conversão de seu crédito em participação na sociedade. As condições de conversão são expressamente previstas, assim como a possibilidade de negociação do título, os juros, possíveis dividendos e ainda os casos em que a conversão não será realizada.

Cumpra-se perquirir se tais títulos de dívida conversíveis são, à luz da legislação em vigor, considerados valores mobiliários e assim sujeitos a registro na CVM. A resposta será encontrada a partir da verificação dos elementos previstos no artigo 2º, inciso IX, da Lei nº 6.385/76²⁶. São eles: (i) investimento coletivo; (ii) realizado em empreendimento comum; (iii) mediante o fornecimento de dinheiro; (iv) visando a obtenção de retornos financeiros; (v) que advenham do esforço do empreendedor ou de terceiros; e (vi) cujos riscos sejam assumidos pelo investidor.

Analisando tais elementos, chega-se à conclusão que:

- (i) a própria essência do *crowdfunding*, conforme demonstrado, consiste em um projeto que se realiza a partir de pequenos investimentos pulverizados, não havendo dívidas de que se trata de um investimento coletivo;

25 Para análise ao longo do artigo, será considerada principalmente a solução encontrada pela plataforma Broota, atualmente a mais utilizada para fins de *equity crowdfunding* e matéria de diversas reportagens em periódicos especializados. De qualquer forma, outras plataformas parecem adotar o mesmo sistema. A plataforma StartMeUp, em seu FAQ (<https://www.startmeup.com.br/docs/FAQ.pdf>) aponta que o investidor adere a um contrato de investimento coletivo conversível em hipóteses muito parecidas com as da Broota. Por sua vez, a plataforma Eqseed, em seu vídeo institucional (<https://eqseed.com/br/como-funciona>) também menciona a celebração de um contrato de investimento que posteriormente, em hipóteses definidas, será convertido em participação.

26 CODORNIZ, Gabriela; PATELLA, Laura; COPOLA, Marina. Artigo 2º. In: CORDONIZ, Gabriela; PATELLA, Laura (Coord.). *Comentários à Lei do Mercado de Capitais: Lei nº 6.385/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 75.

- (ii) tal investimento coletivo é realizado em um empreendimento comum, que é o desenvolvimento de uma *startup*²⁷;
- (iii) a despeito de qualquer discussão se o fornecimento de outros bens (que não dinheiro) descaracterizaria o contrato de investimento coletivo, tal não é a situação do *equity crowdfunding*, em que as *startups* buscam exclusivamente recursos financeiros em moeda corrente;
- (iv) ao contrário do *crowdfunding* filantrópico e do *crowdfunding* de recompensas, a própria essência do *equity crowdfunding* está na participação com a finalidade de obtenção de lucros (não por acaso, como regra, os títulos de dívidas emitidos preveem sua conversão em participação de sociedades com fins lucrativos, normalmente sociedades anônimas);
- (v) embora geralmente os títulos conversíveis prevejam determinados poderes de fiscalização e até de participação nas deliberações, os negócios e a gestão da *startup* investida são designados a terceiros, que na maioria das vezes são os fundadores da sociedade, que determinam efetivamente os rumos do investimento; e
- (vi) não há dúvidas que os investidores assumem os riscos do empreendimento, definidos como aqueles riscos que “poderão resultar na perda total ou parcial dos recursos in-

27 Tratando dos dois primeiros elementos elencados, discorre Steven Bradford: “*Crowdfunding almost by definition involves a common enterprise among many different investors. The whole point of crowdfunding is to collect small amounts of Money from a number of different investors. The business pools these investor’s funds, and the investors share in the returns of the business. Although there is some disagreement among the lower courts about what exactly constitutes a common enterprise, all courts agree that horizontal commonality of this sort meets the Howey test*” (BRADFORD, C. Steven. *Crowdfunding and the Federal Securities Laws*. *Columbia Business Law Review*, Vol. 2012, No. 1, p. 33. Disponível em: “<http://ssrn.com/abstract=1916184>”. Acesso em: 22 ago. 2016).

vestidos”²⁸, uma vez que, caso a startup investida não consiga levar adiante suas atividades, poucas são chances do investidor recuperar seus recursos em uma liquidação²⁹.

Resta demonstrado, portanto, que os elementos que caracterizam o valor mobiliário encontram-se presentes nos títulos de dívida conversíveis utilizados nas campanhas de *equity crowdfunding*. Assim, independentemente da campanha de *equity crowdfunding* ser realizada mediante a emissão de ações ou de títulos conversíveis, não há dúvidas de que tais títulos constituem valores mobiliários.

Cabe analisar, ainda, se a realização de uma campanha de *equity crowdfunding* caracteriza oferta pública de valores mobiliários, submetendo a operação à disciplina da Lei nº 6.385/76 e, principalmente, à regulamentação da CVM aplicável.

A oferta pública de valores mobiliários está prevista nos arts. 19 e 20 da Lei nº 6.385/76 e é regulamentada pela Instrução CVM nº 400/2003³⁰.

28 EIZIRIK, Nelson et al. *Mercado de Capitais – Regime Jurídico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 58.

29 Nesse sentido, vale destacar que o modelo de título de dívida conversível disponibilizado pela plataforma Broota elenca, entre as obrigações da emissora “(...) fazer com que o material de divulgação utilizado (...) seja escrito em linguagem simples, clara, objetiva, serena e moderada, advertindo os investidores para os riscos do investimento (...)” (O modelo de título de dívida conversível foi fornecido por Frederico Rizzo, fundador da plataforma Broota, aos autores, em mensagem eletrônica datada de 28 dez. 2015). Além disso, no âmbito do Processo CVM nº RJ2015/11441, que trata da dispensa de registro de uma *startup* constituída sobre a forma de Microempresa, ao analisar o material publicitário, a CVM exigiu que a emissora acrescentasse “riscos relacionados ao negócio, risco de não transformação da Easy Carros em sociedade anônima e risco de não emissão das ações preferenciais da Easy Carros destinadas ao pagamento dos títulos de dívida”.

30 Há que se destacar também existência da oferta pública de valores mobiliários distribuídas com esforços restritos, regulamentada pela Instrução CVM nº 476/2009, a qual, contudo, não será objeto do presente trabalho, por se destinar exclusivamente a investidores profissionais, o que demonstra sua incompatibilidade com o *equity crowdfunding*.

Os elementos caracterizadores de uma oferta de valores mobiliários como pública estão objetivamente elencados no artigo 19, § 3º, da Lei nº 6.385/76³¹:

- (i) a utilização de listas ou boletins de venda ou subscrição, folhetos, prospectos ou anúncios destinados ao público;
- (ii) a procura de subscritores ou adquirentes para os títulos por meio de empregados, agentes ou corretores; e
- (iii) a negociação feita em loja, escritório ou estabelecimento aberto ao público, ou com a utilização dos serviços públicos de comunicação.

Trata-se de rol exemplificativo e não-cumulativo, ou seja, basta a incidência da oferta em uma das hipóteses para que seja caracterizada como pública. Importante destacar que o *equity crowdfunding* pode se encaixar nas três hipóteses previstas.

31 Parte da doutrina sustenta a existência de elementos subjetivos que, se verificados cumulativamente, descaracterizariam uma oferta de valores mobiliários como pública, ainda que verificada a presença dos elementos previstos em lei (objetivos). São eles: (i) o enquadramento dos destinatários da oferta como investidores qualificados; e (ii) a possibilidade de acesso, pelos investidores, ao mesmo tipo de informação que seria exigido em decorrência do registro da oferta perante a CVM (seja em razão do relacionamento que possuem com a emissora, seja em razão de possuírem poder de barganha perante esta) (EIZIRIK, Nelson *et al. Mercado de Capitais – Regime Jurídico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 156). Sem aprofundar na discussão doutrinária, fato é que a CVM não entende que a verificação conjunta dos elementos subjetivos é suficiente para descaracterizar uma oferta como pública, mas apenas para possibilitar, caso a caso, a dispensa de seu registro. Com efeito, o artigo 4º, §1º, VII, e §4º, da Instrução CVM nº 400/2003 determina que a CVM poderá, a seu critério e sempre observando o interesse público e a proteção aos investidores, dispensar do registro a oferta pública que for dirigida exclusivamente a investidores qualificados nas quais tais investidores declarem que “a) têm conhecimento e experiência em finanças e negócios suficientes para avaliar os riscos e o conteúdo da oferta e que são capazes de assumir tais riscos; b) tiveram amplo acesso às informações que julgaram necessárias e suficientes para a decisão de investimento, notadamente aquelas normalmente fornecidas no Prospecto; e c) têm conhecimento de que se trata de hipótese de dispensa de registro ou de requisitos, conforme o caso”. Demonstrada a controvérsia, não cabem maiores considerações, uma vez que a destinação das ofertas públicas apenas a investidores qualificados não é compatível com a essência do *equity crowdfunding*.

No que tange ao primeiro elemento, o que a lei buscou tipificar foi a utilização de meios de comunicação de massa com intuito de atingir uma quantidade indeterminada de investidores³². O inciso IV da Instrução CVM nº 400/2003 é ainda mais explícito, ao incluir expressamente a utilização de “páginas ou documentos na rede mundial ou outras redes abertas de computadores e correio eletrônico”.

O segundo elemento diz respeito à procura de subscritores ou adquirentes indeterminados para os valores mobiliários. Embora seja mais comum que a plataforma de *crowdfunding* apenas disponibilize as ofertas existentes (sem que realize uma efetiva procura de subscritores “por meio de empregados, agentes ou corretores”), pode-se entender que a própria disponibilização da campanha em sua plataforma caracterize, por si só, a procura por subscritores.

O terceiro elemento objetivo, por sua vez, determina que a oferta será pública quando “a negociação feita em loja, escritório ou estabelecimento aberto ao público destinada, no todo ou em parte, a subscritores ou adquirentes indeterminados”. Ao que parece, pretendeu a CVM utilizar uma aceção mais ampla de estabelecimento, já aceita por parte da doutrina, que abrange também os endereços eletrônicos³³. Assim como hoje em dia é possível falar em lojas virtuais,

32 EIZIRIK, Nelson *et al.* *Mercado de Capitais – Regime Jurídico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 148.

33 A título de exemplificação, cabe transcrever as lições de Fábio Ulhoa Coelho a respeito do conceito de estabelecimento virtual: “Em razão disto, criou-se um novo tipo de estabelecimento, o virtual. Distingue-se do estabelecimento físico em razão dos meios de acessibilidade. Aquele o consumidor ou adquirente de bens ou serviços acessa exclusivamente por transmissão eletrônica de dados, enquanto o estabelecimento físico é acessível pelo deslocamento no espaço. A natureza do bem ou serviço objeto de negociação é irrelevante para a definição da virtualidade do estabelecimento” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 71). No mesmo sentido, Guilherme Machado Casali e Edmilson Westling anotaram que: “Esta capacidade passa a ganhar novos contornos a partir do desenvolvimento do comércio eletrônico, entretanto continua vinculada ao local da atividade econômica. Neste tipo de relação, ou seja, via internet, também o ponto comercial pode ser considerado como o ‘endereço’ em que o comerciante é encontrado. As páginas na internet representam este endereço. Em inglês, o substantivo *site*, que significa ‘terreno, sítio, lugar’, ou ainda *home page* cuja tradução literal seria ‘página da casa/do lar’, indicam que a utilização destas expressões também significa o lugar onde se encontra o comerciante”, completando que “(...) o am-

seja coexistindo com estabelecimento físico ou exclusivamente na internet, nada impede também de se falar em estabelecimentos virtuais abertos ao público onde seja possível a discussão, o debate, a oferta e até a negociação de valores mobiliários.

A partir desta concepção, não há porque não considerar as plataformas de *equity crowdfunding* como estabelecimentos abertos ao público (ainda que existentes apenas na rede mundial de computadores), atendendo, ainda, ao critério de serem destinados a subscritores ou adquirentes indeterminados. Inclusive, a própria CVM, no Parecer Orientação nº 32/2005, corrobora este entendimento ao afirmar que:

O uso da Internet como meio para divulgar a oferta de valores mobiliários caracteriza tal oferta, via de regra, como pública, nos termos do inciso III do § 3º do art. 19 da Lei nº 6.385/76, uma vez que a Internet permite o acesso indiscriminado às informações divulgadas por seu intermédio. Esse entendimento já consta, inclusive, do art. 3º, IV, da Instrução 400/05.

Dessa forma, salvo se medidas preventivas forem tomadas, ou situações especiais forem verificadas, faz-se necessário o prévio registro de tais ofertas perante a Comissão de Valores Mobiliários, nos termos do caput do artigo 19 da Lei nº 6.385/76.³⁴

Considerando-se atendidos todos os requisitos do conceito legal de valores mobiliários, conclui-se que os direitos de participação prometidos em troca do investimento em *startups* se enquadram como tais, seja na forma de ações, seja na forma de títulos conversíveis.

biente virtual de exercício da atividade do empresário deve ser igualmente protegido e reconhecimento como *ponto comercial*, tornando o *site* um elemento do fundo de comércio como bem incorpóreo que é" (CASALI, Guilherme Machado; WESSLING, Edmilson. Typosquatting – a concorrência desleal virtual. *Revista de Ciências Gerenciais*, Londrina, v. XII, n. 16, p. 82-83, 2008).

34 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Parecer de Orientação CVM nº 32/2005, p. 1. Presidente: Marcelo Trindade. Disponível em: "<http://www.cvm.gov.br/legislacao/pare/pare032.html>". Acesso em: 19 ago. 2016.

No mesmo sentido, a oferta de tais valores por meio de um *equity crowdfunding* caracteriza oferta pública de distribuição de valores mobiliários, com todas as consequências que isso implica à *startup* distribuidora.

3. Modelo atualmente existente no Brasil.

Conforme previsto nas Instruções CVM nº 400/03 e 480/09, caso determinada sociedade busque acessar a poupança popular por meio de oferta pública de distribuição de valores mobiliários, em princípio, deverá obrigatoriamente proceder ao registro tanto da oferta, quanto, anteriormente, do ofertante.

Salvo exceções pontuais, a sociedade que pretenda realizar uma oferta pública de valores mobiliários deve, além de ser constituída como sociedade anônima, obter registro de companhia aberta perante a CVM, conforme previsto no artigo 4º, caput, §1º e §2º, da Lei nº 6.404/76.

Cabe transcrever o entendimento de Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro acerca da necessidade do registro da companhia como aberta para realização de ofertas públicas:

Ao registro de companhia aberta faz referência o parágrafo único do art. 4º da Lei nº 6.404/76, como condição de distribuição no mercado e negociação em bolsa ou no mercado de balcão. Como o conceito legal de companhia aberta depende dessa negociação, segue-se que tal condição (de companhia aberta) depende do registro da companhia na CVM.

Qualificada a companhia como aberta (em decorrência de seu registro como tal), passaela a se submeter à autoridade normativa e fiscalizadora da CVM, em função dos vínculos estabelecidos com os investidores do mercado, de bolsa ou de balcão³⁵.

35 LACERDA TEIXEIRA, Egberto; TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1979, p. 35.

A obrigatoriedade do registro como emissor de valor mobiliário está regulamentada na Instrução CVM nº 480/2009. Tal instrução trata do registro de companhia aberta, prevendo expressamente que “o emissor de valores mobiliários deve estar organizado sob a forma de sociedade anônima”. Contudo, a mesma norma abre espaço para exceções, que serão objeto de análise adiante.

Note-se que, além do registro de emissor, há ainda a necessidade do registro da oferta pública em si, nos termos do artigo 2º da Instrução CVM nº 400/2003. Com efeito, a necessidade do registro do ofertante e da oferta, por si só, já caracterizam um enorme empecilho ao *equity crowdfunding*.

A situação torna-se menos favorável ainda com a previsão do artigo 3º, § 2º, da Instrução CVM nº 400/2003, que estabelece que uma distribuição pública, como regra, deve necessariamente envolver instituições integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários, conhecidas por instituições intermediárias.

Desse modo, além dos registros exigidos para a emissora e para a emissão em si, uma sociedade que pretenda realizar oferta pública de valores mobiliários teria que envolver de uma instituição intermediária. Em resumo, as plataformas de *equity crowdfunding* teriam que se registrar como distribuidoras de valores mobiliários, o que, mais uma vez, implica elevados custos, que certamente seriam refletidos na taxa cobrada pela prestação de seus serviços.

Fato é que tamanha quantidade e complexidade de registros é incompatível com a dimensão do *equity crowdfunding*. Essa modalidade de investimento foi idealizada para ser destinada principalmente à *startups*, que, exatamente por estarem em fase inicial de desenvolvimento, buscam levantar quantias relativamente baixas junto a investidores. No Brasil, o tíquete médio dessas operações gira em torno de R\$ 400.000,00 por oferta³⁶.

36 Dados concluídos de análise das ofertas disponíveis na Broota, maior plataforma de *equity crowdfunding* do Brasil atualmente, realizada em 22.04.2016 pelo endereço: “<https://www.broota.com.br>”.

Ter que arcar com, no mínimo, o registro de companhia aberta, o registro da oferta pública e a contratação de instituição intermediária, por certo inviabilizaria completamente a realização da campanha de *crowdfunding*.

A título de ilustração, em 2012, o Centro de Estudos em Finanças da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV realizou estudo sobre o custo de manutenção de uma companhia aberta, baseando-se em questionário enviado a 8 companhias listadas na BM&FBovespa³⁷.

Tal estudo concluiu que os gastos coma manutenção do registro de companhia aberta são irrelevantes, girando em torno de 0,05% da receita líquida anual. Contudo, cabe analisar a discrepância da situação econômica das companhias em relação àquelas que buscam financiamento através de *crowdfunding*.

A receita anual líquida da menor das companhias que responderam ao questionário foi de R\$ 700.000.000,00. Calculando a média de gastos de manutenção da companhia aberta sobre esse valor, chega-se ao resultado de R\$ 350.000,00 gastos anualmente com a manutenção do registro, incluindo os gastos com publicações, auditoria externa, relações com investidores, anuidades e outros custos.

O próprio estudo admite que a maior parte dos custos considerados é fixo, sendo diluídos em receitas líquidas maiores. Logo, a *contrario sensu*, quanto menores as receitas líquidas, mais relevância têm os custos.

Por óbvio, são números totalmente incompatíveis com a situação de uma *startup* que realiza campanha de *crowdfunding* com objetivo de captar valores em torno de meio milhão de reais. A abertura

37 EID JÚNIOR, William. *Custos de manter uma sociedade anônima no Brasil*. Centro de Estudo em Finanças da Escola de Administração de Empresas da Função Getúlio Vargas, dez. 2012. Disponível em: “<http://cef.fgv.br/sites/cef.fgv.br/files/file/Custos%20de%20manter%20uma%20Sociedade%20Anonima.pdf>”. Acesso em: 22 abr. 2016.

de capital, nos moldes atuais, portanto, não condiz com a realidade de uma *startup*.

Sendo o custo do registro de emissor de valores mobiliários algo impensável para sociedades do porte de *startups*, a efetiva emissão de valores mobiliários, que implicaria ainda em custos adicionais (novos registros e contratação de instituições intermediárias), torna-se algo muito distante da realidade de tais sociedades.

Nesse contexto, identificou-se um mecanismo que possibilita a realização de campanhas de *equity crowdfunding* no Brasil, cuja implementação levanta questionamentos sobre a necessidade de uma regulamentação específica do *crowdfunding* pela CVM.

A Instrução CVM nº 400/2003 dispõe, em seu artigo 4º, a possibilidade de a oferta pública ser dispensada de registro, a critério da autarquia, observando o interesse público, a adequada informação e a proteção ao investidor. Todavia, essa hipótese de dispensa fica sujeita à discricionariedade da CVM.

Outra possibilidade de dispensa é prevista no artigo 5º, inciso III, da Instrução CVM nº 400/2003, segundo o qual estão dispensadas de registro as ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários de emissão de empresas de pequeno porte – EPP e microempresas – ME. Nessa hipótese, a emissora deverá comunicar à CVM que pretende utilizar a dispensa de registro e a sua utilização está limitada a R\$ 2.400.000,00 em cada período de 12 meses por uma mesma emissora.

No mesmo sentido, a Instrução CVM nº 480/2009 elenca as microempresas e empresas de pequeno porte no rol de emissores de valores mobiliários dispensados do registro perante a autarquia, conforme previsão expressa de seu artigo 7º, IV e V³⁸.

38 Conforme prevê a Instrução CVM nº 480/2009: “Art. 7º: Estão automaticamente dispensados do registro de emissor de valores mobiliários: I – emissores estrangeiros cujos valores mobiliários sejam lastro para programas de certificados de depósito de ações – BDR Nível I, patrocinados ou não; II – emissores de certificados de potencial adicional de construção; III – emissores de certificados de investimento relacionados à área audiovisual cinematográfica brasileira;

A definição de EPP e ME, por sua vez é estabelecida pelo artigo 3º da Lei Complementar nº 123/2006, nos seguintes termos:

Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I – no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II – no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) (...).

O §4º do mesmo dispositivo legal elenca as exceções, tratando das pessoas jurídicas que, embora atendam à definição de ME e EPP prevista no caput, não poderão se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado. Dentre as exceções estão as sociedades anônimas, concluindo-se que tais sociedades não podem se beneficiar do que se tornou o principal mecanismo de realização do *equity crowdfunding* no Brasil.

Para evitar os gastos inerentes ao registro da emissora e da emissão, as sociedades que buscam obter financiamento via *equity crowdfunding* têm se constituído na forma de sociedades limitadas e emitido títulos conversíveis em ações. Até a data de vencimento dos títulos, a sociedade limitada deverá ser transformada em sociedade

IV – empresas de pequeno porte; V – microempresas; VI – emissores de letras financeiras distribuídas no âmbito de programa de Distribuição Contínua, os quais devem observar o disposto no Anexo 7-VI; e VII – emissores de certificados de operações estruturadas – COE distribuídos com dispensa de registro de oferta pública nos termos de instrução específica. Parágrafo único. A dispensa prevista no inciso VII não se aplica se o COE for distribuído por meio de oferta pública registrada na CVM”.

anônima e, no vencimento, os títulos deverão ser convertidos em ações de emissão da companhia recém transformada.

De fato, é preciso destacar o mérito do modelo, que possibilitou a realização financiamento coletivo de *startups* por meio de ofertas públicas realizadas na rede mundial de computadores independentemente da existência de uma regulamentação específica.

A título de comparação, empreendedores dos Estados Unidos, país em que a prática do *crowdfunding* já é difundida a pelo menos uma década, se viram impossibilitados de realizar ofertas públicas por conta da legislação em vigor. O cenário só começou a mudar em 2012, quando da edição do denominado *Jumpstart Our Business Startups Act – JOBS Act*³⁹, que inseriu a *Section 4* no *Securities Act of 1933*, incluindo o *crowdfunding* dentre as hipóteses de isenção do registro de emissor de valores mobiliários e da própria emissão em si.

Contudo, o *JOBS Act* dependia de regulamentação por parte da SEC para ter aplicabilidade. Foi apenas em 30 de outubro de 2015 que a SEC divulgou a *final rule* sobre o tema, um documento de 685 páginas denominado *Regulation Crowdfunding*⁴⁰, que, além de tudo, surgiu com uma *vacatio* de 180 dias, passando a valer apenas em maio de 2016.

Em linhas gerais, o *Regulation Crowdfunding* prevê exaustivamente as regras que devem ser seguidas por investidores, *startups* e até pelas plataformas online que pretendam captar recursos via *equity crowdfunding*. Dentre as disposições normativas, há limites anuais para o investidor, limites individuais de arrecadação da *startup* via *equity crowdfunding*, regras de divulgação de informações e a

39 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. H. R. 3606 (“*Jumpstart Our Business Startups Act*”). *An Act to increase American job creation and economic growth by improving access to the public capital markets for emerging growth companies*. Disponível em: “<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112hr3606enr/pdf/BILLS-112hr3606enr.pdf>”. Acesso em: 10 out. 2016.

40 SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. *Regulation Crowdfunding*. 30 oct. 2015. Disponível em: “<https://www.sec.gov/rules/final/2015/33-9974.pdf>”. Acesso em: 7 out. 2016.

necessidade de registro dos portais que se propõem a intermediar a operação.

4. Crítica ao atual modelo brasileiro: falta de proteção ao investidor.

É perceptível que o *equity crowdfunding* consiste em mecanismo de investimento que foge à complexidade, burocracia e “especialização” normalmente exigida de quem negocia no mercado de valores mobiliários.

As campanhas de *crowdfunding* buscam atingir o “público em geral”, na acepção mais ampla possível da expressão. Isso quer dizer que aquele que busca captar recursos por meio de plataformas de investimentos coletivos não tem intenção de se limitar a captar recursos de fundos de investimento ou de investidores qualificados. Muito pelo contrário, o público buscado pelos optantes do *crowdfunding* é o de pessoas que queiram realizar investimentos por conta própria, por meio de um portal digital, sem grande burocracia.

No entanto, isso não significa que tais investidores devam ficar desamparados de uma regulamentação minimamente protetiva, que os impeça de, desavisadamente, ver todas suas economias perdidas por conta de um mau investimento.

Pois é o que pode acontecer pela forma como o *crowdfunding* vem realizado no Brasil.

Com efeito, a Instrução CVM nº 400/2003, ao tratar da dispensa de registro para empresas de pequeno porte e microempresas em seu artigo 5º, III, estabelece proteção quase nula ao investidor.

De forma exaustiva, exige-se:

- (i) que uma mesma emissora não utilize a dispensa para captar mais de R\$ 2,4 milhões em um período de 12 meses;

- (ii) que a emissora meramente comunique à CVM a pretensão de utilizar a dispensa automática;
- (iii) que o material publicitário contenha informações verdadeiras, completas e consistentes, sem induzir o investidor a erro, e ainda que seja escrito em linguagem simples, clara, objetiva, serena e moderada, advertindo os leitores para os riscos; e
- (iv) contenha menção no material publicitário de que foi dispensado de registro perante a CVM.

A conclusão a que se pode chegar a partir de tais limitações é de que um investidor comum pode, a partir de material publicitário aprovado pela CVM, por meio somente da verificação dos critérios acima elencados, desembolsar até R\$ 2,4 milhões por ano, em cada sociedade que optar pelo *crowdfunding*. Isso basicamente quer dizer que um investidor pode investir todas as suas economias em ofertas públicas de plataformas digitais, basta que escolha investir em mais de uma *startup*.

Em princípio, a assunção de riscos é algo comum em qualquer tipo de investimento. O problema está em permitir que pessoas desacomodadas a negociar valores mobiliários passem a fazê-lo sem qualquer critério ou limitação.

Conforme já ressaltado acima, o *crowdfunding* abre as portas para que o mercado de valores mobiliários atinja público cada vez mais abrangente e, por outro lado, menos especializado. Cria-se, portanto, uma contradição em que aquele que investe em oferta pública tradicional está muito mais protegido do que aquele que investe em campanha de *crowdfunding*, muito embora seja bem provável que o segundo tenha conhecimentos muito menores sobre o tal mercado do que o primeiro⁴¹.

41 Em entrevista ao portal Exame.com, Adolfo Melito, presidente da Associação Brasileira de Equity Crowdfunding – EQUITY, declara: “São pessoas físicas que nunca investiram em mercado de capitais. ‘Por que não?’. Porque antes só investidores profissionais teriam a possibilidade de investir em startups. Agora essas pessoas também têm a oportunidade, graças à demo-

Adicionalmente, da forma como *equity crowdfunding* vem sendo realizado no Brasil, os empreendedores da *startup* investidores-guardam para si todo o controle sobre o empreendimento, sem que os investidores possuam a proteção de regras mínimas de governança corporativa.

Isso porque as prerrogativas dos investidores são apenas aquelas descritas no título de dívida conversíveis. Não há nenhuma previsão regulamentar sobre prerrogativas mínimas de fiscalização e exercício de direitos sobre o negócio em desenvolvimento que devem ser oferecidas aos investidores.

Em contraponto, no caso de ações preferenciais emitidas no âmbito do mercado tradicional de valores mobiliários, os acionistas, embora possam não estar munidos do direito de voto, possuem uma série de prerrogativas que lhes permitem participar do desenvolvimento da empresa, como a realização de assembleias próprias, reserva de matérias que exigem seus votos e até mesmo a possibilidade de eleição de alguns administradores.

Além disso, por estarem demasiadamente pulverizados, os investidores de *equity crowdfunding* têm poder de barganha reduzido. Como no *equity crowdfunding* o financiamento é feito a partir de inúmeros investidores que, a princípio, não se conhecem, a organização desses investidores para defender seus interesses frente aos administradores e/ou controladores da *startup* investida torna-se algo bastante desafiador.

Isso faz com que a falta de prerrogativas legais seja ainda mais problemática, já que todos os instrumentos de pressão sobre os empreendedores teriam que vir da iniciativa dos próprios investidores. Sem dúvidas, tal poder de barganha seria muito maior caso os investidores estivessem organizados.

cratização promovida pelo equity". Disponível em: "<http://exame.abril.com.br/pme/noticias/como-o-equity-crowdfunding-pode-salvar-o-seu-negocio>". Acesso em: 19 maio 2016.

Tudo isso demonstra que, no cenário atual, os investidores das campanhas de *equity crowdfunding* estão submetidos a uma série de riscos consideráveis, dentre os quais é possível enumerar:

- (i) ausência de uma regulamentação por parte da CVM;
- (ii) risco de descontinuidade do negócio, com a consequente possibilidade de perda de todo o montante investido;
- (iii) falta de informação adequada, uma vez que as informações a respeito do empreendimento são apenas aquelas fornecidas pelos próprios empreendedores;
- (iv) iliquidez do investimento em decorrência da ausência de um mercado secundário para negociação dos valores adquiridos; e
- (v) desconhecimento, por parte de investidores menos qualificados, da forma de operação no mercado financeiro, e consequentemente de todos os riscos acima mencionados.

Dessa forma, atualmente, quem pretende realizar uma oferta de *equity crowdfunding* se vê diante da seguinte encruzilhada: de um lado, pode optar pelo modelo tradicional de oferta pública, que, embora consagre diversos dispositivos de proteção ao investidor, mostra-se ao mesmo tempo muito caro para o empresário em estágio inicial de desenvolvimento; e, de outro lado, pode optar pelo permissivo do artigo 5º da Instrução CVM nº 400/2003, que é muito mais econômico, mas traz excessivos riscos aos investidores, conforme acima mencionado.

Nesse sentido, a edição de regulamentação própria para o *equity crowdfunding* seria adequada, de forma que a prática não seja realizada no Brasil com base em um instrumento permissivo pensado para outras modalidades de investimentos.

A inspiração da norma reguladora pode vir de algumas inovações do recém-criado modelo norte-americano, que prevê limite

anual do valor que cada investidor pode despende em ofertas de *equity crowdfunding*, sendo esse limite baseado em sua renda anual, variando a depender do poder de investimento de cada um e das consequências que a perda do valor investido teria sobre seu patrimônio.

Desse modo, investidores que tivessem maior renda poderiam aplicar maiores valores, pois uma aplicação mais volumosa não representaria risco de perda substancial de suas economias⁴².

Parece fazer bastante sentido a escolha regulatória de limitar as possibilidades de investimento ao invés de burocratizar o processo. Embora os investidores que optem pelo *equity crowdfunding* necessitem de tanta, ou talvez até de mais, proteção do que aqueles que atuam no mercado tradicional, fato é que uma oferta pública vinculada pelas ferramentas de investimentos coletivos não pode, e nem foi criada para, arcar com os mesmos custos e os mesmos procedimentos burocráticos de uma oferta pública tradicional. O menor controle sobre o conteúdo das ofertas realizadas precisa ser compensado com outro mecanismo de proteção. No caso, a limitação de valores.

5. A utilização do *equity crowdfunding* por sociedades anônimas e a necessidade de regulamentação pela CVM.

Independentemente da funcionalidade do modelo adotado para realização de campanhas de *equity crowdfunding* por meio de EPP e ME, a própria CVM já reconheceu a necessidade de regulamentação própria sobre o tema.

42 "Thus, under the final rules, an investor will be limited to investing: (1) the greater of: \$2,000 or 5 percent of the lesser of the investor's annual income or net worth if either annual income or net worth is less than \$100,000; or (2) 10 percent of the lesser of the investor's annual income or net worth, not to exceed an amount sold of \$100,000, if both annual income and net worth are \$100,000 or more" (SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. Regulation Crowdfunding. 30 oct. 2015, p. 20).

De fato, a utilização do modelo atual de dispensa parece ter sido idealizado para utilização em casos pontuais e não de forma tão disseminada como o *equity crowdfunding*. Cumpre destacar que a última vez em que os critérios para oferta pública realizadas por ME e EPP foram alterados pela CVM remetem à edição da Instrução CVM nº 482/2010, pelo menos três anos antes da constituição da primeira plataforma de *equity crowdfunding* no País.

À época, as alterações visavam estabelecer limites para uma dispensa considerada “mais permissiva do que o desejável”⁴³. Sob o argumento de proteger a “poupança pública”, a CVM estabeleceu o limite de R\$ 2.400.000,00 anuais por emissor, sem, contudo, estabelecer um limite por investidor. Tal característica, no cenário atual, cria a possibilidade de investimentos ilimitados por cada investidor, desde que invista em mais de uma *startup*.

Conforme o Relatório de Análise SDM da Audiência Pública nº 01/2009⁴⁴, que resultou na Instrução CVM nº 482/2010, alguns participantes do mercado já alertavam para a falta de controle sobre as ofertas públicas realizadas por ME e EPP. É o caso, como exemplo, do Instituto dos Auditores Independentes do Brasil – IBRACON, que recomendou a submissão das ME e EPP a “algumas regulamentações mínimas por parte da CVM” e ainda a “necessidade de realização de um estudo sobre a possibilidade de qualificar o investidor dos valores mobiliários emitidos nessas condições”.

Outro tópico importante que somente poderia ser corrigido a partir de regulamentação pela CVM reside na impossibilidade de realização do *equity crowdfunding* por sociedades constituídas sob a forma de sociedades anônimas, por conta da restrição prevista no ar-

43 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Edital de Audiência Pública SDM nº 01/2009.

44 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Relatório de Análise da Audiência Pública SDM nº 01/2009. Processo CVM nº RJ 2008/6527.

tigo 3º, § 4º, inciso X, da Lei Complementar nº 123/2006, já mencionada acima.

Com efeito, o *equity crowdfunding* desponta como ferramenta de financiamento de atividades econômicas com baixo custo de captação. Nesse contexto, é possível afirmar que um dos objetivos do *equity crowdfunding* é servir como um “trampolim” para ultrapassar a fase embrionária de desenvolvimento e conseguir alcançar uma fase de maturidade. Inclusive, foi por isso que a lei que possibilitou a realização do *equity crowdfunding* nos Estados Unidos é batizada de *Jumpstart Our Business Startups Act – JOBS Act*. Em tradução livre, “Lei para Impulsionar nossas *Startups*”.

Do ponto de vista jurídico, a abertura de uma sociedade para o investimento do público externo não é condizente com os tipos societários que podem se enquadrar como ME ou EPP. Relembra a doutrina brasileira a antiga, porém importantíssima, classificação das sociedades em “de pessoa” e “de capital”. Neste sentido, leciona Sérgio Campinho:

As sociedades podem também estar classificadas tendo em consideração a pessoa dos sócios. Dependendo da sua estruturação econômica, na qual se irá verificar a influência maior ou menor da condição pessoal do sócio, podem as sociedades ser divididas em sociedades de pessoa e sociedades de capital. Nas primeiras, a figura do sócio é o elemento fundamental da formação societária. A sociedade se constitui tendo por referência a qualidade pessoal do sócio. Fica ela, nesse contexto, subordinada à figura do sócio (conhecimento e confiança recíproca, capacitação para o negócio, etc.). Nas segundas, o ponto de gravidade da sociedade não reside na qualificação subjetiva do sócio, mas sim na sua capacidade de investimento. A importância está na contribuição do sócio para a formação do capital social, sendo relegado a um plano secundário a sua qualificação pessoal. Para tais sociedades é desinfluyente quem é o titular da condição de sócio, mas sim a contribuição material que ele é capaz de verter para os fundos sociais.
(...)

São sociedades de pessoa, a sociedade em nome coletivo, a sociedade em comandita simples, a sociedade limitada e a sociedade simples. De capital são as sociedades anônimas e em comandita por ações⁴⁵.

Em resumo, as sociedades se dividem em (a) sociedades de pessoa, nas quais as qualidades pessoais dos sócios se sobrepõem ao capital por eles aportado para a realização do objeto social; e em (b) sociedades de capital, nas quais prevalece o aspecto pecuniário da contribuição de cada sócio para a formação do capital social, pouco importando a figura pessoal do sócio.

Também é entendimento majoritário que a sociedade anônima é a sociedade de capital por excelência, sendo o tipo societário criado pelo direito para a elaboração e o desenvolvimento de empreendimentos que exigem um aporte de capital de tal magnitude que pouco importam as qualidades pessoais dos sócios, desde que ofereçam os recursos financeiros necessários. Tanto é assim que, em regra, os acionistas podem ser substituídos a partir da mera transferência de ações, sem que necessitem de qualquer autorização dos demais para tanto, tão irrelevante as características pessoais de cada um⁴⁶.

Por outro lado, outros tipos societários, como é o caso da sociedade limitada, são destinados a empreendimentos realizados por pessoas que possuem maior afinidade, que estão em sociedade por conta de característica subjetiva (*affectiosocietatis*).

Feitas tais considerações, torna-se evidente a incoerência do permissivo para realização de *equity crowdfunding* atualmente utilizado no Brasil. Enquanto sociedades de pessoa, incluindo até sociedades simples, podem se utilizar da dispensa automática do artigo 5º

45 CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do Código Civil*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 58-59.

46 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 5.

da Instrução CVM nº 400/2003 para realizar uma oferta pública via *equity crowdfunding*, as sociedades anônimas não podem utilizar tal permissivo com tamanha simplicidade.

Caso uma sociedade anônima queira se valer de uma possível dispensa de registro para utilizar-se do financiamento coletivo *online*, deverá, além de se registrar como emissora, nos termos da Instrução CVM nº 480/2009, efetuar o já descrito procedimento de requerimento previsto no artigo 4º da mesma instrução, ficando à mercê de uma decisão favorável da autarquia com base em conceitos demasiadamente amplos como “interesse público” e “informação ao investidor”.

Basicamente, a situação ambígua que se consolidou foi a seguinte: o tipo societário criado com intuito de realizar seu objeto e captar recursos junto à poupança popular (sociedade anônima) se vê impossibilitado de utilização para o que hoje cresce como uma das formas mais eficazes de financiamento coletivo; por outro lado, tipos societários que são inclusive definidos em função da relação de proximidade entre seus sócios (*affectiosocietatis*) podem se valer de uma dispensa que permite o aporte de capital de um número indeterminado de pessoas almejando a posição de sócios.

Note-se que o modelo atual de realização do financiamento coletivo só ocorre exatamente por falta de uma regulamentação. Logicamente, caso fosse permitido que as sociedades anônimas emitissem valores mobiliários, via *crowdfunding*, com tamanha simplicidade que hoje é dada às ME e EPP, é bem mais provável que aquele tipo societário fosse adotado do que estes últimos, pelos seguintes motivos:

- (i) não seria necessária a emissão de títulos de dívida conversíveis, podendo a sociedade emitir diretamente ações ou até mesmo debêntures conversíveis atingindo os mesmos resultados que os buscados;
- (ii) seria dada a oportunidade da sociedade utilizar o *equity crowdfunding* de forma mais alongada, podendo captar quantias maiores ao longo do tempo (atualmente existe limite temporal para cessar a captação de uma *startup* via

equity crowdfunding: atingida a data de vencimento dos primeiros títulos emitidos, a sociedade deve obrigatoriamente se transformar em sociedade anônima, não podendo mais se valer do instrumento);

- (iii) a sociedade anônima foi desenvolvida de forma a priorizar o capital investido. Isso quer dizer que ela apresenta mecanismos de forma a melhor regular a relação entre aqueles que possuem interesse estritamente pecuniário (investidores) e aqueles que visam participar da gestão do negócio.

Toda a estrutura jurídica construída para possibilitar o *equity crowdfunding* estabeleceu poderes e garantias aos investidores que não se efetivam (ou podem não se efetivar) enquanto os títulos de dívidas emitidos por *startups* não forem convertidos em ações.

Embora seja possível que os títulos estabeleçam extensa disciplina de prerrogativas que podem ser exercidas pelos investidores adquirentes, não há qualquer imposição legal ou regulamentar que garanta a existência de tais poderes.

Recentemente, a CVM colocou em audiência pública a aguardada minuta de instrução que dispõe sobre o *investment-based crowdfunding*, nomenclatura utilizada pela autarquia para abranger a emissão de valores mobiliários em geral, não se limitando àqueles que oferecem como contrapartidas títulos de participação (*equity*)⁴⁷. A proposta também revoga o permissivo do artigo 5º, III, da Instrução CVM nº 400/2003, fato que submeterá todas as campanhas de *crowdfunding* em que são oferecidos valores mobiliários à nova regulamentação.

A proposta da minuta é estabelecer um marco regulatório completo para a dispensa de registro das ofertas de valores mobiliá-

47 COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS – CVM. Edital de Audiência Pública SDM nº 06/2016. Disponível em: “http://www.cvm.gov.br/audiencias_publicas/ap_sdm/2016/sdm0616.html”. Acesso em: 22 ago. 2016.

rios realizadas e distribuídas a partir de campanhas de *crowdfunding*. Para tanto, a CVM sugere a criação do conceito de “empreendedor de pequeno porte”, definido como:

(...) sociedade regularmente constituída no Brasil com receita bruta anual de até R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) apurada no exercício social encerrado em ano anterior à oferta e que não seja registrada como emissor de valores mobiliários perante a CVM.⁴⁸

Com isso, as emissoras não mais precisariam se enquadrar como microempresas ou empresas de pequeno porte e, mais importante, criar-se-ia a possibilidade de que sociedades anônimas utilizassem as campanhas de *equity crowdfunding* para distribuição de valores mobiliários de sua emissão, sendo, portanto, sanada a incoerência hoje existente.

Por outro lado, preferiu a CVM não permitir que as companhias abertas, já registradas como emissoras de valores mobiliários, utilizem-se do instrumento.

Além disso, a captação de recursos realizada nos moldes da minuta deverá contar necessariamente com o intermédio de “plataforma eletrônica de investimento participativo”, definida como:

(...) pessoa jurídica regularmente constituída no Brasil e registrada na CVM com autorização para exercer profissionalmente a atividade de distribuição de ofertas públicas de valores mobiliários de emissão de empreendedores de pequeno porte realizadas com dispensa de registro conforme esta Instrução, exclusivamente por meio de página na rede mundial de computadores, programa, aplicativo ou meio eletrônico que forneça um ambiente virtual de encontro entre investidores e emissores.⁴⁹

48 *Ibidem*, p. 25.

49 *Ibidem*.

Tais plataformas, portanto, deveriam obrigatoriamente obter um registro específico perante a CVM, não sendo dada a possibilidade, como foi feito nos Estados Unidos, de que as corretoras e distribuidoras de valores mobiliários já cadastradas perante a entidade reguladora também pudessem prestar tal serviço.

A CVM sugere a imposição de alguns requisitos mínimos para as plataformas, como o patrimônio líquido de R\$ 100.000,00, sob argumento de que a plataforma deve ter a capacidade de adquirir e manter sistemas adequados e adotar os controles internos necessários ao cumprimento da regulamentação.

Tendo como base normas do gênero editadas no exterior, especialmente a *Regulation Crowdfunding*, a CVM apresentou formas alternativas de proteção ao investidor sem necessidade de tornar a oferta de valores em si demasiadamente onerosa para as emissoras. Para tanto, foi sugerido o limite de R\$ 5.000.000,00 anuais que podem ser captados pelas emissoras em ofertas do gênero.

A adoção de um limite apenas para as emissoras, como já destacado, não representaria uma real proteção ao investidor, uma vez que, adquirindo títulos de emissores distintos, o investidor poderia aplicar ilimitadamente. Ciente dessa fragilidade, a CVM sugeriu o estabelecimento de limite de aplicação anual por investidor em ofertas dispensadas de registro, no valor R\$ 10.000,00. Tal limitação não se aplicaria a investidores qualificados⁵⁰ e aos que possuam patrimônio líquido de investimento ou receita bruta anual superior a R\$ 100.000,00, podendo estes últimos investir até o limite anual de 10% de tal patrimônio.

A responsabilidade pela verificação do limite estabelecido aos investidores é da plataforma, que deverá (a) verificar o montante aplicado pelo investidor em ofertas conduzidas em seu ambiente; (b) solicitar a documentação comprobatória do investidor qualificado ou

50 Nos termos da Instrução CVM nº 539/2013.

com patrimônio líquido de investimento ou receita bruta anual superior a R\$ 100.000,00; e (c) obter declaração do investidor de que não ultrapassou os limites estabelecidos na regulamentação em ofertas de outras plataformas.

Como as ofertas públicas realizadas conforme à regulamentação proposta estarão automaticamente dispensadas de registro, a CVM atribuiu também às plataformas o dever de informar os investidores.

Consciente de que a elaboração de um prospecto completo, além de oneroso e demorado, não seria o instrumento de informação adequado aos investidores alvo do *crowdfunding*, a autarquia sugere o estabelecimento das chamadas “informações essenciais sobre a oferta”, que devem ser elaboradas pela emissora, a qual fica responsável pela veracidade, consistência, qualidade e suficiência das informações, e disponibilizada pela plataforma. As informações incluem: informações sobre o empreendedor de pequeno porte; sobre o plano de negócios; sobre o valor mobiliário ofertado; sobre a prestação de informações contínuas após a oferta; e sobre os riscos envolvidos, dentre outras.

Assim, as plataformas deveriam manter todo o conteúdo sobre as ofertas disponível publicamente para qualquer um que acesse seu endereço eletrônico, bem como deverão manter fórum de discussão sobre as ofertas, sendo vedada a ocultação de comentários negativos, o que amplia o debate e o acesso à informação por parte do investidor.

Destacadas as principais disposições da minuta de instrução sobre o *investment-based crowdfunding*, entende-se que a CVM seguiu a postura correta – já adotada em outros países – de não burocratizar demasiadamente a oferta pública de valores mobiliários realizada em campanha de *crowdfunding*, ao mesmo tempo em que focou em limitações pessoais aos investidores e à própria oferta, além do acesso universal e equitativo às informações essenciais que permitirão aos investidores tomar a decisão de investir ou não.

Resta, portanto, aguardar a conclusão da audiência pública aberta pela CVM a respeito da norma que irá regulamentar o *investment-based crowdfunding* no Brasil, na expectativa de que a redação final da instrução que será editada sobre o tema contemplará a dose correta de proteção aos investidores e desburocratização e eficiência para os empreendedores que pretendam se financiar por tal instrumento.

6. Conclusão.

De todo o exposto, pode-se chegar às seguintes conclusões:

(i) o *crowdfunding* consiste em mecanismo de financiamento pelo público, por meio do qual busca-se levantar pequenas quantias em dinheiro de um grande número de investidores;

(ii) o *equity crowdfunding*, por sua vez, consiste na aplicação do mecanismo de *crowdfunding* para captação de recursos destinados ao financiamento de empreendimentos em estágio inicial de desenvolvimento (geralmente, *startups*);

(iii) a realização de campanha de *crowdfunding*, seja por meio de oferta de ações, seja por meio de oferta de títulos de dívida conversíveis consiste em oferta pública de distribuição de valores mobiliários;

(iv) os custos inerentes ao registro de companhia aberta e do registro de oferta pública de distribuição de valores mobiliários perante a CVM, bem como a contratação de instituição intermediária (procedimentos necessários para a realização de oferta pública de distribuição de valores mobiliários nos termos da Instrução CVM nº 400/2003) são incompatíveis com o estágio de desenvolvimento das sociedades que buscam financiamento por meio de campanhas de *crowdfunding*;

(v) a Instrução CVM nº 400/2003 dispensa o registro de oferta

pública realizada por microempresa e empresa de pequeno porte (limitada ao volume de R\$ 2.400.000,00 em cada período de 12 meses por uma mesma emissora), bem como a Instrução CVM nº 480/2009 dispensa as sociedades enquadradas como microempresa e empresa de pequeno porte do registro de emissor de valores mobiliários. No entanto, a Lei Complementar nº 123/2006 exclui expressamente as sociedades anônimas do tratamento jurídico diferenciado aplicável às microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos de seu artigo 3º, § 4º, X;

(vi) as sociedades anônimas encontram-se impedidas de utilizar as dispensas de registro aplicáveis às microempresas e às empresas de pequeno porte;

(vii) embora a utilização das dispensas de registro acima referidas possibilite a realização de campanhas de *equity crowdfunding*, tal estrutura está longe de ser a ideal, pois, por um lado limita o empreendedor (em termos de volume e prazo das operações) e, por outro, não confere qualquer proteção aos investidores;

(viii) o empreendedor que pretende realizar uma oferta de *equity crowdfunding* se vê diante da seguinte encruzilhada: de um lado, pode optar pelo modelo tradicional de oferta pública, que, embora consagre diversos dispositivos de proteção ao investidor, mostra-se ao mesmo tempo muito caro para o empresário em estágio inicial de desenvolvimento; e, de outro lado, pode optar pelo permissivo do artigo 5º da Instrução CVM nº 400/2003, que é muito mais econômico, mas traz excessivos riscos aos investidores; e

(ix) impõe-se a edição de regulação específica para o *equity crowdfunding* no Brasil, de forma a viabilizar o desenvolvimento desse mecanismo de financiamento, devendo-se possibilitar a realização de campanhas de *crowdfunding* por sociedades anônimas de forma menos onerosa e burocrática que uma oferta tradicional prevista na Instrução CVM nº 400/2003, porém com regras que garantam um mínimo de proteção aos investidores que aplicarem recursos em tais campanhas.

PRINCIPAIS ASPECTOS DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO¹

KEY ASPECTS OF REQUEST FOR REFUND INSTITUTE IN BRAZILIAN LAW

Cláudio Luiz de Miranda

Resumo: Este trabalho tem como objetivo discorrer a respeito da evolução histórica do instituto do pedido de restituição, para que sejam apresentadas as bases de sua origem e desenvolvimento no direito brasileiro. Para tanto, analisam-se brevemente os institutos existentes na Legislação anterior, que ajudaram a compor os principais elementos atuais desse tema. Na sequência, passa-se a estudar a disciplina específica do pedido de restituição no âmbito da crise empresarial no Brasil, apontando-se as principais controvérsias e aplicações desse instituto nos dias atuais.

Palavras-chave: Falência. Pedido de Restituição. Direito Empresarial.

Abstract: The aim of this paper is to examine the historical evolution of request for refund, in order to present the foundations of its origin and development in the Brazilian law. For this purpose, this paper will briefly analyze the existing institutions in previous Legislation, which helped to write the current main elements of this theme.

¹ Artigo recebido em 20.07.2016 e aceito em 16.11.2016.

Finally, this paper will present the legal discipline of the request for refund in Brazil, pointing up the main controversies and applications of this institute today.

Keywords: Bankruptcy. Request for Refund. Business Law.

Sumário: Introdução. 1. Precedentes históricos. 1.1. O direito anterior ao Decreto-Lei 7.661/45. 1.2. Breves comentários sobre o Decreto-Lei 7.661/45. 1.3. O direito brasileiro admite o pedido de restituição “amigável”? 2. Legislação atualmente aplicável no Brasil. 2.1. Restituição ordinária. 2.1.1. Alienação fiduciária em garantia. 2.1.2. Cessão fiduciária de direitos creditórios. 2.1.3. Arrendamento mercantil. 2.1.4. Mandato e comissão. 2.1.5. Comodato. 2.1.6. Contrato estimatório. 2.1.7. Restituição de dinheiro. 2.1.8. O pedido de restituição ordinária e a continuidade contratual, com a sobrevivência da falência de uma das partes. 2.2. Restituição especial. 2.2.1. Restituição da coisa vendida a crédito. 2.2.2. Restituição decorrente de adiamento de contrato de câmbio. 2.2.3. Valores recebidos pelo falido, em decorrência da boa-fé do outro contratante. 2.3. Procedimento do pedido de restituição. 2.4. Embargos de terceiro. Conclusão.

Introdução.

O escopo deste trabalho é traçar um panorama do desenvolvimento do pedido de restituição, instituto jurídico aplicável em situação de crise do empresário, de forma a contribuir para uma melhor compreensão do tema à luz do direito falimentar atual.

No âmbito do direito privado, tem-se como postulado importante o conceito de que o patrimônio do devedor deve responder por suas dívidas.

Tal postulado, como não poderia deixar de ser, constitui limite positivo e negativo relevante para a interpretação e aplicação prática dos institutos inerentes ao direito falimentar brasileiro.

Positivo, pois a maior parte do patrimônio de titularidade do

devedor deve se destinar ao atendimento de suas obrigações. Negativo, porque o que não integra esse conjunto de bens não deve responder por suas dívidas.

E no direito falimentar não é diferente.

Decretada a falência, caberá ao administrador judicial (anteriormente, ao síndico) arrecadar os bens do devedor, ressalvados aqueles que se enquadrem como absolutamente impenhoráveis, na forma da lei especial e dos que integram patrimônio de afetação (art. 119, IX, Lei nº 11.101/05).

A atribuição do administrador judicial de dar concretude prática ao princípio da universalidade, arrecadando todos os bens do devedor, com exceção daqueles que são absolutamente impenhoráveis, assume contornos de considerável complexidade.

Cabe ao administrador judicial (e, anteriormente, cabia ao síndico) arrecadar tudo, mesmo aquilo que pode não ser propriamente do devedor, sendo competência do Juízo Falimentar a distinção entre o que permanecerá na massa falida objetiva e o que deverá ser restituído ao seu legítimo titular.

Nesse contexto, é de inegável relevância a existência de mecanismos legais que permitam a definição precisa do que compõe o patrimônio do devedor, estabelecendo o que se sujeitará à satisfação do concurso de credores e o que não deverá ser arrecadado, por ultrapassar os limites acima estabelecidos.

Os titulares de bens arrecadados devem possuir meios para reaver os bens de sua titularidade, os quais, por se encontrarem sob a posse do devedor, devem ser destacados e retirados da massa arrecadada.

Tal tarefa não é simplória.

O ordenamento jurídico oferta meios para que o interessado possa pleitear a defesa de seu direito, de forma que, os bens que es-

tavam com o devedor, mas que sejam de titularidade de terceiro, sejam entregues a quem de direito.

O principal desses meios jurídicos corresponde ao pedido de restituição.

A depender do desenho a ele atribuído, tal pedido pode ser implementado com base no direito real de propriedade (regra geral) ou em outras causas (evitar o enriquecimento sem causa da massa falida ou preservar a boa-fé dos que contratam operações comerciais, por exemplo), todas elas previstas na Lei nº 11.101/05.

Todavia, para que se possa compreendê-lo em sua completude, se faz relevante examinar a origem do instituto, principalmente à luz da disciplina legislativa anterior, de forma a apontar o melhor tratamento para as controvérsias surgidas atualmente com relação à sua aplicação prática.

Em seguida, examinar-se-ão aspectos interessantes sobre o tema, de forma a apontar suas características básicas e apontar, ao leitor, eventuais controvérsias e a maneira mais adequada de enfrentá-las.

Por fim, realizar-se-á o exame acurado do procedimento para a implementação desse instituto, à luz da disciplina legal e do entendimento doutrinário e jurisprudencial mais recente, concluindo-se o traçado de um panorama detalhado do que vem a ser o instituto do pedido de restituição no Direito Brasileiro.

1. Precedentes históricos.

Cumpra traçar o panorama histórico do instituto sob análise, para fins de reconhecer as principais premissas e tendências existentes em nosso ordenamento jurídico, com vistas à melhor compreensão e aplicação do pedido de restituição.

1.1. O direito anterior ao Decreto-Lei nº 7.661/45.

O Professor Rubens Requião² relata, com a precisão que lhe é característica, os antecedentes legislativos do pedido de restituição, destacando a importância de se examinar o passado do instituto para se entender e aplicar adequadamente seus elementos mais relevantes ao presente.

Esclarece o referido Professor que a preocupação em se reaver da massa falida bens de terceiros arrecadados pelo síndico, em cumprimento ao que determina a Lei, já, há muito, era presente na doutrina e jurisprudência especializadas, que se apropriavam, para tanto, do instituto de Direito Civil relativo à “ação reivindicatória”.

Tal apropriação, todavia, apesar de permitir, na prática, que houvesse o destaque dos bens “não pertencentes” à massa, era, em teoria, objeto de constantes críticas por partidos operadores do direito falimentar, uma vez que não se tratam de elementos idênticos ou equivalentes.

Com efeito, o Código Comercial de 1850 (arts. 873 e 874) disciplinava tal situação a partir da definição dos interessados como “credores de domínio”, enquanto que o Decreto nº 917/90 se referia a “credores reivindicantes”. Ambas as expressões foram alvo de diversas críticas por parte dos especialistas no assunto, uma vez que “o dono da coisa não é credor de quem a possui”³.

Tais críticas surtiram efeito, de modo que a Lei nº 2.024/08 e o Decreto nº 5.746/29 já não se referiam a “credores”, permanecendo, contudo, a referência ao instituto reivindicatório.

O pedido de restituição, com contornos próximos ao do instituto atual de nossa legislação falimentar, surgiu apenas com a edição

2 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, vol. 1, p. 278-280.

3 *Ibidem* p. 278.

do Decreto-Lei nº 7.661/45, consagrador da expressão “pedido de restituição”.

1.2. Breves comentários sobre o Decreto-Lei nº 7.661/45.

O Decreto-Lei nº 7.661/45 disciplinava o direito à restituição nos artigos 76 a 79, destacando como pressupostos para a medida a existência de “coisa” arrecadada em poder do falido e o poder de terceiro sobre tal “coisa” em decorrência de direito real ou contratual.

Sobre o tema, cumpre registrar que a restituição de coisa já alienada pelo devedor, anteriormente à decretação da falência, não era possível, excepcionando-se a hipótese de ser alienada diretamente pela massa falida, em que era substituída por dinheiro ou sub-rogada em outra coisa.

Além disso, podia “ser reclamada a restituição das coisas vendidas a crédito e entregues ao falido nos quinze dias anteriores ao requerimento da falência, se ainda não alienados pela massa” (artigo 76, § 2º, Decreto-Lei nº 7.661/45).

Discussão interessante que se teve, à época, consistia no exame das razões pelas quais o legislador havia escolhido a expressão “coisa” e não “bens”.

Para alguns operadores do direito, “bens” constituiria gênero, englobando materiais e imateriais. Os materiais, por sua vez, se circunscreveriam às “coisas”.

Discutia-se, assim, se o legislador havia restringido, ou não, o pedido de restituição apenas aos bens materiais, havendo que se diferenciar o objeto do pedido, para apurar o seu cabimento.

Tal controvérsia, considerada “vencida” na legislação anterior, cujos doutrinadores estendiam o “pedido de restituição” a todas as espécies de bens, não mais permanece na legislação atual, eis que o

legislador se utiliza expressamente de “bens” para se referir ao objeto do pedido de restituição.

Além disso, cumpre destacar que, na vigência do Decreto-Lei nº 7.661/45, a arrecadação prévia dos bens consistia em requisito fundamental para o pedido de restituição, na forma do *caput* do artigo 76.

Portanto, não bastava a constatação da posse do bem pelo devedor e a comprovação, por exemplo, do direito real de propriedade de terceiros sobre esse bem, sendo imprescindível a sua arrecadação efetiva pelo síndico para a formulação do pedido.

Atualmente, tal situação também se encontra superada, uma vez que para formular o pedido de restituição basta que o bem esteja na posse do falido quando da sentença de decretação de falência.

Questão igualmente interessante diz respeito à restituição extraordinária prevista no Decreto-Lei nº 7.661/45, no âmbito da concordata preventiva.

O referido Decreto estabelecia no artigo 166 que “ressalvadas as relações jurídicas decorrentes de contrato com o devedor, cabe na concordata preventiva pedido de restituição, com fundamento no artigo 76, prevalecendo, para o caso do parágrafo 2º, a data do requerimento da concordata”.

Portanto, excepcionalmente, em caso de concordata preventiva, disciplinada nos artigos 156 e seguintes do Decreto-Lei nº 7.661/45, era permitida: (i) a restituição de coisa arrecadada em poder do falido, quando devida em virtude de direito real ou de contrato, ainda que a coisa já tenha sido alienada pela massa (não pelo devedor); e (ii) a restituição das coisas vendidas a crédito e entregues ao falido nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata, se ainda não alienados pela massa.

Tal dispositivo não foi reproduzido para o âmbito da recuperação judicial, disciplinada na Lei nº 11.101/05, uma vez que: (i) de-

sestimularia a negociação do plano de recuperação judicial, interferindo negativamente em seu caráter negocial, na autonomia da vontade que o cerca e no efeito novativo atribuído, por lei, ao plano; e (ii) a regra, no âmbito da recuperação judicial, é a continuidade dos bens com o devedor.

1.3. O Direito Brasileiro admite o pedido de restituição “amigável”?

Antes de adentrar no exame detalhado da disciplina jurídica atual do pedido de restituição, convém tecer breves comentários acerca da interessante questão que envolve a possibilidade, ou não, do pedido de restituição amigável, ou administrativo, no âmbito do Direito Falimentar do Brasil.

A questão, intuitivamente simples, traz consequências práticas e jurídicas muito importantes.

Ao arrecadar os bens sob a posse, direta ou indireta, do devedor, o administrador judicial reconhece se tratar um dado bem de propriedade inequívoca de terceiro: seria lícito a esse administrador judicial devolver diretamente o bem ao terceiro? E se o terceiro o notificasse e, com base em provas robustas, lhe formulasse pedido nesse sentido, poderia ele devolver?

Em ambos os casos, a resposta é negativa.

Já sob a disciplina do Decreto-Lei nº 7.661/45 e, atualmente, sob a disciplina da Lei nº 11.101/05, entende-se ser de competência exclusiva e inderrogável do Juízo Falimentar dar a palavra final acerca da composição da massa falida objetiva.

Somente o Juiz pode, em procedimento próprio, reconhecer que determinado bem foi arrecadado indevidamente pelo administrador judicial e restituí-lo a quem de direito.

Ao administrador judicial cabe, tão somente, a atribuição de

arrecadar, em sua totalidade, os bens sob a posse, direta ou indireta, do devedor, com exceção exclusivamente aos bens absolutamente impenhoráveis e que integram patrimônio de afetação (art. 119, IX, Lei nº 11.101/05).

Ainda que receba provas robustas em sentido contrário, o administrador judicial, por si só, nada deve fazer em prol da devolução do bem.

É o que dispõe (e já dispunha) a Lei. Todavia, resguardada a devida vênia, talvez não seja o que ela deveria dispor.

Movimentar a já assoberbada máquina judiciária brasileira, transformando o Poder Judiciário em verdadeiro “homologador” de questões de fato e de direito indiscutíveis, não deveria ser a preocupação do legislador.

Assim como o procedimento de verificação de créditos, conforme disciplina do artigo 7º e seguintes da Lei nº 11.101/05, permite, salvo nas situações expressamente previstas na lei, a atuação administrativa e proativa do administrador judicial, sem a necessidade, em muitos casos, de se “judicializar” a questão, também na restituição poder-se-ia pensar e estruturar atuação semelhante.

Trata-se de evidente medida de composição de interesses disponíveis e, principalmente, de concretização prática dos princípios de economia e celeridade processuais, desonerando o nosso já combalido sistema judiciário.

O argumento no sentido de que a restituição de bens pode produzir efeitos irreversíveis, desde logo, de modo que equívocos ou fraudes produziram resultados negativos para os envolvidos também não deve prosperar.

A fraude e má-fé não devem ser presumidos, mas sim a boa-fé e a menor burocratização de procedimentos para reaver o que é de direito daquele que pleiteia.

Ademais, os autores do pedido de restituição e, principalmem-

te, o administrador judicial estão sujeitos à rígidas regras de responsabilidade.

A posição deste Autor, contudo, não é majoritária.

A título ilustrativo do pensamento em sentido contrário, registre-se o posicionamento do Professor Alexandre Assumpção, ao defender que⁴:

Em se tratando de pedido de restituição todas as medidas de cautela devem ser empregadas, pois a restituição de um bem que intuitivamente pertença à massa falida desnaturaria a garantia do *par conditio creditorum*. Ademais, a necessidade de ratificação judicial demandaria ao juiz a mesma análise que hoje é feita quando oposto um pedido de restituição, sendo a demora na prestação jurisdicional um problema exclusivamente forense ao qual esse eventual pedido de autorização também seria submetido. O melhor é, como prevê a Lei nº 11.101/2005, a prestação de uma caução pelo terceiro que pretenda rever o bem de sua propriedade antes mesmo do trânsito em julgado da decisão do pedido de restituição. Evita-se assim o desvio injustificado de bens da massa falida objetiva, que consubstancia a garantia dos credores, e, ao mesmo tempo, a possível deterioração do bem do terceiro. Nota-se, então, pela evolução histórica, que o pedido de restituição, como a ação revocatória⁵, foi sendo amoldado pelo regramento falimentar a partir de um instrumento eminentemente civilista, mas que fora incorporado pelo legislador falimentar como meio de proteção dos interesses de terceiros que sejam prejudicados pela arrecadação de bens.

Sobre o tema, cumpre destacar, ainda, a seguinte opinião do Professor Rubens Requião, ao dispor que⁶:

4 ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; BAPTISTA, Raul Gonçalves. O Pedido de Restituição Ordinária na Lei nº 11.101/05. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, n. 9, julho/desembro de 2011. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 43-89.

5 A ação revocatória tem por origem histórica o instituto civilista da ação pauliana.

6 REQUIÃO, op. cit., vol. 1, p. 277.

A decisão relativa à situação dos bens, se integram ou não o patrimônio do falido, é de exclusiva competência do juiz da falência. Não é possível, pois, ao síndico, mesmo se considerar indiscutível o direito de propriedade do terceiro sobre a coisa arrecadada, restitui-la amigavelmente. Nesse particular, nossa lei é radical, ao enunciar que o pedido de restituição deve ser cumpridamente fundamentado (art. 77). O direito francês é mais liberal, pois como doutrinam os autores Argenson, Toujas e Dutheil, o pedido de restituição não supõe necessariamente a intervenção do tribunal e é primeiro apresentado ao síndico que, com a autorização do juiz, pode admiti-lo.

Tal entendimento encontra-se fundamentado, sobretudo, na teleologia do art. 110, Lei nº 11.101/05, que dispõe acerca do conteúdo do inventário e sustenta a responsabilidade penal do administrador judicial caso oculte, por qualquer razão, bens da massa.

Portanto, a Legislação atual não permite a composição amigável e a resolução administrativa de pedidos de restituição, devendo o tema obrigatoriamente sujeitar-se à apreciação e ao crivo do Poder Judiciário.

2. Legislação atualmente aplicável no Brasil.

Nos tópicos que se seguem pretende-se abordar, de forma sintética, os principais aspectos relacionados ao pedido de restituição, previsto, atualmente, na Lei nº 11.101/05 como ação judicial de conhecimento, incidente ao procedimento falimentar.

2.1. Restituição ordinária.

No que se refere à restituição ordinária, cumpre destacar o disposto no artigo 85, *caput*, Lei nº 11.101/05, ao dispor que “o proprietário de bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre

em poder do devedor na data da decretação da falência poderá pedir sua restituição”.

Convém registrar que a parte final do mencionado dispositivo (“que se encontre em poder do devedor na data da decretação da falência poderá pedir sua restituição”) inova com relação ao direito anterior, ampliando as hipóteses de cabimento do pedido de restituição.

Em decorrência da ampla discussão no Direito anterior acerca da restituição aplicada em caso de alienação fiduciária de direitos creditórios, disciplinada no art. 20, Lei nº 9.514/97 (em que o direito à restituição por parte do credor fiduciário independe da efetiva arrecadação, eis que recai sobre créditos lastrados em contratos) a Lei nº 11.101/05 pacificou o entendimento de que, estando sob a posse do devedor na data da decretação da falência, o proprietário tem o direito de exigir a restituição da coisa.

Trata-se, pois, da situação mais natural a justificar a formulação do pedido: o titular de direito real de propriedade sobre o bem arrecadado, juntando as provas do domínio e da posse injusta pela massa falida, após a arrecadação, pleiteia judicialmente a restituição de seus bens.

Em regra, a restituição ordinária será realizada mediante a entrega do próprio bem, na forma do artigo 88, Lei nº 11.101/05. Entretanto, caso o bem não mais exista, por qualquer motivo, a Lei expressa e excepcionalmente admite que a restituição ocorra em dinheiro, aplicando-se à espécie o disposto no artigo 86, I, Lei nº 11.101/05.

Nesse caso, o requerente do pedido de restituição deverá receber o valor atualizado de avaliação do bem ou, caso tenha ocorrido a sua venda, o respectivo preço pago pelo comprador.

Dentre as principais situações que podem ensejar o pedido de restituição ordinária destacam-se: (i) alienação fiduciária em garantia; (ii) cessão fiduciária de direitos creditórios; (iii) arrendamento mer-

cantil; (iv) mandato e comissão; (v) comodato; (vi) contrato estimatório; e (vii) restituição de dinheiro em poder do falido⁷.

Tais situações serão examinadas nos itens a seguir.

2.1.1. Alienação Fiduciária em Garantia.

A alienação fiduciária em garantia é, em linhas gerais, o instrumento jurídico de garantia por meio do qual o devedor (fiduciante) cede ao credor (fiduciário) a propriedade resolúvel sobre determinado bem, repartindo-se a posse sobre esse bem (a direta permanece com o devedor e a indireta passa para o credor) até que determinada relação creditícia seja adimplida.

Trata-se de instrumento eficiente de garantia, pois, caso a prestação não venha a ser quitada pelo devedor, o credor, já com a posse indireta do bem, possui meios para consolidar a posse plena sobre o bem, alienando-o extrajudicialmente para a satisfação de seu direito.

Em havendo o regular adimplemento do crédito, a propriedade resolúvel se extingue, retornando o domínio pleno do bem ao devedor.

Inicialmente disciplinada pelo artigo 66 da Lei nº 4.728/65, a alienação fiduciária em garantia fortaleceu-se como instituto jurídico efetivamente utilizado em nosso direito após a edição do Decreto-Lei nº 911/69, que alterou a redação original do mencionado dispositivo legal.

Tal Decreto-Lei possui relevância inegável para o presente trabalho, ao estabelecer, em seu artigo 7º, o direito do credor, em caso de falência do devedor, de requerer a restituição do bem (com uma vantagem comparativa relevante se comparada à situação dos credores com garantia real, que se submetem ao concurso de credores).

7 Sobre o tema, destaque-se: ALVES; BAPTISTA, op. cit., p. 43-89.

Nessa linha, destaque-se, também, o disposto nos artigos 20 c/c 32, Lei nº 9.514/97, que disciplinam a restituição de coisa objeto de alienação fiduciária e estabelecem que:

Art. 20. Na hipótese de falência do devedor cedente e se não tiver havido a tradição dos títulos representativos dos créditos cedidos fiduciariamente, ficará assegurada ao cessionário fiduciário a restituição na forma da legislação pertinente.

Parágrafo único. Efetivada a restituição, prosseguirá o cessionário fiduciário no exercício de seus direitos na forma do disposto nesta seção.

Art. 32. Na hipótese de insolvência do fiduciante, fica assegurada ao fiduciário a restituição do imóvel alienado fiduciariamente, na forma da legislação pertinente.

Vale mencionar, também, o disposto no art. 151, parágrafo 2º, Lei nº 7.565/86, a qual, ao disciplinar a alienação fiduciária de aeronave estabelece o seguinte: “Art. 151. (...) § 2º Na falência, liquidação ou insolvência do devedor, fica assegurado ao credor o direito de pedir a restituição do bem alienado fiduciariamente.”

Em seguida, a Lei nº 10.931/2004 revogou o artigo 66, Lei nº 4.728/65, introduzindo em nosso ordenamento jurídico o artigo 66-B da Lei nº 4.728/65, a seguir reproduzido:

Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

§ 1º Se a coisa objeto de propriedade fiduciária não se identifica por números, marcas e sinais no contrato de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identificação dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor.

§ 2º O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171,

§ 2º, I, do Código Penal.

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

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

§ 5º Aplicam-se à alienação fiduciária e à cessão fiduciária de que trata esta Lei os arts. 1.421, 1.425, 1.426, 1.435 e 1.436 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

§ 6º Não se aplica à alienação fiduciária e à cessão fiduciária de que trata esta Lei o disposto no art. 644 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

No âmbito da alienação fiduciária em garantia, em caso de falência do devedor empresário, o credor pode requerer a restituição do bem, na forma dos artigos 7º do Decreto-Lei nº 911/69 e 32 da Lei nº 9.514/97, os quais simplesmente especificam a norma já extraída do próprio artigo 85, *caput*, Lei nº 11.101/05.

Concedido o pedido, o bem objeto da alienação fiduciária deverá ser destacado da massa falida objetiva e submetido ao procedimento de alienação extrajudicial, na forma do artigo 66-B, Lei nº 4.728/65. Na hipótese de restar saldo positivo, tal montante deverá ser entregue pelo credor à massa falida. Em sendo negativo, o credor deverá habilitar o saldo no processo de falência do devedor, em regra, na classe de credores quirografários.

Ponto interessante diz respeito ao fato de que o pedido de

restituição somente tomará corpo se o administrador judicial desejar não continuar com o contrato.

Com efeito, em se tratando de contrato bilateral na falência, o administrador judicial poderá decidir por continuar o contrato, julgando-o benéfico para a massa e desde que autorizado pelo comitê de credores, na forma do artigo 117, Lei nº 11.101/05, hipótese em será considerado crédito extraconcursal no âmbito do processo de falência.

Nessa hipótese, entende-se, porém, que o administrador judicial não será totalmente livre para dispor do bem, uma vez que se trata de bem de titularidade de terceiro, não podendo ser alienado pela massa, por exemplo.

Vale registrar posicionamento em sentido contrário por parte de operadores do direito, no sentido de que a falência resultaria necessariamente no vencimento antecipado do contrato, hipótese em que o pedido de restituição seria plenamente possível desde a decretação da falência, quando existente cláusula contratual dispondo sobre a resolução do contrato em caso de falência do devedor, o que será objeto de exame detalhado itens a frente.

2.1.2. Cessão fiduciária de direitos creditórios.

Na forma da Lei nº 9.514/97, as operações de financiamento imobiliário podem contar como garantia a cessão fiduciária de créditos decorrentes de contratos de compra e venda imobiliária (artigo 17, II, da referida lei).

Nessa linha, nas hipóteses em que é constituída a cessão fiduciária em garantia de créditos, em se verificando a falência do devedor empresário, anteriormente à tradição dos documentos representativos dos créditos em garantia, o credor tem o direito de pedir a respectiva restituição, na forma do artigo 20, Lei nº 9.514/97 e do artigo 85, *caput*, Lei nº 11.101/05.

2.1.3. Arrendamento mercantil.

Em linhas gerais, o arrendamento mercantil, também chamado de *leasing*, consiste em instituto jurídico por meio do qual o arrendador adquire um bem e faculta seu uso ao arrendatário, a quem é atribuído o pagamento de remuneração periódica e o direito de compra do bem, mediante o pagamento de certo preço residual.

Caso seja decretada a falência do devedor empresário, o credor terá o direito de requerer a restituição do bem objeto do arrendamento mercantil, devendo comprovar a titularidade do bem e a posse injusta por parte da massa falida (convém atentar para esses requisitos, uma vez que o bem pode, por qualquer motivo, não ter sido arrecadado).

Portanto, nessa hipótese, assim como disposto no item 2.1.1 acima, o contrato deverá ser previamente resolvido, de modo que, caso o administrador judicial opte por continuá-lo, não haverá prova da posse injusta e, por conseguinte, inexistirá direito de restituição por parte do arrendador.

Por fim, cumpre destacar que a restituição, quando de direito, se circunscreve ao bem objeto do arrendamento mercantil, não havendo que se falar em restituição de aluguéis ou remunerações não pagas em decorrência do contrato, com relação às quais o credor deverá se habilitar junto à falência do devedor.

2.1.4. Mandato e comissão.

Em caso de falência, o mandato conferido pelo falido para a realização de negócios, que verse sobre matéria empresarial, cessará seus efeitos, cabendo ao mandatário prestar contas de sua gestão, na forma do artigo 120, Lei nº 11.101/05.

Nesse cenário, cabe ao mandante ou comitente reaver, por meio do pedido de restituição, os bens de sua titularidade eventualmente arrecadados sob a posse do falido (mandatário ou comissário).

2.1.5. Comodato.

Na forma do artigo 579, Código Civil, o comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis, que se perfaz com a tradição do objeto.

Nessa hipótese, verificada a falência do comodatário, os respectivos bens serão objeto de pedido de restituição por parte do comodante.

Cenário interessante consiste no exame de pedido de restituição de bem entregue em comodato de natureza essencial para a continuidade provisória de negócios pelo falido ou, por exemplo, para a melhor conservação de bens arrecadados no procedimento falimentar.

Em sentido inovador, se comparada ao Decreto-Lei nº 7.661/45, a Lei nº 11.101/05 disciplina, no artigo 118, a possibilidade do administrador judicial dar continuidade a contratos unilaterais, obtida a anuência do Comitê de Credores.

Para esse caso, entende-se que o administrador judicial poderá optar pela continuidade do contrato, obstando o direito do credor reaver o bem.

2.1.6. Contrato estimatório.

O contrato estimatório se caracteriza, em linhas gerais, pela consignação de uma pessoa à outra de coisa móvel para venda, previamente estimadas quantias e preço de estimação (paga o preço ou substitui a coisa).

Em caso de falência do consignatário, ressalvada a hipótese de continuidade do contrato pelo administrador judicial, o credor igualmente será legítimo titular do pedido de restituição.

2.1.7. Restituição de dinheiro.

Tema historicamente debatido pelos especialistas em direito falimentar consiste na possibilidade, ou não, de restituição de dinheiro arrecadado sob a posse do falido.

No passado, forte corrente doutrinária, dentre os quais se destaca Trajano Miranda Valverde, negava a viabilidade da restituição de dinheiro, como coisa arrecadada em mãos do falido, sob o argumento de que coisas fungíveis, sem individualidade própria (espécie), não poderiam ser reivindicadas.

Todavia, a jurisprudência decidiu por dar ampla aplicação à restituição de dinheiro de terceiro, arrecadado em poder do falido, sobretudo nas históricas decisões em favor da Previdência Social, quando o falido/empregador descontava as contribuições de seus funcionários mas não as transferia, como de direito, ao órgão previdenciário, culminando na Súmula 417, STF.

Assim, identificando-se, quando da falência do devedor, dinheiro de terceiros sob a posse do falido, poderá ser objeto de pedido de restituição, na forma da Súmula nº 417, STF, a qual estabelece que: “Pode ser objeto de restituição, na falência, dinheiro em poder do falido, recebido em nome de outrem, ou do qual, por lei ou contrato, não tivesse ele a disponibilidade”, a qual permanece em pleno vigor.

2.1.8. O pedido de restituição ordinária e a continuidade contratual, com a decretação da falência de uma das partes.

Aspecto de indiscutível consistência prática diz respeito ao exame dos interesses conflitantes quando da decretação da falência do devedor: de um lado, o credor deseja reaver, o mais célere possível, o bem, havendo atendido o seu pedido de restituição e, de outro,

em muitas ocasiões, o administrador judicial, representando o melhor interesse da massa falida, decide mantê-lo sob a posse do devedor.

Com efeito, com base no artigo 85, *caput*, Lei nº 11.101/05, “o proprietário de bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre em poder do devedor na data da decretação da falência poderá pedir sua restituição”.

Conforme descrito acima, para o exercício desse pedido de restituição, o autor deverá comprovar a propriedade do bem e a posse injusta por parte da massa falida, repousando nessa segunda hipótese o principal centro do tema dessa seção: o que configura a posse injusta? A mera titularidade de bem de propriedade de terceiro pela massa falida, após a decretação da falência, é suficiente? Parece que não.

A falência não é necessária causa de extinção dos contratos firmados pelo falido, de modo que: (i) os contratos bilaterais não se resolvem com a decretação falimentar, podendo ser cumpridos, a depender da vontade do administrador judicial e da autorização do Comitê de Credores, se existente, na forma do artigo 117, Lei nº 11.101/2005; e (ii) nos unilaterais, o administrador judicial pode determinar o cumprimento do contrato, com a autorização do Comitê de Credores, se existente, se esse fato reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, realizando o pagamento da prestação pela qual está obrigada, na forma do artigo 118, Lei nº 11.101/2005.

Portanto, a comprovação da posse injusta por parte do autor do pedido de restituição vai além da mera demonstração de que bem de sua titularidade foi arrecadado após a falência do devedor, havendo que comprovar o fim do contrato.

A esse respeito, destaque-se a profusão de cláusulas contratuais dispendo acerca da resolução do contrato, de pleno direito, em caso de falência do devedor, na tentativa de retirar do administrador judicial a atribuição de dar continuidade aos contratos com o falido.

Há, portanto, evidente conflito de princípios: (i) de um lado, os credores defendem o princípio da autonomia da vontade, de forma que o contrato deva ser cumprido; e (ii) de outro, entende-se que o afastamento dessa cláusula resolutória de pleno direito representaria a concretização da função social do contrato (prevista no artigo 421, Código Civil) e do interesse social, pois o administrador judicial toma a decisão conforme o melhor interesse da massa.

Defensores da primeira linha de raciocínio destacam-se os doutrinadores Rubens Requião⁸, Sérgio Campinho⁹ e Fábio Ulhoa Coelho¹⁰, dando plena validade e eficácia à cláusula de resolução de pleno direito.

Em sentido diverso, destaque-se o ensinamento do Professor Alexandre Assumpção, ao dispor que¹¹:

Entende-se aqui, no entanto, que o interesse da massa deve prevalecer, logo a cláusula resolutiva expressa deve ser tida como ineficaz em relação à massa. Isto porque, não cumpre a mencionada cláusula com a sua função social, não sendo assim merecedora de eficácia jurídica. [...] Trata-se aqui de um interesse metaindividual que extrapola a relação entre credor e devedor. A manutenção dos contratos que permitam a preservação e manutenção dos ativos é uma garantia da massa de credores e um dever do administrador judicial. [...] Dessa forma, tal qual no direito comparado, deve prevalecer o interesse da massa falida e a função social dos contratos sobre a cláusula resolutiva expressa.

8 Por todos, registre-se o seguinte trecho da obra de Rubens Requião, ao dispor que: “Em síntese, para que a falência resulte, só por si, na rescisão do contrato, é necessário que exista cláusula expressa nesse sentido (...)”. REQUIÃO, op. cit., vol. 1, p. 288.

9 CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação judicial – o novo regime da insolvência empresarial*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

10 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, Direito de Empresa. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

11 ALVES; BAPTISTA, op. cit., p. 43-89.

Vislumram-se, portanto, sólidos argumentos para ambos os lados, embasados em entendimentos e raciocínios de elevado grau técnico e precisão doutrinária, motivo pelo qual recomenda-se ao operador do direito que antecipe os efeitos positivos e negativos da inclusão de cláusula nesse sentido em seus respectivos instrumentos contratuais.

2.2. Restituição especial.

Além da restituição ordinária, a Lei nº 11.101/05 disciplina, ainda, outras hipóteses de pedido de restituição, com base em elementos que não o direito real de propriedade sobre o bem objeto de arrecadação pelo administrador judicial.

Trata-se das seguintes hipóteses: (i) restituição de coisa vendida a crédito, prevista no artigo 85, parágrafo único, Lei nº 11.101/05; (ii) restituição decorrente de adiantamento a contrato de câmbio; e (iii) valores recebidos pelo falido, em decorrência da boa-fé do outro contratante.

Convém destacar que as restituições em dinheiro somente serão efetuadas após o pagamento dos créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, conforme previsto nos artigos 86, parágrafo único e 151, Lei nº 11.101/05.

Tais situações serão examinadas nos itens a seguir.

2.2.1. Restituição de coisa vendida a crédito.

Nos termos do artigo 85, parágrafo único, Lei nº 11.101/05, pode ser objeto de pedido de restituição “coisa vendida a crédito e entregue ao devedor nos 15 (quinze) dias anteriores ao requerimento de sua falência, se ainda não alienada”.

Registre-se que tal dispositivo consolidou no ambiente legislativo o entendimento já existente, no direito anterior, com base na Súmula nº 193, STF, ao dispor que “Para a restituição prevista no art. 76, parágrafo 2º, da Lei de Falências, conta-se o prazo de quinze dias da entrega da coisa e não da sua remessa”.

Trata-se, assim, de modalidade especial de restituição, voltada à proteção da boa-fé do vendedor que, sem ter conhecimento da situação de crise em que se encontrava o devedor, aliena bem a crédito ao devedor, entregando-o nos de 15 (quinze) dias do requerimento de sua falência.

Portanto, para fins de sustentar esse pedido de restituição, devem estar cumulativamente presentes os seguintes requisitos: (i) venda do bem a crédito, não à vista; (ii) entrega do bem no prazo legal (tradição real, não apenas a simbólica do bem); e (iii) o bem não pode ter sido alienado pela massa.

Na ausência de qualquer desses requisitos, em regra, não haveria base para restituição.

Algumas controvérsias surgem desse tema.

A primeira delas consiste na hipótese em que a venda é celebrada à vista, todavia, o devedor não efetua o pagamento imediatamente (por exemplo, o pagamento ocorre com cheque sem fundos ou, simplesmente, o credor não cobrou na hora).

Nessa hipótese, Rubens Requião¹² entende excepcionalmente presente o direito à restituição, uma vez que, na prática, a venda teria “se transformado” a prazo, em benefício da boa-fé do vendedor.

Já para Trajano Miranda Valverde¹³, a Lei é clara, não se podendo estender as hipóteses expressamente determinadas ali.

12 REQUIÃO, op. cit.

13 VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, vol. III.

Em que pese a importância dos defensores de ambos os posicionamentos sobre o tema, parece razoável admitir, para a hipótese em discussão, o direito do credor de boa-fé ter resguardado seu interesse, possibilitando-se a restituição do bem e, assim, que sua boa-fé material supere aspectos estritamente formais.

Outra questão interessante diz respeito à venda ocorrida anteriormente ao requerimento de falência, com a entrega da coisa na data do requerimento ou poucos dias após o seu protocolo.

Em se tratando de credor de boa-fé, que confiou no devedor e não sabia, ou tinha condições de saber, do requerimento falimentar, Rubens Requião¹⁴ entendia presentes os requisitos para a restituição, sendo, uma vez mais, contrariado pelo posicionamento de Trajano Miranda Valverde¹⁵, em sentido diverso.

Convém registrar que a teleologia da Lei Falimentar é a de resguardar a boa-fé do credor e inibir eventual má-fé do devedor, devendo-se orientar a interpretação e aplicação dos seus institutos a partir desse ponto de vista, sem, contudo, perder de vista que a restituição extraordinária, como o próprio termo indica, não deve admitir interpretações extensivas.

2.2.2. Restituição decorrente de adiantamento de contrato de câmbio.

A segunda hipótese de restituição especial está prevista no artigo 86, II, da Lei nº 11.101/05, que estabelece a restituição em dinheiro “da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do artigo 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais

14 REQUIÃO, op. cit.

15 VALVERDE, op. cit.

prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente”.

Por uma questão de política pública, a Lei nº 4.728/65 já estabelecia no artigo 75, §3º que “No caso de falência ou concordata, o credor poderá pedir a restituição das importâncias adiantadas, a que se refere o parágrafo anterior”.

Sobre o tema, destaque-se, ainda, a Súmula nº 133, STJ, que estabelece que “a restituição da importância adiantada, à conta de contrato de câmbio, independe de ter sido a antecipação efetuada nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata”.

Tal Súmula encontra-se atualmente prejudicada, tendo sido substituída pela Súmula nº 307, STJ, a qual dispõe que: “A restituição de adiantamento de contrato de câmbio, na falência, deve ser atendida antes de qualquer crédito”.

Tais conceitos encontram-se, atualmente, estampados no mencionado artigo 86, II, da Lei nº 11.101/05.

2.2.3. Valores recebidos pelo falido, em decorrência da boa-fé do outro contratante.

O artigo 86, III, Lei nº 11.101/05, estabelece a restituição em dinheiro “dos valores entregues ao devedor pelo contratante de boa-fé na hipótese de revogação ou ineficácia do contrato, conforme disposto no art. 136 desta Lei”.

Trata-se, assim, de um mecanismo de coibição do enriquecimento sem causa da massa falida, permitindo-se ao contratante de boa-fé reaver os valores gastos no âmbito de contratos cuja validade e eficácia foram posteriormente revistas.

Apesar do mencionado dispositivo legal fazer referência expressa ao disposto no artigo 136, Lei nº 11.101/05, convém registrar o

entendimento de que tal referência deve ser reinterpretada, à luz dos elementos dispostos em lei.

Com efeito, o artigo 130, Lei nº 11.101/05, dispõe acerca dos atos revogáveis, cuja caracterização depende da demonstração de “conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar”.

Portanto, para essa hipótese, não há que se falar em contratante de boa-fé, sendo inaplicável o disposto no artigo 86, III, Lei nº 11.101/05.

Sendo assim, o dispositivo legal em tela deve disciplinar exclusivamente a hipótese de restituição especial de bens entregues ao devedor nos casos de ineficácia do contrato celebrado, conforme dispõe o artigo 129, Lei nº 11.101/05, demonstrada a boa-fé do contratante, revendo-se a parte final do artigo 86, III, Lei nº 11.101/05.

2.3. Procedimento do pedido de restituição.

O pedido de restituição deverá ser formulado pelo seu titular, em atenção aos requisitos previstos nos artigos 87, Lei nº 11.101/05 e 282, CPC, fundamentando, com base nos elementos dispostos nos itens acima, a sua pretensão, descrevendo de forma precisa o bem objeto da restituição e distribuindo-se por dependência ao processo de falência.

Tal pedido de restituição suspenderá a disponibilidade da coisa até o trânsito em julgado desse incidente processual, na forma do art. 91, Lei nº 11.101/05.

Recebido o pedido, o juiz mandará autuá-lo em separado, com os documentos a ele acostados, e determinará a intimação do falido, do Comitê de Credores, dos credores e do administrador judicial para que, no prazo sucessivo de 5 (cinco) dias, se manifestem, valendo como contestação a manifestação contrária à restituição.

Em seguida, contestado o pedido e deferidas as provas porventura requeridas, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, se necessária. Caso julgue madura a causa para decidir, sem a necessidade de produção de provas, poderá julgá-la de imediato, sendo os autos conclusos para sentença.

Caso não haja contestação, a massa não será condenada ao pagamento de honorários advocatícios, quando do julgamento de procedência do pedido. Trata-se de regra especial, em benefício da massa falida, a qual, todavia, não a isenta de arcar com as custas processuais, na forma do art. 84, III, Lei nº 11.101/05.

A sentença poderá: (i) reconhecer o direito do requerente, hipótese em que determinará a entrega da coisa no prazo de 48 (quarenta e oito) horas (se houver diversos requerentes a serem satisfeitos em dinheiro e não existir saldo suficiente para o pagamento integral, far-se-á rateio proporcional entre eles); ou (ii) negar a restituição, determinando, sem sendo o caso, a inclusão do requerente no quadro geral de credores, na classificação que lhe couber, na forma da Lei nº 11.101/05, na forma dos artigos 88 e 89, Lei nº 11.101/05.

Em qualquer dos casos, caberá apelação sem efeito suspensivo, na forma do art. 90, Lei nº 11.101/05, sendo permitido ao autor do pedido de restituição que pretender receber o bem ou a quantia reclamada antes do trânsito em julgado da sentença caucionar o Juízo e retirar o bem.

Para fins de evitar o enriquecimento sem causa do requerente, às custas da massa falida, a Lei estabelece o dever do requerente que obtiver êxito no seu pedido de ressarcir a massa falida pelas despesas de conservação da coisa reclamada, sendo conferido ao credor desse ressarcimento direito de retenção do bem, até a sua satisfação.

2.4. Embargos de terceiro.

Conforme disposto no artigo 93, Lei nº 11.101/05, “nos casos em que não couber pedido de restituição, fica resguardado o direito

dos credores de propor embargos de terceiros, observada a legislação processual civil”.

Como disposto detalhadamente nos itens acima, as hipóteses previstas em lei para o pedido de restituição são especificamente disciplinadas, não mais se tratando, como no Decreto-Lei nº 7.661/45, de uma faculdade do devedor escolher entre o pedido de restituição ou os embargos de terceiro.

Portanto, outros casos, que não os previstos na Lei falimentar, devem ser objeto de embargos de terceiro, na forma dos artigos 1.046 e seguintes do Código de Processo Civil ainda em vigor.

Para fins de exemplificar tal situação, destaque-se a hipótese em que se busque a defesa da posse, ameaçada em razão da falência do devedor, a qual deverá ser objeto de embargos de terceiro, não de pedido de restituição, visto que não preenche os requisitos da Lei nº 11.101/05 para embasar tal pedido.

Conclusão.

Tendo em vista o exposto ao longo deste trabalho, pode-se concluir que:

(i) o Decreto-Lei nº 7.661/45 disciplinava o direito à restituição nos artigos 76 a 79, destacando como pressupostos para a medida a existência de coisa arrecadada em poder do falido e o direito de terceiro sobre tal coisa em virtude de direito real ou pessoal;

(ii) a legislação brasileira não admite a composição amigável e a resolução administrativa de pedidos de restituição, devendo o tema obrigatoriamente sujeitar-se à apreciação e ao crivo do Poder Judiciário;

(iii) na restituição ordinária, disciplinada no artigo 85, *caput*, Lei nº 11.101/05, o titular de direito real de propriedade sobre o bem arrecadado, juntando as provas do domínio e da posse injusta pela

massa falida, após a arrecadação ou se o bem se encontrava em poder do falido, pleiteia judicialmente a restituição de seus bens;

(iv) dentre as principais situações que podem ensejar o pedido de restituição ordinária destacam-se: (a) alienação fiduciária em garantia; (b) cessão fiduciária de direitos creditórios; (c) arrendamento mercantil; (d) mandato e comissão; (e) comodato; (f) contrato estimatório; e (g) restituição de dinheiro em poder do falido;

(v) com relação à produção de efeitos por parte de cláusula de resolução de pleno direito de contratos em caso de falência, destaque-se o evidente conflito de princípios: (a) de um lado, os credores defendem o princípio da autonomia da vontade, de forma que o contrato deva ser cumprido; e (b) de outro, entende-se que o afastamento dessa cláusula resolutória de pleno direito representaria a concretização da função social do contrato (prevista no artigo 421, Código Civil) e do interesse social, pois o administrador judicial toma a decisão conforme o melhor interesse da massa falida, dando aplicação prática ao princípio da preservação da empresa estampado no art. 75, Lei nº 11.101/05;

(vi) vislumbram-se, portanto, sólidos argumentos para ambos os lados, embasados em entendimentos e raciocínios de elevado grau técnico e precisão doutrinária, motivo pelo qual recomenda-se ao operador do direito que antecipe os efeitos positivos e negativos da inclusão de cláusula nesse sentido em seus respectivos instrumentos contratuais;

(vii) além da restituição ordinária, a Lei nº 11.101/05 disciplina, ainda, outras hipóteses de pedido de restituição, com base em outros elementos que não o direito real de propriedade sobre o bem objeto de arrecadação pelo administrador judicial, sendo: (a) restituição de coisa vendida a crédito, prevista no artigo 85, parágrafo único, Lei nº 11.101/05; (b) restituição decorrente de adiamento a contrato de câmbio; e (c) valores recebidos pelo falido, em decorrência da boa-fé do outro contratante;

(viii) o pedido de restituição, como incidente processual, deve seguir ao procedimento previsto na Lei nº 11.101/05 e no Código de Processo Civil para a sua regular apreciação pelo Poder Judiciário; e

(ix) nos casos em que não é cabível o pedido de restituição, o titular do direito deve opor embargos de terceiro, na forma dos artigos 1.046 e seguintes do Código de Processo Civil ainda em vigor.

QUÓRUM DELIBERATIVO E VIRTUALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL: DIÁLOGOS COM O RESP. 1.459.190/SP¹

VOTING QUORUM AND VIRTUALIZATION OF THE SHARE CAPITAL: DIALOGUES WITH RESP. 1.459.190/SP

Marcelo Lauar Leite

Resumo: O conflito interno está ontologicamente ligado à natureza das sociedades mercantis. Não por acaso, para que as contendas entre os sócios sejam resolvidas administrativamente, o legislador estipulou quóruns deliberativos, geralmente baseados no capital social, visando à tomada das mais variadas decisões inerentes à rotina de um agente econômico. Paralelamente, o art. 1.074, §2º, do Código Civil, proíbe que o quotista com interesse direto em certas matérias exerça o direito de voto nas deliberações sociais que as pautem. Nesse panorama, em 2016, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) aplicou o dispositivo e decidiu que a participação social de um quotista em processo de expulsão extrajudicial não deveria ser aferida para fins de verificação do quórum necessário àquele desiderato. Em suma, a decisão autorizou a virtualização casuística do capital social, expressando que o quórum previsto no contrato social fosse medido em face das participações dos quotistas não acusados, as quais seriam consideradas, para esse efeito particular, como representantes de cem por cento do capital social. Para investigar a juridicidade dessa decisão, esse trabalho dialoga com seus fundamentos doutrinários, con-

¹ Artigo recebido em 18.08.2016 e aceito em 05.12.2016.

trapondo-os com base na natureza e nos consectários do capital social e das quotas societárias. A partir daí, apresenta elementos jurimétricos consistentes e evidencia que a posição tomada pelo STJ carece de lastros jurídico e racional de aplicabilidade.

Palavras-chave: Deliberações sociais. Quórum. Capital social. *Virtualização*. REsp. 1.459.190/SP.

Abstract: The internal conflict is ontologically linked to the nature of commercial companies. Not coincidentally, the legislator stipulated quorums deliberating to administratively resolve conflicts between partners. These quorums are often based in the share capital. At the same time, art. 1074, §2 of the Civil Code prohibits the shareholder with a direct interest in certain subjects to exercise the right to vote in corporate decisions. In this scenario, in 2016, the Brazilian Superior Court of Justice (STJ) applied this article of the law and decided that the social participation of a shareholder in extrajudicial eviction process should not be measured for the purpose of verification of the necessary quorum to that desideratum. Briefly, the decision authorized the virtualization of the share capital to the case, stating that the quorum provided for in the social contract was measured in light of the interests of shareholders not been charged, which would be considered, for this particular purpose, as representatives of one hundred percent of the share capital. To investigate the legality of that decision, this paper converses with its doctrinal foundations, comparing them based on the nature and consequences of social capital and equity shares. From there, it shows consistent statistical information and evidence that the position taken by STJ has no legal and rational support of application.

Keywords: Corporate resolutions. Quorum. Share capital. *Virtualization*. REsp. 1.459.190/SP.

Sumário: 1. Introdução: do comando normativo (legal) à norma de decisão (judicial). 2. Pela virtualização do capital social no art. 1.074, §2º. 3. Contra a virtualização do capital social no art. 1.074, § 2º. 3.1. Capital social e quotas na estrutura societária. 3.2. Conflitos em sociedades limitadas: repercussão do entendimento do STJ face a jurimetria. 3.3. O tema nas cortes estaduais. 3.4. Respeito ao princípio majoritário. 4. Considerações Finais.

1. Introdução: do comando normativo (legal) à norma de decisão (judicial).

A constituição de uma sociedade limitada é uma das muitas formas de exercício da liberdade de iniciativa. Pelo caráter eminentemente associativo, as pessoas jurídicas enquadradas nesse tipo societário recorrem a seus órgãos deliberativos para formar sua vontade ou identificar seus interesses sociais secundários².

Nesse cenário, a assembleia³ tem, usualmente, competência para decidir acerca da exclusão de quotistas. No que guarda pertinência a este ensaio, veja-se o art. 1.085, *caput*, do Código Civil⁴, pelo qual:

(...) quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.

Da simples leitura em abstrato do dispositivo, dois comandos normativos se sobressaem: (i) é possível a exclusão extrajudicial de quotista quando o ato constitutivo preveja a expulsão por justa causa e o acusado ponha em risco a empresa em virtude de atos de inegável gravidade; e, ora mais importante, (ii) essa decisão deve ser tomada pela maioria, assim identificada pela participação social – e não por cabeça.

2 Sobre a determinação dos interesses sociais secundários pelo princípio majoritário, *cf.* VAS-CONCELOS, Pedro Pais de. *A participação social nas sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 353.

3 Não se ignorando o manejo alternativo da reunião para sociedades limitadas com menos de dez sócios (Código Civil, art. 1.072, §1º), entenda-se que a referência à assembleia é feita aqui como sinônimo de órgão de deliberação social para os fins a seguir propostos.

4 Doravante, admita-se que as referências não lastreadas a artigos se referem a dispositivos do Código Civil.

Pois bem. A par de tal contexto, A1 pretendia anular a deliberação social que o excluiu da sociedade limitada XLTDA, em virtude, entre outros fatores, da pretensa infração da assembleia à cláusula do ato constitutivo que exigia quórum qualificado de 85% do capital social para aquele desiderato. No caso, os demais sócios, B2, C3 e D4 detinham, juntos, 79,58% do capital social da XLTDA, tendo votado unanimemente pela expulsão de A1.

Avaliando a conformação da deliberação social com o sistema jurídico posto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou Recurso Especial (REsp.), do qual derivou a seguinte ementa, publicada em 01.02.2016:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. SOCIEDADE LIMITADA. EXCLUSÃO DE SÓCIO MINORITÁRIO. PRAZO DECADENCIAL DE TRÊS ANOS PARA ANULAÇÃO DA ASSEMBLEIA. DECISÃO DA MAIORIA DOS SÓCIOS, REPRESENTATIVA DE MAIS DE METADE DO CAPITAL SOCIAL. QUORUM DE DELIBERAÇÃO EM QUE NÃO PODE SER COMPUTADA A PARTICIPAÇÃO, NO CAPITAL SOCIAL, DO SÓCIO EXCLUENDO.

(...)

4. Em regra, o direito de sócio participar nas deliberações sociais é proporcional à sua quota no capital social. Por outro lado, o § 2º do art. 1.074 do Código Civil veda expressamente, com fundamento no princípio da moralidade e do conflito de interesses, que sócio participe de votação de matéria que lhe diga respeito diretamente, como sói a exclusão de sócio, haja vista que atinge diretamente sua esfera pessoal e patrimonial.

5. Nessa linha, para fins de quorum de deliberação, não pode ser computada a participação no capital social do sócio excluendo, devendo a apuração se lastrear em 100% do capital restante, isto é, daqueles legitimados a votar.

6. Na hipótese, a exclusão foi aprovada por unanimidade, mas, apesar de reconhecer isso, o Tribunal de origem entendeu pela ilegalidade da deliberação ao fundamento de que os sócios votantes eram detentores do percentual de 79,58% do capital social, inferior aos 85% exigidos pelo contrato social.

7. Nesse contexto, todavia, excluindo-se as quotas representativas de 20,413% do capital da ora re-

corrida, percebe-se que houve unanimidade dos sócios votantes representativos, por causa da exclusão desta, de 100% do capital social legitimado a deliberar.

8. Portanto, presentes todos os requisitos legais, sendo o expulso sócio minoritário, havendo cláusula permissiva no contrato social com convocação de reunião dos sócios especialmente para tal finalidade, tendo havido a cientificação do excluendo e com conclave realizado com sócios titulares de mais de metade do capital social, necessário reconhecer a legitimidade da deliberação de exclusão.

9. Recurso especial provido.⁵

O teor ementário representa fidedignamente o voto do Relator⁶ seguido sem ressalvas pelos demais integrantes⁷ da Quarta Turma do STJ. Para os Ministros, em face da vedação constante do art. 1.074, §2^o, a participação no capital social do sócio em processo de exclusão não se computaria. Com isso, a aferição do quórum deliberativo se lastrearia somente nas demais participações sociais, criando-se uma composição virtual e casuística das forças político-societárias.

A solução dada pelo STJ ao interpretar o sistema de deliberações sociais transborda o campo teórico, tendo afetado decisivamente a esfera de direitos de A1. Ao desconsiderar a existência da participação capitalística deste quotista, a Corte definiu que a soma das participações dos demais consócios constituíram, para os efeitos da exclusão, a totalidade do capital social. Dentro desse universo de 100%, as quotas de B2, C3 e D4 passaram a ser proporcionalmente consideradas visando a aferir se a vontade destes sócios teria ou não

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 1.459.190/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 15 dez. 2015. Data de Publicação: 1 fev. 2016.

6 Ministro Luiz Felipe Salomão.

7 Ministros Raul Araújo, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi.

8 “Art. 1.074. A assembleia dos sócios instala-se com a presença, em primeira convocação, de titulares de no mínimo três quartos do capital social, e, em segunda, com qualquer número. (...). § 2º Nenhum sócio, por si ou na condição de mandatário, pode votar matéria que lhe diga respeito diretamente.”

ultrapassado o quórum deliberativo de 85% previsto no ato constitutivo. Tendo havido a unanimidade, findou-se legitimada a exclusão de A1.

Note-se que entendimento diverso levaria a resultado diametralmente oposto. Contabilizando-se a participação de A1, seus pares somariam apenas 79,58% do capital social, percentual insuficiente para legitimar o resultado deliberativo. Restaria aos demais sócios pleitear a exclusão judicial, procedimento mais custoso, demorado e condicionado à demonstração da falta grave no cumprimento das obrigações do sócio acusado.

Nesse quadro, esse ensaio se presta a responder a seguinte indagação: o STJ conferiu uma resposta juridicamente correta ao problema levado à tutela estatal? Para tanto, faz-se preciso averiguar a pertinência da virtualização do capital social adotada pelo tribunal de superposição.

2. Pela virtualização do capital social no art. 1.074, §2º.

O desenlace da questão posta requer sucessivas digressões e progressões. Propondo-me a um diálogo, abduco de um roteiro necessariamente linear, em benefício de uma análise melhor refletida dos temas abordados; claro, mantida a cientificidade da análise.

Nessa esteira, parto do art. 1.074, §2º, pelo qual “nenhum sócio, por si ou na condição de mandatário, pode votar matéria que lhe diga respeito diretamente”. O que a lei denota? Com a palavra, o STJ, no ponto 4 da ementa supracitada: o dispositivo veda que o quotista “participe de votação de matéria que lhe diga respeito diretamente, como sói a exclusão de sócio”⁹.

Certíssimo. Quando o Código Civil diz que não se pode votar, significa que é vedado o... voto! Em outras palavras, ao passo em que

9 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 1.459.190/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 15 dez. 2015. Data de Publicação: 1 fev. 2016.

mantém o direito à voz e à manifestação do quotista, proíbe-lhe a escolha; o sufrágio; a contribuição individual na última e decisiva etapa da formação da vontade social.

Ocorre que, ante essa constatação, e tratando quase como uma consequência natural, seguiu o Ministro Relator em seu voto:

(...) nessa linha de raciocínio, penso que, para fins de quórum de deliberação, não pode mesmo ser computada a participação no capital social do sócio excluindo, devendo a apuração se lastrear em 100% do capital restante, isto é, daqueles legitimados a votar (...).¹⁰

Intentando fundamentar sua conclusão, o Relator se limitou à reprodução de quatro citações diretas de renomados juristas¹¹. Delas,

10 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 1.459.190/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 15 dez. 2015. Data de Publicação: 1 fev. 2016. Voto do Min. Relator, p. 11.

11 “(...) Nessa linha de raciocínio, penso que, para fins de *quorum* de deliberação, não pode mesmo ser computada a participação no capital social do sócio excluindo, devendo a apuração se lastrear em 100% do capital restante, isto é, daqueles legitimados a votar. É a forma de pensar da mais abalizada a doutrina: ‘Neste sentido, vale reiterar, conforme já registrado neste trabalho, que o sócio contra quem se imputa a deliberação baseada em justa causa está impedido de votar matéria capaz de deflagrar sua exclusão. Consequentemente, a sua participação no capital social deixa de integrar o *quorum* suficiente para disparar a decisão, o que significa dizer que o titular do capital impedido não só é excluído da deliberação, mas ainda sua participação não influi para composição do *quorum* que, assim sendo, passa a ser cem por cento formado pelo capital restante.’ (NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Dissolução parcial, exclusão de sócio e apuração de haveres nas sociedades limitadas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 130-131).’ Por outro lado, caso o sócio que se deseja excluir esteja presente ao conclave, não se pode admitir a sua participação na votação de exclusão, sob pena de afronta ao § 2º do art. 1.074 do Código, uma vez que existe aí conflito fundamental de interesses. Deverá o sócio indigitado abster-se de votar na deliberação sobre sua própria exclusão, não lhe sendo, contudo, vedado participar das discussões acerca do seu desligamento da sociedade, apresentando sua ‘defesa’, vale dizer, suas alegações, se assim o desejar.’ (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao código civil: parte especial: do direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 13, p. 319). A determinação de cientificação do ‘acusado’ – melhor dizendo, do sócio cuja exclusão é proposta –, é corolário do direito que tem qualquer sócio de participar das reuniões ou assembleias e das deliberações sociais. Na deliberação sobre a exclusão, porém, não vota o sócio a ser excluído, sendo-lhe franqueado, em contrapartida, o direito de defesa.’ (GONÇALVES NETO, Alfredo de

três constataram apenas a literal vedação de voto pelo sócio com interesse direto na matéria sob sufrágio (art. 1.074, §2º); somente uma – a de Guimarães Nunes – acobertou sua conclusão.

Além do jurista carioca, um dos poucos comercialistas a se pronunciar sobre o tema foi Waldo Fazzio Junior¹². Segundo ele, em situações de conflito de interesses que impedem o sócio de exercer o direito de voto, para efeito de cômputo da maioria que a lei ou o contrato exigem para a respectiva deliberação, deverá ser realizada a dedução da correspondente participação do quotista impedido, considerando-se, portanto, apenas o capital dos sócios com pleno exercício do direito de voto. Compartilha, então, do que venho chamando de virtualização ou composição virtual do capital social.

3. Contra a virtualização do capital social no art. 1.074, §2º¹³.

De pronto, é preciso resistir à sedutora extensão de efeitos sugerida por Guimarães Nunes e Waldo Fazzio Junior. Seja no art. 1.074, §2º, seja em qualquer outro dispositivo do Código Civil, o legislador não fez qualquer menção a formas diferentes de cálculo deliberativo, que não a considerada com base no capital social total. Para além de um preciosismo legalista, o entendimento dessa relação de causa e efeito se mostra fundamental aos processos e procedimentos societários.

Assis. *Direito de empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 228 e 444). ‘Comparecendo o sócio, não terá ele o direito de votar sua própria exclusão (art. 1.074, §2º), apenas poderá arguir o mérito dela. Também não se exigirá assinatura do excluído no instrumento de alteração contratual oriundo da exclusão (1.075, § 1º).’ (MARQUES, Rodrigo Prado. *Sociedades limitadas no Brasil*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006, p. 199). (...).’ (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 1.459.190/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 15 dez. 2015. Data de Publicação: 1 fev. 2016. Voto do Min. Relator, p. 11-12).

12 FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Sociedades limitadas*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 165.

13 Cf. LEITE, Marcelo Lauar. Interesse direto de sócios nas deliberações negativas e positivas: diálogos e distintos contornos entre a cessão de quotas e o art. 1.074, § 2º, do Código Civil. In: CONPEDI/UFS (Org.). *Direito empresarial*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 395-411.

3.1. Capital social e quotas na estrutura societária.

O capital social é a soma representativa das participações, em dinheiro ou bens, dos quotistas¹⁴. Se, externamente, ele se figura em uma segurança patrimonial para terceiros, internamente, cabe-lhe fixar a relação patrimonial entre os sócios e regular a participação destes nos lucros e nos riscos, conforme sua contribuição, por meio de quotas¹⁵.

Para que tais funções possam ser substancialmente exercidas, o capital social se decompõe em partes ou frações – as quotas –, divididas entre os sócios de acordo com os riscos assumidos e os aportes patrimoniais feitos em favor da sociedade. No entanto, a perspectiva da quota não é somente patrimonial. Na seara pessoal, ela representa uma série de direitos inerentes à qualidade de sócio, tais como a fiscalização e a participação nas deliberações societárias¹⁶.

Bem se vê, a utilidade das quotas mostra-se latente dentro da dinâmica empresarial. A divisão daquelas irá determinar a participação social e, conseqüentemente, a maneira como serão computados os votos nas assembleias ou reuniões, a distribuição de lucros quando da realização do balanço patrimonial, o reembolso do capital na resolução da própria cota, a partilha na ocorrência da dissolução e liquidação, entre diversas outras hipóteses.

Ademais, a função política do capital social se expressa em fenômenos como o poder de controle¹⁷, definindo as relações de for-

14 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 102; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2, p. 152-159; COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Curso de direito comercial – das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2003, v. 2, p. 66.

15 PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *A sociedade por cota de responsabilidade limitada: doutrina, jurisprudência, legislação e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 1, p. 122.

16 CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, v. 3, p. 71.

17 COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle nas sociedades anônimas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ça dentro da estrutura societária¹⁸. Por tais razões, a equivalência das forças que compõem o capital social deve ser respeitada, enquanto representação contratual da livre iniciativa dos sócios. Do contrário, situações esdrúxulas passariam a ser corriqueiras, como a possibilidade de um sócio com 1% do capital social se opor à transferência parcial das quotas do outro, com 99%, excluindo virtualmente a participação majoritária da contagem, por haver interesse direto deste. Autorizar-se-ia, assim, a instituição de uma verdadeira ditadura da minoria¹⁹.

O mesmo se diga para o caso em diálogo, para os quais os elementos conferem um inusual conforto interpretativo. Nele, três sócios (maioria quantitativa), titulares de 79,58% do capital social (maioria qualitativa) queriam a expulsão do minoritário A1. Conscientemente ou não, para legitimar essa decisão “aparentemente justa”, argumentou-se que B2, C3 e D4 representavam 100% dos possíveis votantes. Logo, para o STJ, os 85% exigíveis pelo contrato social deveriam exsurgir desse subuniverso, o que, naturalmente, fora conseguido ante o consenso na exclusão de A1.

Todavia, as circunstâncias facilitadoras da admissão de uma virtualização do capital social que transformou os quotistas sem interesse direto em titulares exclusivos do capital social da XLTDA são ilógicas e desmedidas, o que se infere da simples replicação a outras formatações de sociedades limitadas. Talvez por isso, José Waldecy Lucena, um dos poucos doutrinadores a se posicionar sobre o assunto, tenha asseverado que a única interpretação possível para o caso seja aquela pela qual a maioria votante se forma com qualquer número acima da metade do capital social, no qual estão “obviamente incluídas” as quotas do sócio excluindo²⁰.

18 LORIA, Eli; MENDES, Hélio Rubens de Oliveira. Capital social: noções gerais. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 58, out 2012, p. 371-374.

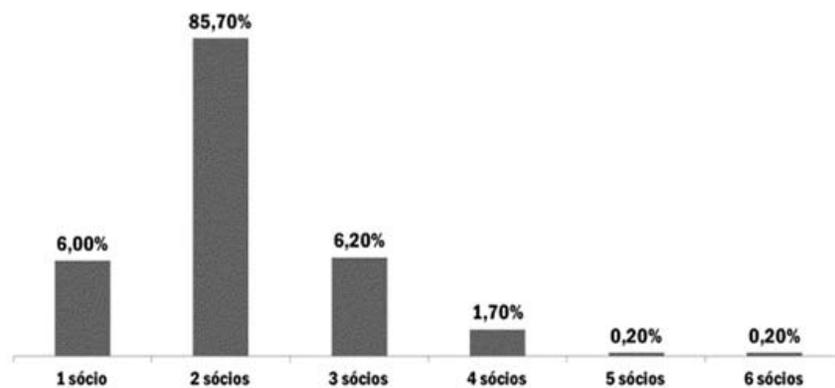
19 TOKARS, Fábio. *Sociedades limitadas*. São Paulo: LTR, 2007, p. 163.

20 LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 743.

3.2. Conflitos em sociedades limitadas: repercussão do entendimento do STJ em face da jurimetria.

De certo, a *grande maioria* dos conflitos societários surge, precisamente, em estruturas político-societárias distintas da ora analisada. Em pesquisa jurimétrica realizada através dos dados da Junta Comercial do Estado de São Paulo, o Núcleo de Estudos em Mercados e Investimentos da Fundação Getúlio Vargas (NEMI/FGV)²¹ constatou o real perfil das sociedades limitadas, como se denota do gráfico abaixo:

Distribuição das sociedades por número de sócios

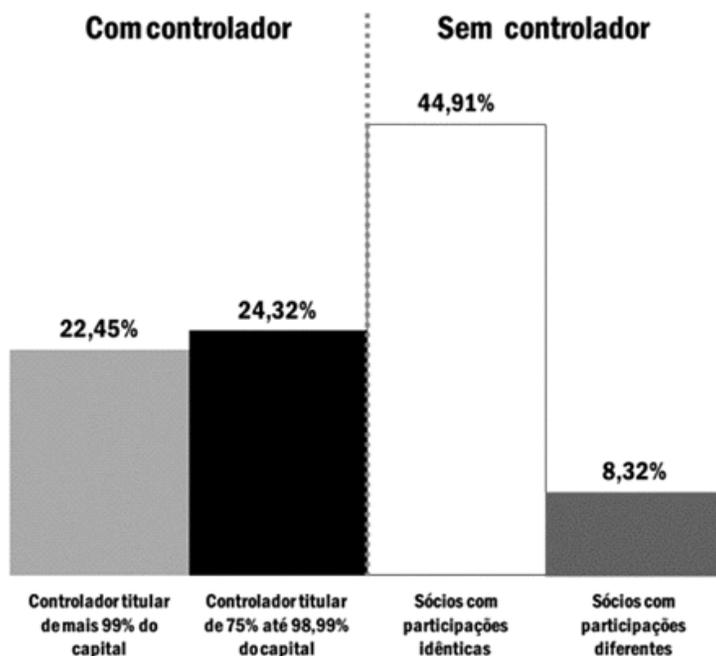


Outrossim, no âmbito do poder de controle, verificou-se que as sociedades limitadas estavam assim enquadradas²²:

21 MATTOS FILHO, Ary Oswaldo *et al.* *Radiografia das sociedades limitadas*. Núcleo de Estudos em Mercados e Investimentos da Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: “<http://direitosp.fgv.br/nucleo-depesquisas/nucleo-de-estudos-mercados-investimentos>”. Acesso em: 25 jul. 2016, p. 3. A análise se deu sobre sociedades ativas constituídas entre 10 de janeiro de 1993 e 10 de janeiro de 2012. Doravante, considere-se que as referências jurimétricas às sociedades limitadas estão lastreadas neste estudo.

22 MATTOS FILHO *et al.*, *op. cit.* p. 5.

Distribuição das sociedades segundo a presença ou não de sócio controlador



Entre as várias considerações possíveis a par desses dados, algumas se revelam particularmente interessantes. Inicialmente, 85,70% das sociedades limitadas operam com apenas dois sócios. Delas, 44,91% não possuem sócio controlador; pelo contrário, convivem com uma divisão perfeitamente igualitária (*fifty-fifty*), inexistindo maioria reciprocamente considerada.

Havendo escancarada supremacia numérica nas sociedades dúplices, é de se esperar que sejam estas a vivenciar a maior parcela quantitativa dos conflitos. Aplicando-se o precedente do STJ a esse contexto majoritário²³, percebe-se, de imediato, que qualquer dos só-

23 Admita-se a permanência do critério contratual exigidos pelo art. 1.085, *op. cit.*, isto é, a previsão da viabilidade de exclusão extrajudicial por justa causa.

cios passaria a ter legitimidade em abstrato²⁴ para excluir o outro extrajudicialmente. Como efeito prático dessa interpretação, estimula-se que a mínima divergência seja seguida de convocação de assembleia para fins excludentes. Ao “perdedor da corrida” para o cumprimento dos ritos administrativos e registrais, restaria a tentativa de requerer a anulação da assembleia, não por falta de legitimidade, mas, sim, pela demorada e custosa via da discussão meritória²⁵.

Sem esforço, percebe-se que a situação piora nas demais composições da estrutura de poder político societário. Para tanto, permita-me tratar da situação limítrofe acima representada: sociedades limitadas cujo sócio controlador detenha participação superior a 99% do capital social.

Esse cenário em nada é desprezível, abarcando 22,45% das amostras pesquisadas pelo NEMI/FGV. Replicando a ele a solução ora combatida, um quotista ultraminoritário, detentor de 0,01% das participações sociais, passaria a ter poder abstrato para excluir extrajudicialmente um sócio administrador controlador da simbólica ordem de 99,99% das participações sociais.

Sim, isso mesmo. Rememore-se que, convocada a assembleia para deliberar sobre a exclusão do controlador, este não pode votar, por força do art. 1.074, §2º e, reforço, não há qualquer problema nisso. Porém, se a consequência dessa vedação for a virtualização do capital social, como propõe o precedente do STJ, finge-se casuisticamente que os 99,99% das quotas do acusado não existem, passando o quórum a ser considerado somente com base nas participações sociais restantes.

Assim, magicamente, 0,01% são transformados em 100% das participações sociais. De uma titularidade numericamente irrelevante

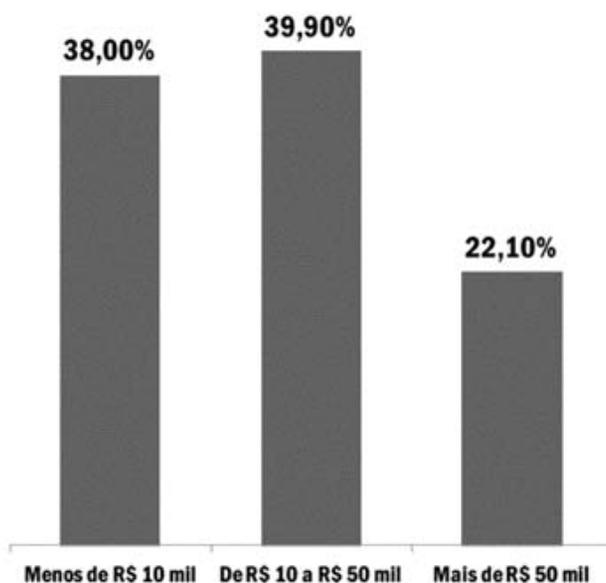
24 Afinal, concretamente, deve ser demonstrada a justa causa.

25 A praxe forense revela que a apuração da existência de justa causa para a exclusão costuma ser seguida de longuíssimo período instrutório, comumente associado a perícias. Desconsidere, aqui, a solução arbitral.

– comumente constituída apenas para o cumprimento da obrigatoriedade de pluralidade societária para a proteção patrimonial anterior às EIRELIs²⁶ –, o STJ conferiu aos minoritários um inimaginável e desmedido superpoder de determinação do futuro do empreendimento em comum.

Exagero? Vejamos mais um gráfico obtido da pesquisa do NEMI/FGV²⁷:

Distribuição das sociedades por faixa de capital



Facilmente, percebe-se que quase 80% das sociedades limitadas possuem capital social inferior a cinquenta mil reais. Conquanto não haja uma relação de causa e efeito obrigatória, não se pode fechar os olhos para o fato de que tais agentes econômicos costumam

26 Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada, tardiamente inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Federal nº 12.441, de 11 de julho de 2011.

27 MATTOS FILHO *et al.*, *op. cit.*, p. 1.

se apresentar como pequenos negócios, calcados em relações familiares ou de condescendência, nos quais os rigores da lei costumam ser mutuamente flexibilizados por fatores que vão da ignorância ao apreço pela manutenção dos vínculos pessoais que antecederam à associação mercantil.

Nesse contexto de baixa atenção a mecanismos de governança corporativa e *accountability*, onde a confusão patrimonial quase sempre é facilmente constatável, tem-se um prato cheio para as revoltas das minorias. Com a recente e irrefletida decisão do STJ, situações cotidianas de desinteligência societária poderão catalisar processos de expulsão extrajudicial por justa causa.

3.3. O tema nas Cortes Estaduais.

A inovação do STJ se mostra ainda mais surpreendente quando se afere o comportamento decisório dos tribunais estaduais frente ao art. 1.074, §2º, do Código Civil. Com efeito, a pretensão de virtualização sequer vem sendo cogitada pelos pretórios espalhados pela federação.

Em decisões recentes, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), afirmou que o interesse direto de sócios administradores na deliberação sobre a redução do valor percebido a título de pró-labore acarretava a incomputabilidade dos seus votos²⁸, tal qual a deliberação sobre a aprovação de suas próprias contas na gestão do em-

28 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP. Apelação Cível – AC nº 1000819-81.2015.8.26.0037. Relator: Desembargador Ricardo Negrão. Data de Julgamento: 11 mai. 2016. Data de Publicação 19 mai. 2016, *in verbis*: “SOCIEDADE LIMITADA. Assembleia Geral Extraordinária. Redução do valor do pro labore dos sócios administradores. Interesse direto dos sócios na matéria. Impedimento. Votos não computáveis. Manutenção da anulação da deliberação assemblear porque não observado o quórum da maioria absoluta do capital social. Apelação improvida”.

preendimento comum²⁹. No Tribunal de Justiça do Estado do Santa Catarina (TJSC), em caso no qual dois dos três sócios votaram por terceirizar parte de supostas atividades-meio da sociedade para outra da qual eram quotistas exclusivos³⁰.

3.4. Respeito ao princípio majoritário³¹.

Visando à constituição de uma sociedade limitada, os consórcios reúnem suas expectativas unânimes no contrato social. Nele, definem-se aspectos pertinentes à administração, ao capital e objeto so-

29 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP. Agravo de Instrumento – AI nº 0270335-46.2012.8.26.0000. Relator: Desembargador Ricardo Negrão. Data de Julgamento: 29 jan. 2013. Data de Publicação: 30 jan. 2013, *in verbis*: “TUTELA ANTECIPADA. Sociedade limitada. Assembleia ordinária. Aprovação de contas por sócia majoritária e exclusiva administradora. Sócia impedida de votar. Inteligência do art. 1.074, § 2º, do CC, c.c. art. 115, § 1º, da LSA. Contas rejeitadas pela sócia minoritária. Suspensão dos efeitos da assembleia. Tutela antecipada concedida. Agravo de instrumento provido para este fim. TUTELA ANTECIPADA. Sociedade limitada. Alegação da agravante de que é impedida de ingressar na sede social da pessoa jurídica e de fiscalizar os livros empresariais. Falta de prova documental neste sentido. Tutela antecipada indeferida. Agravo de instrumento improvido neste tocante. Dispositivo: recurso parcialmente provido”.

30 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJSC. Agravo de Instrumento – AI nº 2013.077518-3. Relator: Desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein. Data de Julgamento: 28 abr.2016, Data de Publicação: 4 maio 2016, *in verbis*: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ORDINÁRIA – DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA. AGRAVANTE QUE, NA QUALIDADE DE SÓCIO DE PESSOA JURÍDICA, PRETENDE O DEFERIMENTO DE UMA SÉRIE DE MEDIDAS VISANDO PRESERVAR SEUS DIREITOS – ACOLHIMENTO PARCIAL – EVIDENCIADA A VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E O FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO – EXEGESE DO ART. 300, DO CPC/2015 – CONDUTAS DOS AGRAVADOS QUE, PAULATINAMENTE, AFASTARAM O AGRAVANTE DA EMPRESA – TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS À FIRMA CUJO QUADRO SOCIAL É FORMADO EXCLUSIVAMENTE PELOS AGRAVADOS – ART. 1.074, §2º, DO CÓDIGO CIVIL, QUE VEDA AO SÓCIO VOTAR EM MATÉRIA QUE LHE DIGA RESPEITO DIRETAMENTE – SITUAÇÃO DEMONSTRADA – NOMEAÇÃO DE ADMINISTRADOR JUDICIAL QUE SE MOSTRA IMPOSITIVA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO”.

31 Cf. LEITE, Marcelo Lauar. Morfologia do interesse social nas sociedades limitadas. *Revista de Direito Empresarial*, Belo Horizonte, a. 12, n. 3, set/dez 2015, p. 133-135.

cial, prazo, extinção da pessoa jurídica, entre outros. No entanto, o recurso ao estipulado em contrato nem sempre solucionará as dinâmicas necessidades mercantis. Por essa razão, o legislador – por lei – e os quotistas – pelo próprio ato constitutivo – remetem aos órgãos societários a definição das questões naturalmente omissas neste.

O exercício de empresa por meio da constituição de uma sociedade limitada conduz, no sistema jurídico brasileiro, ao seguimento de numerosas regras criadas a fim de promover a superação formal dos inevitáveis conflitos de juízos e interesses existentes entre os consócios. Tais dispositivos encontram-se unidos em torno do chamado princípio majoritário³², pelo qual se privilegia a vontade dos quotistas representantes da maioria do capital social nas deliberações sociais. As regras de tomada de deliberações requerem maiores ou menores adesões, dependendo do assunto em pauta, conforme disciplinado legal ou contratualmente.

Bem se vê, princípio majoritário é um interesse social permanente. Sem ele, a estrutura de poder obtida na partição do capital social, simplesmente, não se sustenta, afinal, as quotas não facultariam ao titular o exercício de sua função pessoal mais relevante. Também por respeito àquele, a virtualização do capital social para fins deliberativos casuísticos não merece guarida doutrinária, tampouco replicações jurisprudenciais.

4. Considerações Finais.

Sem muito esforço, a jurimetria evidencia que as conclusões tomadas pelo STJ no REsp. nº 1.459.190/SP carecem de racionalidade jurídica. Surpreende que uma Corte de uniformização tenha sido tão descuidada em um assunto tão caro à estabilidade societária como o sistema de deliberações.

32 Por todos, *cf.* RETTO, Marcel Gomes Bragança. *Sociedades limitadas*. Barueri: Manole, 2007, p. 204.

Com efeito, decisões dessa ordem revelam uma má compreensão da função política do capital social. Não se percebe, ou não se quer perceber, a inexorável linha conectora entre as estruturas societárias de poder e as participações sociais; entre estas, e a liberdade de contrato; entre esta e a liberdade de associação; entre esta e a liberdade de empreendimento econômico; enfim, entre todas elas e a livre iniciativa. Em outras palavras, se, por um lado, a virtualização do capital social desrespeita – diretamente – sua função política, por outro, atinge – indiretamente – um dos fundamentos da ordem econômica constitucional: a liberdade de iniciativa³³.

Conquanto descaiba uma análise consequencialista nessas linhas derradeiras, não se pode deixar de apontar para o mal que um posicionamento irrefletido como o publicado no REsp. sob cotejo pode trazer a um país que almeja se recuperar de uma crise econômica. Isso porque, para além de restrições creditórias, déficits de consumo, inflação no preço dos insumos e amarras burocráticas generalizadas, o Estado brasileiro – agora, por meio do STJ – presenteou a classe empresária com (mais) insegurança em suas relações intrasocietárias.

Melhor seria se o problema fosse de ordem legislativa. No entanto, sem a prudente investigação sobre os objetos decididos, nem mesmo a eventual promulgação de um novo Código Comercial, nos moldes dos Projetos de Lei propostos³⁴, tenderia a conduzir a mudanças nesse entendimento. Nesses tempos difíceis, resta à doutrina exercer o indispensável e cogente papel crítico em defesa da correta aplicação do sistema jurídico posto.

33 CF/88, art. 170, *caput*.

34 Projetos de Lei nº 487/2013 (Senado Federal) e nº 1.572/2011 (Câmara dos Deputados).

GRUPOS SOCIETÁRIOS E EXTENSÃO FALIMENTAR: UM ESTUDO CRÍTICO¹

CORPORATE GROUPS AND BANKRUPTCY EXTENSION: A CRITICAL STUDY

*Samuel Max Gabbay
Thiago de Lucena Motta*

Resumo: Atualmente, quando ocorre fraude falimentar envolvendo grupos societários, em que pese não haver norma positivada sobre o tema, se aplica o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. A Corte compreende que, na situação apontada, a falência deve ser estendida às demais sociedades do grupo. Para tanto, é necessário provar a ocorrência de abuso de personalidade jurídica e a existência de um grupo econômico. A solução jurisprudencial não se afigura como a mais adequada, por violar os princípios da preservação da empresa e da economia processual, e aplicar de forma errônea a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Diante deste problema, é proposto um modelo baseado na responsabilização direta das sociedades praticantes da fraude, em harmonia com o sistema formado pelas legislações civil, societária e falimentar. A solução apresentada não possui os inconvenientes do entendimento vigente, já que preserva a empresa, oportuniza sua defesa e não a submete ao longo e complexo trâmite da falência.

Palavras-chave: Direito falimentar. Grupos societários. Fraude falimentar. Extensão da falência. Desconsideração da personalidade jurídica.

¹ Artigo recebido em 10.09.2016 e aceito em 09.12.2016.

Abstract: Nowadays, when a bankruptcy fraud involving corporate groups takes place, despite the inexistence of a legal rule on the subject, the judicial understanding of the Superior Court of Justice is applied. The Court comprehends that, in such situation, bankruptcy should be extended to the other companies in the group. To do so, it is necessary to prove an abuse of the legal entity as well as the existence of a corporate group (even a merely factual one). The judicial solution is not the most adequate, for it violates the principles of preservation of the company and procedural economy, and applies the theory of disregard of the legal entity in a wrong manner. Facing this problem, a model based on the direct liability of the fraud's perpetrators is proposed, in harmony with the system formed by civil, corporate and bankruptcy law. The presented solution does not possess the shortcomings of the judicial understanding, for it preserves the company, makes its defense possible and does not take it to the long and complex procedures of bankruptcy.

Keywords: Bankruptcy law. Corporate groups. Bankruptcy fraud. Bankruptcy extension. Disregard of the legal entity.

Sumário: 1. Introdução. 2. O atual entendimento jurisprudencial. 2.1. O abuso da personalidade jurídica. 2.2. O grupo econômico de fato. 3. Análise crítica do modelo. 3.1. A aplicação errônea da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. 3.2. A violação ao princípio da preservação da empresa. 3.3. A dificuldade procedimental da falência e o risco de desvalorização do ativo. 4. Delineamentos de uma possível solução. 4.1. A responsabilização direta da sociedade praticante da fraude. 4.2. O uso da ação revocatória do art. 130 da Lei nº 11.101/2005. 5. Conclusões: as vantagens do modelo proposto.

1. Introdução.

A atribuição de personalidade jurídica (diversa da dos sócios) à sociedade empresária objetiva facilitar a atividade negocial e proteger o empreendedor contra os riscos do insucesso da empresa explo-

rada, evitando a dilapidação de seu patrimônio particular em razão de um eventual insucesso do empreendimento. Trata-se de benefício concedido àquele que, seguindo as normas legais, promove o desenvolvimento da economia através do exercício da atividade comercial². Essa sistemática, todavia, não raro é utilizada como espeque para o cometimento de atos fraudulentos, que visam ao benefício pessoal do sócio em detrimento dos credores da sociedade ou até mesmo dela própria.

O abuso da personalidade jurídica da sociedade falida em grupos econômicos, com o intuito de favorecer outros integrantes do mesmo grupo, bem representa a situação acima exposta. Visando a impedir que os bens da falida satisfaçam os créditos na execução concursal, sociedades do grupo – coligadas, controladas ou controladoras – ocasionalmente agem para esvaziar o patrimônio da falida em benefício próprio, prejudicando credores. As formas para tanto são as mais diversas; alienações irregulares, simulações e constituição de garantias reais (em favor da coligada, controlada ou controladora, dando-lhes preferência na execução) são somente algumas hipóteses.

No intuito de evitar que tais atos sejam perpetrados e de facilitar sua repressão, a jurisprudência compreendeu que, em tais casos, deve ocorrer a extensão dos efeitos da falência às sociedades que integram o grupo. Conforme se demonstrará nos tópicos seguintes, a solução pretoriana cria diversos inconvenientes que dificultam a reversão da fraude e a satisfação dos credores, além de originar consequências socioeconômicas danosas. Outrossim, o entendimento atenta contra princípios do direito empresarial, sendo de questionável juridicidade.

Compreender os inconvenientes da orientação apontada e

2 GAMA, Guilherme Calmon da; BRASIL, Deilton Ribeiro. Aspectos relevantes (materiais e processuais) da teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. *In*: GAMA, Guilherme Calmon da. *Desconsideração da personalidade jurídica: visão crítica da jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 4.

propor uma solução alternativa mais satisfatória torna-se, dessa forma, tarefa necessária à melhor aplicação da legislação falimentar e à consecução de seus objetivos.

2. O atual entendimento jurisprudencial.

A extensão dos efeitos da falência para grupos societários, como já se afirmou, é fruto de construção jurisprudencial, de modo que o entendimento da questão passa pelo estudo dos fundamentos delineados nas decisões judiciais que a aplicam. Utilizar-se-á, como paradigma da análise, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial nº 1.259.018/SP³, por representar de forma completa o entendimento da Corte sobre a matéria.

No caso em questão, uma sociedade de nome SOBAR S.A. – Álcool e Derivados alienou a propriedade do imóvel onde funcionava sua usina de produção de álcool, bem como os instrumentos nela contidos, a outra sociedade que fazia parte do mesmo grupo econômico, a Rural Leasing. Esta firmou com a SOBAR S.A. contrato de *leasing* dos bens anteriormente adquiridos, que continuaram a ser utilizados na atividade produtiva. A SOBAR S.A. permaneceu na condição de arrendatária, mas depois de certo tempo parou de efetuar o pagamento mensal das prestações mensais à arrendante. Esta, por sua vez, ajuizou ação de reintegração de posse, recuperando os bens arrendados. Em seguida, tais bens foram alienados a outras sociedades integrantes do grupo, que terminaram por vendê-los a uma companhia *offshore*⁴ situada nas Ilhas Virgens Britânicas.

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Terceira Turma. Recurso Especial – REsp. nº 1.259.018/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 9 ago. 2011. Publicado em: 25 ago. 2011.

4 A companhia *offshore* é aquela constituída em país diverso do da nacionalidade de seus sócios, geralmente com o objetivo de minimizar custos tributários e reduzir a burocracia na constituição da sociedade.

A SOBAR S.A. teve sua falência decretada não muito tempo depois, e a massa falida requereu no processo falimentar que os efeitos da falência fossem estendidos a todas as sociedades que participaram das operações de alienação e *leasing* da usina e demais bens. Estes, como se percebe, foram subtraídos do patrimônio da SOBAR S.A., dificultando a satisfação dos créditos. O pedido da massa foi atendido em primeira e segunda instâncias, tendo uma das sociedades afetadas interposto Recurso Especial contra o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo.

No julgamento do recurso, o STJ reconheceu a ilicitude das operações de *leasing* e posteriores alienações dos bens da SOBAR S.A., com base na intenção do grupo de esvaziar-lhe o patrimônio e, assim, fraudar a execução concursal. Como consequência, manteve a extensão da falência às sociedades envolvidas. Os fundamentos destacados pela Corte para tanto foram basicamente dois: o abuso da personalidade jurídica, expresso na utilização da estrutura societária para a prática de ato lesivo a credores; e a existência de um grupo econômico, ainda que somente de fato. Passar-se-á ao seu exame mais aprofundado nos subtópicos abaixo.

2.1. O abuso da personalidade jurídica.

Para que se aplique a extensão dos efeitos da falência, o STJ entende necessário demonstrar que as sociedades sobre as quais a medida será imposta agiram com desvio de finalidade, ou que ocorre confusão patrimonial entre elas. Esse requisito é o mesmo da aplicação da teoria maior⁵ da desconsideração da personalidade jurídica,

5 Fala-se em teoria maior em oposição à teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, modalidade que prevê requisitos menos rígidos. Para efetivá-la, basta que se verifique a insolvência da sociedade empresária ou o fato desta constituir óbice à reparação de danos causados. A teoria maior, por outro lado, exige a demonstração do abuso da personalidade jurídica da sociedade, em suas diversas modalidades, conforme o art. 50 do Código Civil. A teoria menor encontra amparo legal no art. 28, *caput* e § 5º, do Código de Defesa do Consumidor.

prevista no art. 50 do Código Civil. O próprio acórdão do STJ em questão faz referência à teoria, ao afirmar que “é possível coibir esse modo de atuação mediante o emprego da técnica da desconsideração da personalidade jurídica”.

O abuso da personalidade jurídica pode se manifestar sob duas formas: o desvio de finalidade e a confusão patrimonial, à luz do texto do art. 50 do Código. O desvio de finalidade consubstancia-se na utilização da personalidade jurídica com o intuito de lesar terceiros, fraudando a aplicação da lei ou dos estatutos da sociedade⁶. A confusão patrimonial, por outro lado, é a inexistência de limites entre os patrimônios das sociedades envolvidas, sendo os bens de todas usados indistintamente pelas integrantes do grupo empresarial⁷.

O art. 50 do Código Civil refere-se à ocorrência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, de modo que a comprovação de um deles basta para ensejar a desconsideração da personalidade jurídica – e, no entendimento do STJ, a extensão da falência. Impende salientar que esta deve ser limitada às sociedades em que se verifique o abuso de personalidade jurídica, em aplicação analógica à orientação do Enunciado nº 7 da I Jornada de Direito Civil⁸.

2.2. O grupo econômico de fato.

Para além dos requisitos tradicionais previstos no art. 50 do Código Civil, o STJ entende que as sociedades sobre as quais se es-

midor, e no art. 4º da Lei nº 9.605/98, que trata da reparação do dano ambiental. A respeito do tema, conferir: NUNES, Luis Antonio Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 783.

6 MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. 2, p. 239.

7 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 83.

8 “Art. 50: só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido”.

tenderá a falência devem manter com a falida relações típicas de coligação ou de controle, de modo que não se possa separar totalmente os processos decisórios de cada uma. Vale dizer, devem formar um grupo econômico, em que uma sociedade exerça forte influência sobre outra. Aplica-se, portanto, o art. 243, §1º, da Lei nº 6.404/76, o qual aduz que “são coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa”. Incide também o §5º do mesmo artigo, que cria presunção de coligação quando uma sociedade detenha pelo menos 20% do capital social de outra⁹. Tratando-se de sociedades limitadas, por outro lado, o art. 1.099 do Código Civil exige que a investidora detenha pelo menos 10% do capital da coligada.

A coligação, todavia, é somente uma forma de constituição de grupo econômico. É possível que as sociedades se organizem em um sistema de subordinação, dando origem a uma relação jurídica de controle. O art. 243, §2º, da Lei nº 6.404/76, estabelece que uma sociedade anônima é controlada quando outra possua a maioria dos votos em Assembleia Geral e o poder de eleger a maioria dos administradores – critério semelhante ao do art. 1.098 do Código Civil, que trata do tema em relação às sociedades limitadas. A controladora é capaz, portanto, de determinar os rumos da atividade desempenhada pela controlada¹⁰.

Conforme preconiza o art. 265 da Lei nº 6.404/76, controladora e controladas podem constituir formalmente um grupo de sociedades, com o intuito de facilitar o atingimento de finalidades comuns. O ordenamento pátrio positivou, portanto, um modelo contratual para a formação de grupos econômicos, através da união convencional entre controladora e controladas. Todavia, a doutrina reconhece que os grupos podem, também, ter origem meramente fática, não neces-

9 Veja-se, nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Terceira Turma. Recurso Especial – REsp. nº 1.259.020/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 9 ago. 2011. Publicado em: 28 out. 2011.

10 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2, p. 530ss.

sitando de formalização contratual e bastando a configuração de uma das situações previstas nos parágrafos do art. 243 da Lei nº 6.404/76¹¹. Afinal, há uniões de fato entre sociedades que não podem ser ignoradas pelo direito¹². Caso contrário, estar-se-ia abrindo espaço para o cometimento de irregularidades sob o manto da independência entre as pessoas jurídicas, quando estas na verdade agiriam sob comando único. Acertadamente, portanto, o STJ reconhece que a configuração do grupo societário é satisfeita pela ingerência fática de uma sociedade em outra ainda que não haja convenção específica entre elas¹³.

A modalidade de organização do grupo – se coligação ou controle – e a posição da sociedade falida não interessam para a extensão da falência. Pode-se, assim, aplicá-la da controlada para a controladora e vice-versa, bem como de uma coligada para a outra indistintamente. Ocorrendo o abuso da personalidade jurídica da falida, a falência será estendida às responsáveis pelo comportamento ilícito independentemente de seus postos no grupo¹⁴.

3. Análise crítica do modelo.

O entendimento do STJ exposto no tópico anterior não se apresenta como o mais adequado para o tratamento da matéria. A elaboração de uma solução para um problema jurídico-empresarial demanda a análise de sua conformidade com a base principiológica desse ramo do direito, além das consequências socioeconômicas de

11 PRADO, Viviane Muller; TRONCOSO, Maria Clara. Análise do fenômeno do grupo de empresas na jurisprudência do STJ. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 11, n. 40, p. 97-120, abr./jun. 2008, p. 103.

12 LOBO, Jorge. Extensão da falência e o grupo de sociedades. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, p. 74-86, jan./mar. 2009, p. 80.

13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Segunda Turma. Recurso Especial – REsp. nº 1.144.884/SC. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em: 7 dez. 2010. Publicado em: 2 fev. 2011.

14 LOBO, Jorge, *op. cit.*, p. 80.

sua aplicação. O modelo ora criticado, pelas razões argumentadas nos itens seguintes, é falho em ambos os aspectos.

3.1. A aplicação errônea da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

O acórdão estudado no tópico 2, *supra*, utiliza em sua fundamentação a teoria da desconsideração da personalidade jurídica como espeque para a extensão dos efeitos da falência às sociedades integrantes do mesmo grupo. Afinal, preenchidos os requisitos contidos no art. 50 do Código Civil – os mesmos da teoria maior, repita-se – e existindo um grupo econômico de fato, o Tribunal entende que há bases suficientes para promover a referida extensão. Existem, contudo, alguns erros dogmáticos nessa conclusão jurisprudencial.

É necessário, primeiramente, compreender que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi desenvolvida com escopo diferente daquele que lhe conferiu o STJ no caso em questão. A *disregard doctrine*, como também é chamada, surgiu em precedentes dos sistemas de *common law*¹⁵ com a finalidade de levar à responsabilização pessoal dos sócios quando estes, valendo-se da sociedade, praticassem atos prejudiciais a terceiros¹⁶. Revestia-se, entretanto, de caráter episódico; a distinção subjetiva entre sócio e sociedade era afastada somente para atribuir responsabilidade patrimonial ao perpetrador da fraude. Não ocorria de forma alguma despersonalização-

15 A *disregard doctrine* pode ter sua origem identificada no famoso caso *Salomon v. Salomon & Co.*, decidido pela *House of Lords* britânica em 1897; todavia, encontrou substrato jurisprudencial bastante fértil nos Estados Unidos, já no começo do século XX. Nesse sentido: CHENG, Thomas. The corporate veil doctrine revisited: a comparative study of the English and the US corporate veil doctrines. *Boston College International and Comparative Law Review*, Boston, v. 34, n. 2, p. 329-412, jul./dec. 2009, p. 344.

16 FIGUEROA, Dante. Comparative aspects of piercing the corporate veil in the United States and Latin America. *Duquesne Law Review*, Pittsburgh, v. 50, n. 4, p. 683-797, sep./dec. 2012, p. 686.

da sociedade. A autonomia entre esta e o sócio é que momentaneamente era superada para fins obrigacionais¹⁷.

No direito norte-americano, em que a *disregard doctrine* alcançou grande desenvolvimento, o tema é tratado com bastante rigor. A *Delaware Chancery Court*, tribunal conhecido por seus entendimentos paradigmáticos na área empresarial, já há muito fixou que a desconsideração da personalidade jurídica somente pode ser feita quando há grave violação da autonomia entre sócio e sociedade, servindo esta para prejudicar terceiros ou fraudar a aplicação da lei¹⁸. Em sede doutrinária, ademais, reconhece-se que a função da “perfuração do véu corporativo”¹⁹ é a de responsabilizar pessoalmente o sócio que agiu com abuso de direito.

A questão não recebe tratamento diverso, neste ponto, no ordenamento jurídico inglês. O rompimento da autonomia entre sociedade e sócio, sempre episódico, tem as funções de coibir a utilização da pessoa jurídica como um escudo para a execução de fraudes e de facilitar a reparação de danos²⁰. Reafirma-se dessa forma o caráter excepcional e temporário da medida, que deve restringir-se ao mínimo necessário para reprimir abusos do véu societário.

17 ALMEIDA, Amador Paes de. *Execução de bens dos sócios*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 205.

18 Confira-se, como exemplo da jurisprudência da Corte, o caso *Midland Interiors Inc. v. Burtleigh et al.*: DELAWARE CHANCERY COURT. Civil Action nº 18.544. Rel. Vice Chancellor Donald F. Parsons Jr. Julgado em: 19 dez. 2006. Na lide em questão, o autor cobrava dívida vencida e não paga da sociedade ré, conseguindo atingir o patrimônio de seu sócio diretor. A Corte autorizou a desconsideração com base no fato de inexistir qualquer destinação econômica lícita da sociedade, que servia apenas para blindar o sócio contra execuções de seus débitos. Em outros tribunais do país, a orientação é igualmente rígida. Nesse sentido, o caso *James v. Loran Realty Corp.*: NEW YORK SUPREME COURT. Appeal nº 237 SSM 45. Rel. Chief Judge Lippman. Julgado em: 29 nov.2012.

19 FERSHEE, Joshua. LLCs and corporations: a fork on the road in Delaware? *Harvard Business Law Review Online*, Cambridge (United States), v. 1, n. 1, p. 82-87, jan./jul.2011, p. 83. Disponível em: “<http://www.hblr.org/wp-content/uploads/2011/06/HBLR-Fershee-LLCs.pdf>”. Acesso em: 10 ago. 2016.

20 PAYNE, Jennifer. Lifting the corporate veil: a reassessment of the fraud exception. *Cambridge Law Journal*, Cambridge (England), v. 56, n. 2, p. 284-290, jul./oct. 1997, p. 284.

A utilização da desconsideração da personalidade jurídica para estender os efeitos da falência a sociedades integrantes do mesmo grupo empresarial extrapola seus limites dogmáticos e legais. Afinal, o art. 50 do Código Civil deixa claro que o mecanismo serve para levar os “efeitos de *certas e determinadas relações de obrigações* [...] aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica” (grifos nossos), vinculando-os ao adimplemento de alguns créditos existentes contra a sociedade. O instrumento não pode ser manejado de forma indiscriminada para atingir a totalidade de relações obrigacionais do sócio sobre o qual incide – mas somente obrigações específicas –, como se percebe da interpretação literal do texto legal.

Essa é, aliás, a finalidade que tradicionalmente se atribui à desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento pátrio, doutrinária e jurisprudencialmente²¹: pune-se o sócio que se vale illicitamente do véu societário, vinculando-o a obrigações da sociedade²². A desconsideração não é despersonalização ou extinção da pessoa jurídica, mas sim medida temporária que viabiliza a execução excepcional de bens do sócio²³.

A orientação do acórdão exposto no tópico 2, *supra*, não promove o simples afastamento momentâneo da independência entre os

21 Veja-se, de forma exemplificativa, trecho da seguinte ementa de acórdão proferido pelo próprio STJ: “[...] IV – A desconsideração não importa em dissolução da pessoa jurídica, *mas se constitui apenas em um ato de efeito provisório, decretado para determinado caso concreto e objetivo*, dispondo, ainda, os sócios incluídos no pólo passivo da demanda, de meios processuais para impugná-la. V – A partir da desconsideração da personalidade jurídica, *a execução segue em direção aos bens dos sócios*, tal qual previsto expressamente pela parte final do próprio art. 50, do Código Civil [...]” (grifos nossos) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ Terceira Turma. Recurso Especial – REsp. nº 1.169.175/DF. Relator: Min. Massami Uyeda. Julgado em: 17 fev. 2011. Publicado em: 4 abr. 2011).

22 TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 8, n. 30, p. 53-78, abr./jun. 2007, p. 59.

23 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1, p. 276; FERREIRA, Luiz Eduardo Martins. Desconsideração da personalidade jurídica: uso e abuso. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 11, n. 41, p. 127-132, jul./set. 2008, p. 126.

sujeitos envolvidos, seguida da responsabilização patrimonial dos causadores da fraude falimentar. O que ocorre é a decretação da falência da sociedade que agiu ilicitamente. As consequências, nessa situação, são extremamente mais gravosas do que as da desconsideração da personalidade jurídica em seus moldes tradicionais, uma vez que o reconhecimento da falência interfere de forma bastante intensa na atividade empresarial.

Em verdade, o acórdão do STJ limitou-se a importar os requisitos exigidos pela teoria maior da desconsideração, sem atentar para a grande diferença existente entre os efeitos da responsabilização direta da sociedade causadora da fraude e a decretação de sua falência. Na primeira, a execução de créditos que não pudessem ser satisfeitos pelo patrimônio do falido seria simplesmente redirecionada às sociedades do grupo econômico praticantes do ilícito. Na segunda, por outro lado, põe-se fim a um conjunto de agentes econômicos, com a execução concursal de seus patrimônios. Estes não são os objetivos da desconsideração da personalidade jurídica; o acórdão aqui criticado fez uso inadequado desse mecanismo legal e ignorou as finalidades de sua aplicação.

3.2. A violação ao princípio da preservação da empresa.

A proteção da atividade econômica é, certamente, um dos objetivos do direito empresarial, e é nessa tendência que se encontra o reconhecimento do princípio da preservação da empresa; afinal, admitindo que a sociedade empresária é um dos elementos fundamentais da economia de mercado pautada pela livre iniciativa, o ordenamento jurídico cria meios para tutelá-la. O princípio em questão aduz que se deve preferir, no surgimento de problemas societários, soluções que não ponham fim à empresa, conservando assim sua estrutura e funcionamento²⁴.

24 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 79.

Doutrina e jurisprudência²⁵ reconhecem plenamente essa orientação como derivação do art. 47 da Lei nº 11.101/2005, que fala expressamente na preservação da empresa ao tratar da recuperação judicial. Há, inclusive, posicionamento teórico que defende a natureza constitucional do princípio, como derivação da função social da propriedade e da empresa²⁶. Essa tendência do direito empresarial encontra fundamentação na imprescindibilidade socioeconômica da sociedade empresária, que assume papel central no fornecimento de bens e serviços ao mercado consumidor, bem como na geração de empregos e de tributos²⁷.

O princípio da preservação da empresa reveste-se de especial importância no direito falimentar, pois é neste que se encontra uma das formas mais traumáticas de interferência no exercício empresarial: a falência. Esta gera consequências sérias para a sociedade sobre a qual incide, já que leva à execução concursal de seu patrimônio e à perda do direito de gestão e disposição de seus bens – não raro com a lacração dos estabelecimentos, conforme o art. 99, XI, da Lei nº 11.101/2005²⁸. Destarte, sempre que existir a possibilidade de lançar mão de instrumentos menos gravosos, capazes de conservar a atividade econômica explorada, a falência deve ser evitada²⁹.

25 Confira-se, nesse sentido, decisão do STJ em que se entendeu que o inadimplemento de dívidas insignificantes não poderia causar a falência da empresa, ainda antes da entrada em vigor da Lei nº 11.101/2005: “Mesmo ao tempo do DL n. 7.661/1945, já se encontrava *presente o princípio da preservação da empresa, incrustado claramente na posterior Lei n. 11.101/2005*. Assim, [...] não é razoável [...] a possibilidade de valores insignificantes provocarem a quebra da empresa” (grifos nossos) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Quarta Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento – AgRg no Ag nº 1.022.464/SP. Relator: Min. Aldir Pas-sarinho. Julgado em: 2 jun. 2009. Publicado em: 29 jun. 2009).

26 CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *Preservação da empresa no Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 38.

27 PERIN JÚNIOR, Écio. *Preservação da empresa na Lei de Falências*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35.

28 ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 166.

29 COELHO, Fábio Ulhoa. O princípio da preservação da empresa na lei de recuperação de

Esse argumento é fortalecido, ainda, pelo potencial da legislação falimentar de estimular o exercício da atividade empresarial. Conforme já demonstrado pela doutrina norte-americana³⁰, há uma íntima relação entre os meios legais de preservação da empresa e o fomento ao empreendedorismo. Afinal, fornecendo-se ao empresário segurança de que, juridicamente, a continuidade de sua atividade será valorizada, é natural que haja maior interesse no engajamento em empreendimentos econômicos. O manejo indiscriminado da falência, nesse contexto, aparece como fator de desestímulo ao desenvolvimento da atividade empresarial.

Ao utilizar-se essa medida como punição pela fraude cometida nos moldes explicitados no tópico 2, *supra*, ignora-se o caráter de *ultima ratio* do processo falimentar. As sociedades responsáveis pelo comportamento fraudulento não se encontram necessariamente em uma situação que justifique a decretação da falência, dentre as previstas no art. 94 da Lei nº 11.101/2005. E, se eventualmente se encontrarem, a falência deverá ser por causa disso reconhecida – e não em virtude da participação em um esquema de fraude.

Não há, ademais, qualquer base legal para que assim se proceda. O art. 50 do Código Civil, como demonstrado no tópico 3.1, *supra*, não serve para embasar o entendimento do STJ. Na legislação falimentar, semelhantemente, o cometimento de fraude no âmbito de um grupo econômico não é prevista como motivo autorizador da decretação da falência – já que estes encontram-se previstos taxativamente no art. 94 da Lei nº 11.101/2005. Ao utilizá-la para reprimir a prática fraudulenta, o juiz acrescenta ao rol legal, em indevida ativi-

empresas. *Revista Electrónica de Direito*, Porto (Portugal), v. 2, n. 2, p. 2-11, jan./jun. 2014, p. 9. Disponível em: “<http://www.cije.up.pt/content/o-princ%C3%ADpio-da-preserva%C3%A7%C3%A3o-da-empresa-na-interpreta%C3%A7%C3%A3o-da-lei-de-recupera%C3%A7%C3%A3o-de-empresas>”. Acesso em: 14 ago. 2016.

30 BARNEY, Jay; PENG, Mike W.; LEE, SEUNG-HYUN. Bankruptcy law and entrepreneurship development: a real options perspective. *Academy of Management Review*, New York, v. 32, n. 1, p. 252-272, jan./mar. 2007, p. 258.

dade legiferante, nova situação ensejadora da falência. A lei que disciplina a matéria já elenca *numerus clausus* as hipóteses em que o pedido falimentar é cabível, de modo que não é dado ao magistrado criar outros casos para tanto.

Na verdade, o termo “falência”, por si só, remete a uma situação de insanável e inescapável dificuldade financeira, em que a manutenção da empresa seria prejudicial aos seus credores. É justamente nesse sentido que se fala em um “estado de falência”³¹. Os itens contidos no art. 94 envolvem, todos, um quadro de insolvência da sociedade empresária – ainda que não se trate de insolvência econômica, mas sim jurídica³² –, apto a gerar fundado receio de frustração de direitos creditórios. Não ocorrendo essa situação a solução deverá ser outra, para não se sacrificar empresa economicamente viável³³.

Há, ainda, outro aspecto relevante na questão. As sociedades do grupo sobre as quais incide a extensão da falência, por não participarem da fase cognitiva pré-falimentar, não tem a oportunidade de manifestação quanto ao pedido protocolado pelo credor. Uma vez citado e integrado à relação processual, o devedor tem à sua disposição diversas opções de defesa que podem levar até à extinção do processo. A ele abrem-se as possibilidades de pedir a recuperação judicial (art. 95 da Lei nº 11.101/2005), de contestar (art. 98) e de realizar o depósito elisivo (parágrafo único do art. 98); é possível, portanto, que o juiz abstenha-se de decretar sua falência.

A solução aplicada pelo STJ nega às sociedades afetadas pela extensão a faculdade de utilizar tais mecanismos. Como só se estende a falência depois da fase cognitiva pré-falimentar (momento proces-

31 CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 197.

32 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 263.

33 PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação judicial de empresas: caracterização, avanços e limites. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 151-166, jan./jun. 2006, p. 152.

sual adequado para a apresentação de resposta do devedor), a defesa das sociedades fica debilitada, já que não lhes é dada a chance de pedir recuperação judicial, contestar ou fazer o depósito elisivo. O próprio direito à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LV, da Constituição Federal) resta prejudicado pelo entendimento jurisprudencial.

O acórdão estudado no tópico 2, *supra*, não levou em consideração a viabilidade das sociedades envolvidas. Optou, simplesmente, pela extensão dos efeitos da falência a todas elas – e tudo isso, repita-se, sem levar em conta sua situação econômica ou enquadramento em algum dos casos do art. 94 ou ofertar-lhes as possibilidades de defesa legais. Descumpriu, portanto, o comando normativo contido no princípio da preservação da empresa.

3.3. A dificuldade procedimental da falência e o risco de desvalorização do ativo.

O processo falimentar é, no seu aspecto procedimental, complexo e possuidor de dificuldades próprias. Para que seja capaz de atingir seus objetivos, é preciso que se observem múltiplos ritos e detalhes operacionais, largamente disciplinados pela Lei nº 11.101/2005, que em geral demandam bastante tempo e recursos.

Justamente por causa dessa partiularidade é que o princípio da economia processual tem especial aplicação no âmbito do processo falimentar³⁴. Esse princípio determina que os ritos processuais devem orientar-se pela satisfação mais rápida, eficiente e efetiva dos direitos materiais em jogo, de modo a evitar a realização de atos desnecessários e que tornem mais difícil a tutela do direito material³⁵. Pode-se, aliás, entendê-lo como derivação dos direitos fundamentais à tu-

34 MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 390.

35 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 181.

tela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo (art. 5º, XXXV e LXXVIII, respectivamente, da Constituição Federal), de maneira que é possível reconhecer-lhe caráter constitucional³⁶.

A execução concursal é, em si mesma, bastante trabalhosa. Faz-se necessário proceder à nomeação do administrador judicial, à habilitação dos créditos, à constituição dos órgãos da falência, à apuração do ativo e definição do passivo, ao julgamento dos pedidos de restituição, à realização do ativo, e ao pagamento dos créditos na ordem prevista em lei³⁷.

Em virtude dessas peculiaridades, o processo falimentar gera múltiplos custos diretos (como as custas processuais e a remuneração do administrador judicial) e, ainda, a desvalorização do ativo do falido, causada pelo tempo gasto nos trâmites falimentares³⁸. A duração (tendencialmente longa) do processo retira parte do valor econômico dos bens, que, em geral fora de qualquer uso produtivo, assistem à ação do tempo depreciá-los e torná-los tecnologicamente defasados. Isso praticamente impossibilita sua alienação em bloco e no mínimo dificulta a venda de cada um individualmente. É bem verdade que a sistemática criada pela Lei nº 11.101/2005 em seu art. 139, ao determinar a realização do ativo tão logo sejam arrecadados os bens do falido, concorreu para minimizar essas consequências negativas³⁹. Não conseguiu, contudo, eliminá-las completamente, até porque a realização do ativo leva certo tempo.

Submeter sociedades não necessariamente em crise a esse

36 MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 1, p. 226.

37 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 344.

38 FERNANDES, Jean Carlos. A insolvência empresarial na fronteira do direito e da economia. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 233-255, jan./jun. 2010, p. 247.

39 PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 396.

longo e complexo trâmite, com fundamento único na prática de uma fraude dentro de um grupo econômico, é medida que fere a economia processual. Existindo meio alternativo mais simples para a solução do problema – a responsabilização direta das sociedades envolvidas na fraude, a que se voltará no tópico 4, *infra* –, não é justificável o manejo do processo falimentar. Dessa forma, a extensão dos efeitos da falência que ora se critica é indesejável, também, por violar o princípio da economia processual.

4. Delineamentos de uma possível solução.

Tendo demonstrado as limitações do entendimento jurisprudencial vigente, impende definir um mecanismo alternativo capaz de reprimir a fraude falimentar e que seja, ao mesmo tempo, juridicamente válido e economicamente aceitável. A resposta encontra-se na conjugação de dispositivos das legislações falimentar, societária e civil, através de uma interpretação sistemática e harmonizadora das tendências do direito empresarial. É preciso, nessa abordagem, conciliar a necessidade de promover a efetiva reparação dos credores lesados pelo cometimento da fraude e a conservação, tanto quanto possível, das sociedades envolvidas, evitando levá-las à falência.

A questão, na verdade, também é objeto de preocupação em ordenamentos estrangeiros. Na doutrina alemã, por exemplo, a falência em grupos de sociedades – especialmente multinacionais – já é debatida há alguns anos, mas os avanços jurisprudenciais na matéria são pequenos⁴⁰. Na Holanda, de forma semelhante, o foco da discus-

40 Isso ocorre, em especial, porque o direito comunitário da União Europeia compreende os integrantes de um grupo econômico como sujeitos totalmente separados, sem comunicação de responsabilidades. Confira-se, a propósito: HIRTE, Heribert. Towards a framework for the regulation of corporate groups' insolvencies. *European Company and Financial Law Review*, Berlin, v. 5, n. 2, p. 213-226, apr./jun. 2008. Essa tendência não é seguida pelo direito brasileiro; veja-se, como exemplo, o art. 28, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a responsabilidade subsidiária quanto às obrigações consumeristas dentro dos grupos societários.

são reside nos grupos multinacionais, reconhecendo-se amplamente a insuficiência das regulações comunitárias existentes. O que se percebe, todavia, é que, em determinadas situações, as sociedades integrantes de um grupo atuam como se uma só fossem, de maneira que um sistema de responsabilidades falimentares não pode tratá-las como entes completamente separados⁴¹.

No direito norte-americano, por outro lado, o tema recebe tratamento mais detalhado, existindo diversos instrumentos legais para a repressão de fraudes falimentares e reparação de credores. É importante salientar que quase todos esses meios são amparados, de alguma forma, na *disregard doctrine*. Tratando-se de um grupo econômico, um dos mais efetivos é o *turnover*, que torna inválidas transferências de bens do falido para outras sociedades do grupo realizadas antes da falência, com a intenção de prejudicar credores⁴². Somente quando não é possível, por razões de diversas ordens, implementar a desconsideração da personalidade jurídica e seus mecanismos correlatos (como o *turnover*), promove-se a extensão da falência às sociedades praticantes da fraude, através do instituto da *substantive consolidation*⁴³. A função por ele desempenhada é residual, aplicando-se unicamente aos casos em que possa promover a mais fácil satisfação dos credores.

41 VETTE, Eva. Multinational enterprise groups in insolvency: how should the European Union act? *Utrecht Law Review*, Utrecht, v. 7, n. 1, p. 216-228, jan./apr. 2011, p. 217.

42 GRAULICH, Timothy. Substantive consolidation: a post-modern trend. *American Bankruptcy Institute Law Review*, Alexandria (United States), v. 14, n. 2, p. 527-566, jul./dec. 2006, p. 530ss. Importa ressaltar que o *turnover* não se aplica somente a atos praticados num prazo específico, ao contrário do que ocorre com a ineficácia dos atos prejudiciais à massa falida do art. 129 da Lei nº 11.101/2005. O *Bankruptcy Code* – lei federal que regula o processo falimentar nos Estados Unidos –, todavia, prevê em seu § 548 figura semelhante à brasileira: trata-se da *fraudulent conveyance*, que autoriza a anulação de certos negócios concluídos nos dois anos anteriores ao pedido de falência.

43 ELKIN, Judith. Lifting the veil and finding the pot of gold: piercing the corporate veil and substantive consolidation in the United States. *Dispute Resolution International*, London, v. 6, n. 2, p. 131-148, oct./dec. 2012, p. 137.

O modelo estadunidense é um bom objeto de estudo, pois concilia a efetividade na repressão da fraude falimentar com a evitação da extensão da falência a outras sociedades. É possível, portanto, utilizar seus pressupostos gerais – que, aliás, pouco diferem dos expostos ao longo deste artigo – como vetores interpretativos para o tema no direito brasileiro.

4.1. A responsabilização direta da sociedade praticante da fraude

A solução para essa intrincada questão é fornecida por um conjunto de dispositivos das legislações civil e falimentar, com suporte na teoria da desconsideração da personalidade jurídica. É necessário, portanto, ter sempre em mente o referencial do art. 50 do Código Civil para corretamente apreender o sentido dos outros textos legais a seguir apresentados.

Na Lei nº 11.101/2005, o art. 82 estabelece a possibilidade de apurar a responsabilidade pessoal dos sócios, controladores e administradores do falido em ação própria, que tramitará no próprio juízo da falência. É importante perceber que a lei não disciplina quais serão os parâmetros de apuração da responsabilidade, que variam de acordo com cada tipo de sociedade. Ao invés disso, a parte inicial do art. 82 remete à legislação própria do direito societário – que contém, esta sim, os limites da responsabilidade.

Este estudo manterá seu foco nas sociedades limitada e anônima, por serem os tipos mais comuns e de maior expressividade econômica no cenário nacional. Além disso, é nelas que o véu da personalidade jurídica fornece maior proteção quanto à separação entre as obrigações da sociedade e o patrimônio dos sócios, de modo que suscitam questões mais complexas.

Na sociedade limitada, o sócio responde não só pela integralização do capital social (art. 1.052 do Código Civil) mas também, ili-

mitadamente, quando aprovar deliberação que viole a lei ou o contrato social (art. 1.080). Ao fazê-lo, seu patrimônio estará vinculado à reparação à sociedade ou a credores lesados pela prática do ato ilícito⁴⁴. Essa espécie de responsabilidade aplica-se bem à repressão da fraude falimentar nos grupos econômicos, pois permite que se atinja o patrimônio da sociedade que, sendo detentora de parte do capital social do falido, valeu-se de seu poder de voz e voto para frustrar direitos creditórios de terceiros⁴⁵.

Na sociedade anônima, de forma semelhante, o acionista é responsável pela integralização de sua parcela do capital social, conforme o art. 106 da Lei nº 6.404/76. Para os demais casos de responsabilidade, faz-se necessário definir a posição ocupada pelo acionista na estrutura da sociedade.

Tratando-se de acionista controlador, o art. 117 estabelece que sobre ele incidem as consequências dos atos praticados com abuso de poder, prevendo, no seu §1º, diversas condutas que o configuram. Conforme o art. 116, controlador é o acionista (que pode ser pessoa jurídica) que titulariza a maioria dos direitos de voto em assembleia e o poder de eleger a maioria dos administradores, e que de fato direciona os rumos de atividade da companhia. O parágrafo único do art. 116 aduz que o controlador deve utilizar seu poder para promover o atingimento das finalidades sociais da companhia, respeitando os direitos dos demais acionistas, trabalhadores e da própria comunidade.

44 COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 208.

45 O administrador da limitada, conforme o art. 1.016 do Código Civil, responde por culpa pelos ilícitos que praticar. Não se entrará, aqui, no tema da possibilidade de pessoa jurídica – no caso, a sociedade integrante de um grupo econômico – ocupar o posto de administrador, bem explorado por ABRÃO, Nelson. *Sociedades limitadas*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 150ss. De toda forma, optando-se por qualquer das teses, a sociedade praticante da fraude poderá ser responsabilizada pelos art. 1.016 ou 1.080, conforme o caso. A responsabilidade do administrador da sociedade anônima, por sua vez, não é relevante para os fins deste estudo, já que o art. 146 da Lei n. 6.404/76 exclui expressamente a possibilidade de a função ser desempenhada por pessoa jurídica.

As modalidades de exercício abusivo do poder de controle consistem, pois, em violações a esse mandamento ético legal⁴⁶. O controlador que exerce seu poder de forma abusiva pratica verdadeira reorganização da sociedade para que esta passe a servir a seus interesses pessoais, de forma ilícita⁴⁷.

Se a relação entre a sociedade praticante da fraude falimentar e a falida for de controle, nos moldes do parágrafo único do art. 116, a repressão do ato ilegal e a reparação aos credores podem ser feitas através da ação de responsabilização por exercício abusivo do poder societário. Afinal, não há impedimentos a que o posto de controlador seja ocupado por pessoa jurídica, de modo que a prática de fraude falimentar por parte desta pode vir a configurar o exercício abusivo – e isso por duas razões.

Primeiramente porque, conforme o art. 246 da mesma lei, a controladora é obrigada a reparar os danos que causar ao violar os arts. 116 e 117, e isso inclui o desrespeito ao dever ético contido no parágrafo único do art. 116. Ora, sendo inegável que a fraude falimentar descumpra frontalmente esse comando normativo – já que leva à utilização da companhia para o fim ilícito de prejudicar credores –, pode-se compreendê-la como abuso do poder de controle. Em segundo lugar, porque as hipóteses contidas no §1º do art. 117 são bastante amplas – especialmente a parte inicial de sua alínea “a”, ao tipificar a conduta de “orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional”, em que se enquadram um grande espectro de comportamentos fraudulentos. A desconsideração da personalidade jurídica incidiria, assim, para chegar à sociedade controladora e atribuir-lhe responsabilidade pelas obrigações da falida⁴⁸.

46 REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2, p. 204ss.

47 WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 306.

48 LOBO, Jorge. Extensão da falência e o grupo de sociedades. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, p. 74-86, jan./mar. 2009, p. 85.

Entretanto, quando a fraude é cometida por companhias coligadas, faz-se necessário lançar mão de outros mecanismos jurídicos. Nesses casos não é possível falar-se de responsabilização por exercício abusivo do poder de controle – já que de controle não se trata –, de maneira que, *a priori*, não seriam aplicáveis os arts. 116 e 117. É possível invocar o art. 115, *caput* e §§3º e 4º, quando a coligada utilizar-se do voto como meio para perpetração da fraude. Os dispositivos estabelecem a responsabilidade do acionista pelo exercício do voto que ocasione, em geral, prejuízo à companhia ou o auferimento de vantagem indevida. A hipótese, todavia, é bastante restrita, pois não contempla o conluio informal para o cometimento da fraude. Dessa forma, torna-se necessário buscar solução eficaz para os casos não abrangidos pelo art. 115.

A resposta pode ser encontrada no sistema geral da descon sideração da personalidade jurídica, contido no art. 50 do Código Civil. Concorrendo os requisitos exigidos pela teoria maior, não há porque negar-se sua aplicação com base na inexistência de mecanismo mais específico na legislação societária. Inserindo-se o art. 50 no título do Código que trata das pessoas jurídicas em geral, não se vislumbram razões para que o dispositivo não incida no caso em questão.

Há, ainda, mais razões para chegar-se a essa conclusão. O sócio que substitui a vontade da empresa pela sua própria – mesmo que não o faça através do controle societário, mas sim de acordos celebrados secretamente no grupo econômico –, direcionando-a ilicitamente à consecução de seus próprios objetivos, usurpa o controle empresarial⁴⁹. A sociedade é, assim, privada dos instrumentos necessários para exercer sua atividade e passa a servir como mecanismo de perpetração de ilicitudes, sob a direção de integrantes do grupo. Destarte, mesmo que o controle societário pertença formalmente a outras pessoas, a sua utilização pode servir como fachada para ocultar a ver-

49 WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da descon sideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 305.

dadeira direção da sociedade. É justamente nesse sentido que o acórdão do STJ estudado no tópico 2, *supra*, refere-se à necessidade de ingerência fática entre as sociedades, malgrado não haja instrumentalização formal do controle.

A responsabilidade pelos danos, em tais casos, não pode ser atribuída unicamente à sociedade que, ao ter sua autonomia suprimida, passa a ser mera intermediária dos controladores fáticos para o cometimento da fraude. Agraciá-los com a benesse da separação patrimonial entre eles e a sociedade falida seria uma desvirtuação do instituto da personalidade jurídica autônoma. É cabível, por conseguinte, o manejo da desconsideração prevista no art. 50 do Código Civil para responsabilizar as sociedades praticantes do ilícito pelo adimplemento das obrigações do falido.

O modelo aqui delineado, portanto, tem foco na atribuição de responsabilidade às sociedades envolvidas na fraude pelos prejuízos causados aos credores. Desse modo, a satisfação dos créditos existentes contra o falido passa a ser obrigação a elas atribuída solidária e ilimitadamente. O fundamento genérico de sua responsabilidade reside na teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, positivada no art. 50 do Código Civil. As bases específicas para a responsabilização, por outro lado, variam de acordo com cada caso. Tratando-se de sociedades limitadas, aplica-se o art. 1.080 do Código. Nas anônimas, incidem os arts. 116, 117 e 246 da Lei nº 6.404/76, quando a fraude tiver sido cometida com abuso do poder de controle societário. Em caso de sociedades coligadas, o fundamento específico pode ser encontrado no art. 115 da mesma lei; não sendo este aplicável, o próprio art. 50 do Código Civil já é suficiente.

Não há necessidade de se promover a extensão dos efeitos da falência; basta a propositura da ação a que se refere o art. 82 da Lei nº 11.101/2005 e, sendo positivo o juízo de responsabilidade, a execução de tantos bens das rés quanto necessário. O procedimento adequado para tanto é, na etapa cognitiva, o rito ordinário do Código de Processo Civil, à luz da remissão feita pelo art. 82. Na fase executiva,

segue-se o previsto no capítulo do Código que trata do cumprimento de sentença, a ser iniciado na forma dos art. 513 e seguintes – de tramitação mais simples que ado processo falimentar.

4.2. O uso da ação revocatória do art. 130 da Lei nº 11.101/2005.

Os atos realizados com o intuito de prejudicar os credores do falido, através de conluio entre as partes envolvidas, são passíveis de revogação, conforme o art. 130 da Lei nº 11.101/2005. Como a hipótese é de ineficácia subjetiva, faz-se necessário provar a intenção fraudulenta dos negociantes em processo iniciado pela propositura de ação revocatória. A exemplo do *turnover* do direito norte-americano, a ação revocatória não se limita aos atos praticados dentro de um específico limite temporal, de modo que mesmo negócio concluído antes do período suspeito (fixado na sentença) pode ser declarado ineficaz⁵⁰.

Esse mecanismo legal pode muito bem ser usado para reprimir a fraude falimentar, já que o ato fraudulento de esvaziamento do patrimônio do falido amolda-se à definição genérica do art. 130. A ação revocatória, portanto, é opção colocada à disposição dos lesados pelo ilícito cometido pelas sociedades integrantes do grupo econômico. Há situações em que essa ferramenta pode ser, de fato, mais eficaz do que a responsabilização patrimonial das sociedades, já que retorna à propriedade do falido os bens transmitidos. Seria o caso, por exemplo, da fraude à execução concursal através da constituição de garantia real sobre todo o estabelecimento do falido, ou mesmo do *trespasse para subsidiária*⁵¹. Nessas situações, a revogação incidi-

50 COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 352.

51 TEPEDINO, Ricardo. O *trespasse para subsidiária (drop down)*. In: ARAGÃO, Leandro Santos de; CASTRO, Rodrigo Monteiro de. *Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 81.

ria sobre negócio jurídico relativo a um objeto único – a universalidade do patrimônio cuja execução foi frustrada.

Entretanto, se a fraude tiver sido cometida através de múltiplas transações, envolvendo partes distintas do patrimônio do falido e com a participação de muitos sujeitos, o manejo da ação revocatória pode não ser a solução mais prática. Afinal, seria necessária a propositura de diversas ações, uma sobre cada negócio a ser revogado, ou, pelo menos, sobre cada conjunto de negócios relativos a um mesmo bem. Dessa forma, sua aplicação pode ser incapaz de adequadamente tutelar os direitos de credores, de maneira que a responsabilização direta das sociedades praticantes da fraude provavelmente será mais efetiva. A possibilidade de seu uso, todavia, não deve ser eliminada. A interpretação mais consentânea com a sistemática do direito falimentar de satisfazer, tanto quanto possível, os interesses creditórios, é a que compreende a ação revocatória do art. 130 e a responsabilização direta das sociedades, estudada no tópico 4.1, *supra*, como opções à disposição da massa. A que será utilizada em cada caso dependerá das circunstâncias fáticas específicas.

5. Conclusões: as vantagens do modelo proposto.

Ao longo deste artigo, empreendeu-se uma análise crítica do entendimento do STJ que determina a extensão da falência nos grupos econômicos em casos de fraude, destacando suas falhas conforme três critérios principais: o uso da desconsideração da personalidade jurídica, o princípio da preservação da empresa e o princípio da economia processual.

Diante desse problema, propôs-se um modelo baseado na responsabilização direta das sociedades praticantes da fraude, que encontra fundamentação no art. 50 do Código Civil e gera exatamente os efeitos nele previstos. Enquanto a extensão dos efeitos da falência enseja, indiscriminadamente, a execução concursal dos patrimônios das sociedades envolvidas, o sistema aqui delineado somente torna-

as responsáveis pelas dívidas do falido cujo adimplemento foi frustrado pela fraude. Essa é, em verdade, a essência da teoria da descon sideração da personalidade jurídica: superar a autonomia entre o sócio e a sociedade e, penetrando no véu societário para atingir o patrimônio do primeiro, vinculá-lo ao cumprimento de obrigações desta última⁵².

Em segundo lugar, essa solução atende totalmente ao comando normativo do princípio da preservação da empresa, já que evita o uso do processo falimentar e conserva uma unidade produtiva economicamente viável. Conservam-se, desse modo, as funções da atividade empresarial de geração de empregos, de tributos, e de dinamização da economia.

Finalmente, o princípio da economia processual também é observado de forma mais satisfatória pela solução apresentada. A simplicidade procedimental tanto da apuração de responsabilidade das sociedades envolvidas como da execução das obrigações fixadas na sentença, em relação aos trâmites falimentares, é facilmente perceptível. A prestação da tutela jurisdicional torna-se mais célere, mitigando os custos do processo e a desvalorização do ativo executado.

O modelo aqui defendido, por conseguinte, afigura-se mais adequado jurídica e socialmente às finalidades das legislações civil e falimentar, devendo, pois, ser preferido em relação à extensão dos efeitos da falência.

52 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1, p. 276.

Normas para publicação de artigos na RSDE

1. Os trabalhos para publicação na Revista Semestral de Direito Empresarial – RSDE deverão ser inéditos no Brasil e sua publicação não deve estar pendente em outro veículo nacional.

2. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos no formato “.doc” para o e-mail: conselho.executivo@rsde.com.br

3. Os artigos deverão observar as normas da ABNT (NBR 6023, NBR 10520 e NBR 14724) e ser entregues na seguinte formatação:

- (a) Tamanho do papel: A4 (210 x 297 mm);
- (b) Orientação: retrato;
- (c) Margens: as margens superior e esquerda devem ser de 3 cm, ao passo que as margens inferior e direita devem ser de 2 cm;
- (d) Alinhamento: justificado;
- (e) Parágrafo: usar a tabulação padrão (1,25 cm), a partir da margem esquerda da folha. As eventuais alíneas devem estar a 2,5 cm da margem (para transcrições longas, observar a alínea “h” abaixo);
- (f) Espaçamento: 0 pt antes e depois no texto e 0 pt antes e 6 pt depois para as notas de rodapé; entrelinhas: 1,5 linhas no texto e simples para notas de rodapé (para transcrições longas, observar a alínea “h” abaixo);
- (g) Fonte: Times New Roman; estilo: normal; tamanho: corpo 12 para o texto e corpo 10 para as notas de rodapé; cor: automático;
- (h) Transcrições longas (mais de 3 linhas): escritas em parágrafo independente, com recuo a 4 cm da margem esquerda, sem aspas; tamanho da fonte: 10 (o trecho não deverá ser transcrito em “itálico” ou “negrito”, à exceção de expressão grifada pelo autor, caso em que deverá ser incluída, ao final do texto transcrito, a expressão “grifos do autor”); espaçamento entrelinhas: simples; e
- (i) Transcrições curtas (até 3 linhas, inclusive): deverão observar o mesmo padrão do texto do artigo, escritas entre aspas.

4. Os artigos deverão possuir:

- (a) sumário;
- (b) título, resumo e palavras-chave em dois idiomas, sendo um deles o idioma do texto e o outro necessariamente o inglês;
- (c) referências a citações, as quais serão feitas em notas de rodapé, seguindo, como já indicado no item 3. acima, as normas da ABNT; e
- (d) no mínimo de 15 e máximo de 30 páginas. Não será necessária a indicação de bibliografia ao final do artigo.

5. Os trabalhos recebidos serão submetidos a processo de dupla avaliação anônima por pares (*double blind review*) pelo corpo de pareceristas permanente da RSDE, o qual é composto por professores de universidades brasileiras e estrangeiras.

6. Cada artigo avaliado poderá ser considerado (a) apto para publicação; (b) apto para publicação, desde que realizadas correções obrigatórias; ou (c) inapto para publicação. Serão publicados os artigos que não tiverem recebido qualquer parecer negativo ou aqueles que tiverem atendido as correções obrigatórias requeridas pe-

los Pareceristas. Após a avaliação, os artigos retornarão aos autores para ciência e para realização de eventuais correções, as quais serão posteriormente conferidas tanto pelos pareceristas quanto pelos membros do Conselho Executivo.

7. Realizado esse procedimento, os artigos aprovados serão submetidos aos Editores e aos membros dos Conselhos Editorial e Executivo da Revista, que se reunirão para avaliá-los e finalizar a seleção para a publicação, observando os critérios de qualidade e exogenia e a quantidade de artigos por número.

8. Além desses artigos avaliados anonimamente por pares, a RSDE publicará até dois artigos de convidados por número. Estes artigos serão avaliados somente pelos Conselhos Editorial e Executivo, os quais analisarão a pertinência temática com o foco e o escopo da Revista e a observância das regras formais para publicação.

9. As edições da RSDE são publicadas semestralmente, nos meses de junho e dezembro, todos os anos.