

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 18

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 2016

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), Milena Donato Oliva (UERJ), Sergio Negri (UFJF), Samuel Max Gabbay (UFRN) e Vitor Monteiro (UFAL).

PATROCINADORES:



MOREIRA MENEZES . MARTINS . MIRANDA
ADVOGADOS

ISSN 1983-5264

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

Revista semestral de direito empresarial. — nº 18 (janeiro/junho 2016)
. — 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 2017.

Editorial

Como chefe do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, cumpre-me, com imensa satisfação, apresentar o décimo oitavo número da Revista Semestral de Direito Empresarial – RSDE à comunidade jurídica.

Em temática de grande atualidade, o artigo inaugural, de autoria do Professor norte-americano Robert Klitgaard e intitulado “*Corruption*”, enfrenta, dentre outros pontos, as instigantes questões sobre o que seria efetivamente corrupção, como seria possível mensurá-la, quão prejudicial seriam as diversas formas de corrupção e o que um líder poderia fazer a respeito da corrupção.

Na sequência, o Professor norte-americano Michael Johnston, em trabalho intitulado “*Making Transparency Real? Accounting and Popular Participation in Corruption Control*”, traça interessante análise entre contabilidade, transparência e corrupção, concluindo que técnicas de contabilidade rigorosas e qualificadas podem se tornar um poderoso instrumento anticorrupção, auxiliando na produção de melhores governanças e negócios, desde que contem com o apoio ativo dos cidadãos.

Sob o título “A Conversão de Dívida em Participação Acionária como Meio de Recuperação Judicial”, o Professor e coeditor de nossa RSDE Mauricio Moreira Menezes em coautoria com o advogado e mestrando em Direito de Empresa e Atividades Econômicas pela UERJ Rodrigo Saraiva Porto Garcia oferecem relevante análise sobre a conversão de dívida em participação acionária como meio de recuperação judicial de empresas, examinando o teor das cláusulas inseridas em planos de recuperação judicial com o intuito de promover o pagamento de credores por intermédio da conversão de sua dívida em ações, debêntures conversíveis em ações ou bônus de subscrição emitidos pela companhia.

No artigo “*L’impresa Agricola Tra Diritto Agrario e Diritto Commerciale*”, a Professora de Direito Comercial Monica Cossu discorre sobre as reformas sofridas pela legislação italiana que disciplina o modelo de empresa agrícola e aponta alguns dos efeitos dessas alterações, comparando os regimes jurídicos das sociedades comerciais com os das sociedades agrícolas, notadamente no que se refere à sujeição ao instituto da falência.

Em seguida, o Professor e Desembargador José Marcos Rodrigues Vieira e a Professora Maria Celeste Morais Guimarães contribuem com suas reflexões, em artigo intitulado “Por um Calendário Processual na Recuperação Judicial de Empresas – uma Proposta para Alteração da Lei nº 11.101/2005”, sugerindo reforma pontual da Lei nº 11.101/2005 de modo a permitir a adoção, de comum acordo, de um calendário para a prática dos atos processuais na Recuperação Judicial de Empresas, instrumento já admitido pelo Código de Processo Civil de 2015, com vistas a dar maior celeridade e efetividade ao processo recuperatório.

O Professor Marcelo Lauar, em seu trabalho “Limitação da Responsabilidade Patrimonial como Fator de Proteção ao Investimento: Razões e Propostas para uma Missão de Resgate”, oferece encaminhamentos de ordem legislativa e jurisdicional que possam servir de base pragmática para a proteção do investimento produtivo no Brasil, debatendo os paradigmas da limitação da responsabilidade patrimonial e o fato de o papel garantidor do capital social ter sido esquecido em prol de uma dilatada aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

O Professor e doutorando pela UERJ Cláudio Luiz de Miranda e o advogado e mestre pela UERJ Rodrigo da Guia Silva, em coautoria, contribuem com artigo intitulado “Lucro da Intervenção: A Restituição do Lucro Obtido Mediante Intromissão em Direito Alheio”, investigando qual seria o adequado enquadramento dogmático do lucro da intervenção no direito brasileiro.

No artigo “A Responsabilidade Civil das Corretoras de Valores Mobiliários em Razão de Incompleto Cumprimento das Ordens dos

Clientes e o Cálculo do Montante do Dano”, o Professor José Gabriel Assis de Almeida estuda a obrigação das corretoras de valores mobiliários em executar integralmente as ordens de seus clientes e a responsabilidade civil no caso de incompleta execução de tais ordens, defendendo que a melhor forma de se calcular eventual indenização devida seria por meio da teoria da perda de uma chance.

Encerrando este número, o advogado e mestre Thiago Salles Rocha, por meio de pesquisa que se utilizou dos métodos histórico, jurídico interpretativo e comparativo, dedica-se à caracterizar e abordar as peculiaridades do que chama de “regime jurídico especial de invalidades” aplicável às deliberações assembleares ocorridas no âmbito das sociedades anônimas, sob artigo intitulado “Do Regime Jurídico Especial de Invalidades dos Atos Jurídicos Ocorridos nas Assembleias das Sociedades Anônimas”.

Sempre imbuídos da missão de atender às expectativas de nossos leitores, a todos desejamos uma ótima leitura.

Prof. Sérgio Campinho
Chefe do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
Faculdade de Direito/UERJ

Colaboraram neste número

Cláudio Luiz de Miranda

Doutorando em Direito de Empresa pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito de Empresa pela UERJ. Extensão em Finanças pelo COPPEAD/UFRJ. Professor substituto de Direito Comercial da UERJ. Professor do Programa de Pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV-RIO e do MBA do Instituto COPPEAD/UFRJ. Advogado, sócio do escritório Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados. E-mail: clmbfilho@gmail.com

José Gabriel Lopes Assis de Almeida

Doutor em Direito pela Université Panthéon Assas – Paris II. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Advogado. E-mail: jgaa@aaalaw.com.br

José Marcos Rodrigues Vieira

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. E-mail: josemarcosvieira@tjmg.jur.br

Marcelo Lauer

Professor da Universidade Federal Rural do Semiárido – UFERSA. Doutorando em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – FDUC. Membro dos Grupos de Pesquisa “Risco, transparência e litigiosidade” (FDUC) e “Direito, Economia e Mercados” (DIREM/UFERSA). Advogado. E-mail: marcelo.lauer@ufersa.edu.br

Maria Celeste Moraes Guimarães

Mestre e Doutora em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Recuperação de Empresas – IBR e do *International Association of*

Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals. Advogada. E-mail: mariaceleste@uol.com.br

Mauricio Moreira Menezes

Professor Titular de Direito Comercial da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. E-mail: mauricio@moreiramenezes.com.br

Michael Johnston

B.A., Macalester College (1971). M.Phil (1974) and Ph.D. (1977), Yale University. Charles A. Dana Professor of Political Science (Emeritus) at Colgate University. Distinguished Professor of the International Anti-Corruption Academy (IACA). Senior member, Editorial Board of Crime, Law and Social Change. Professor of University of Pittsburgh (1976-1986). Visiting lecturer in politics and visiting fellow, Centre for Urban and Regional Research, University of Glasgow, Scotland. Visiting fellow, Department of Politics and Institute for Research in the Social Sciences, University of York, England. Visiting professor, Department of Politics and college fellow, St. Aidan's College, University of Durham, England. Visiting professor, departamento de ciencias politicas, Universidad de Santiago de Compostela, Spain. Member, School of Social Sciences, and National Endowment for the Humanities Fellow, Institute for Advanced Study, Princeton, NJ. E-mail: mjohnston@colgate.edu

Monica Cossu

Professore associato confermato di Diritto commerciale. Delegato Rettorale Area giuridica e regolamentazione. E-mail: mccossu@uniss.it

Robert Klitgaard

A.B. (philosophy), Harvard College. M.P.P., Kenedy School of Government, Harvard University. Ph.D. (public policy), Harvard University. University Professor at Claremont Graduate University, where he served as President from 2005 to 2009. E-mail: robert.klitgaard@gmail.com

Rodrigo da Guia Silva

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil. Membro do Comi-

tê Brasileiro da *Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*. Advogado. E-mail: rodrigo.daguiasilva@gmail.com

Rodrigo Saraiva Porto Garcia

Mestrando em Direito de Empresa e Atividades Econômicas na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Especialista em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Advogado. E-mail: rgarcia@gcm.adv.br

Thiago Salles Rocha

Mestre em Direito de Empresa pela Faculdade de Direito Milton Campos (2012). Especialização lato sensu em Direito de Empresa pela Faculdade de Direito Milton Campos (2011). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (2008). Advogado. E-mail: thiagosr00@hotmail.com

Sumário

CORRUPTION Robert Klitgaard	1
MAKING TRANSPARENCY REAL? ACCOUNTING AND POPULAR PARTICIPATION IN CORRUPTION CONTROL Michael Johnston	23
A CONVERSÃO DE DÍVIDA EM PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA COMO MEIO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL Mauricio Moreira Menezes e Rodrigo Saraiva Porto Garcia.....	37
L'IMPRESA AGRICOLA TRA DIRITTO AGRARIO E DIRITTO COMMERCIALE Monica Cossu	77
POR UM CALENDÁRIO PROCESSUAL NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS – UMA PROPOSTA PARA ALTERAÇÃO DA LEI N. 11.101/2005 José Marcos Rodrigues Vieira e Maria Celeste Morais Guimarães	117
LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL COMO FATOR DE PROTEÇÃO AO INVESTIMENTO: RAZÕES E PROPOSTAS PARA UMA MISSÃO DE RESGATE Marcelo Luar	135
LUCRO DA INTERVENÇÃO: A RESTITUIÇÃO DO LUCRO OBTIDO MEDIANTE INTROMISSÃO EM DIREITO ALHEIO Cláudio Luiz de Miranda e Rodrigo da Guia Silva.....	185
A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CORRETORAS DE VALORES MOBILIÁRIOS EM RAZÃO DE INCOMPLETO CUMPRIMENTO DAS ORDENS DOS CLIENTES E O CÁLCULO DO MONTANTE DO DANO José Gabriel Assis de Almeida	225
DO REGIME JURÍDICO ESPECIAL DE INVALIDADES DOS ATOS JURÍDICOS OCORRIDOS NAS ASSEMBLEIAS DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS Thiago Salles Rocha	245

CORRUPTION¹

CORRUPÇÃO

Robert Klitgaard

Abstract: What is “corruption”? Is corruption a Western concept that ill fits the global south and east? Second, how could we ever measure corruption? Since bribery is illegal and secretive, hard evidence about its extent and effects is episodic at best. And again, doesn’t Western bias enter? Third, how harmful are various forms of corruption? Finally, what can a leader or anyone else do about corruption?

Keywords: Corruption. Public Policy. Methodology. Comparative Politics.

Resumo: O que é “corrupção”? Seria a corrupção um conceito ocidental que não se encaixa no sul e no leste do globo? Além disso, como é possível mensurar a corrupção? Considerando que o suborno é ilegal e secreto, verifica-se que, no melhor dos cenários, é esporádico existirem fortes evidências de sua extensão e de seus efeitos. Então, novamente, conclui-se que esse viés ocidental não se encaixa? Ademais, quão prejudicial são as diversas formas de corrupção? Por fim, o que um líder ou qualquer outra pessoa pode fazer a respeito da corrupção?

¹ Artigo recebido em 08.08.2017 e aceito em 29.12.2017.

Palavras-Chave: Corrupção. Políticas públicas. Metodologia. Políticas comparadas.

Sumário: 1. Introduction. 2. What is corruption? 3. Measuring corruption. 3.1. Incoherent and fractured up close. 3.2. Coherent and integrated from afar. 3.2.1. Impartiality. 3.2.2. Rule of law index. 3.2.3. Public administration corruption index. 3.2.4. “Letter grades”. 4. How harmful is corruption? 5. What can be done? 5.1. What successful strategies share. 6. An optimistic prediction.

1. Introduction.

In Brazil and around the world, corruption is a remarkably salient political issue. In 2013, for example, WIN/Gallup International surveyed almost 70,000 people in 69 countries, and corruption was deemed the world’s number one problem. In autumn 2014, the World Economic Forum and several collaborating institutions surveyed 1089 people aged 18 to 34 in 102 countries. Seventy-two percent of respondents agreed that “corruption is holding my country back” and that “corruption is causing lost opportunities for my generation”. Only 10 percent agreed with the statement “corruption is a necessary part of functioning in society”². In the *American Economic Review*, David Benjamin³ and his colleagues assembled 136 different attributes of wellbeing. Then they asked individuals for their *tradeoffs* among pairs of these. Among all the public goods (or policies) rated by respondents, the most important contributor to people’s wellbeing

2 UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIMES et al. *The Impact of Corruption: Perspectives from Millennial Voices*. Trondheim, 2015. Available at: “<http://widgets.weforum.org/partnering-against-corruption-initiative/>”. Access on: aug. 5th, 2017.

3 BENJAMIN, Daniel J. et al. Can marginal rates of substitution be inferred from happiness data? Evidence from residency choices. *American Economic Review*, v. 104, issue 11, p. 498-528, 2014; BENJAMIN, Daniel J. et al. Beyond happiness and satisfaction: Toward well-being indices based on stated preference. *American Economic Review*, v. 104, issue 9, p. 698-735, 2014.

was “freedom from corruption, injustice, and abuse of power in your country”.

Many elections feature corruption as a key issue, and protests against corruption are widespread. In early 2014, I asked Kasit Piromya, the former foreign minister of Thailand, how his Democrat Party could be opposed to democratic elections. “What has been happening in Thailand during the past ten years,” he answered via email, “is similar to Turkey, Tunisia, Egypt, Russia, Ukraine, Venezuela, etc., namely elected governments have become illiberal, abusive; using the argument of the majority voice to overcome and ignore the concept of check and balance, rule of law, independent media and judiciary.” Soon after, Thailand experienced a military coup, which the generals excused in part by the need to counter corruption.

Political leaders are also speaking loudly about the fight against corruption. In 2014, Chinese President Xi Jinping told a closed-door meeting of the Politburo that he is disregarding “life, death and reputation” to combat corruption⁴. Bhutan is one of the least corrupt of the developing countries, yet its government perceives corruption as a threat. On December 17, 2014, King Jigme Khesar Namgyel Wangchuck focused his National Day Speech on the topic.

The main aspiration of the people is that the 11th plan will succeed, and prosperity will grow all around the country. The realization of this goal depends more than ever on the government’s commitment to good governance, which should include check and balance, openness and transparency [...] The highest probable risk to development that I foresee is corruption. Our national development efforts will be hindered by unchecked corruption. Corruption is unambiguous – there is no great or small corruption. And no one can be above the law.

⁴ ZHAI, K. Xi’s ‘shockingly harsh’ politburo speech signals tensions over anti-graft crackdown. *South China Morning Post*, Politics, aug. 5th, 2014. Available at: “<http://www.scmp.com/news/china/article/1567026/xis-shockingly-harsh-politburo-speech-signals-tensions-over-anti-graft?page=all>”. Access on: aug. 5th, 2017.

Note one of the key costs of corruption that the King identified:

But there is an even greater threat – ignoring corruption. When the corrupt are not held to account, those who observe due diligence, work hard and professionally are most likely to be discouraged. We mustn't allow the latter to lose morale by rewarding everyone indiscriminately, irrespective of his or her performance. That is why, corruption must be curtailed and, more than ever before, extraordinary service must be recognized and rewarded.

But what is it, exactly, that the King, President Xi, and people in Brazil and around the world are talking about?

- (i) What is “corruption”? Isn't the concept hopelessly diffuse? And isn't it culturally specific? In particular, isn't corruption a Western concept that ill fits the global south and east?
- (ii) Second, how could we ever measure corruption? Since bribery is illegal and secretive, hard evidence about its extent and effects is episodic at best. And again, doesn't Western bias enter? Many prevailing measures concern “perceptions” of corruption. Whose perceptions? Westerners'?
- (iii) Third, how harmful are various forms of corruption?
- (iv) Finally, what can a President, a King, or anyone else do about corruption?

2. What is corruption?

Almost all concepts that matter in the social and behavioral sciences, and in public policy, are latent and contestable. By “latent” I mean something we cannot directly measure. “Contestable” means that people do not agree on definitions, and perhaps never can. Consider these: mental health, democracy, economic development, sus-

tainability, intelligence, and happiness. Even seemingly technical terms like “unemployment,” “literacy,” and “poverty” are latent and contestable. Just after winning the 2015 Nobel Prize, Angus Deaton, an expert on poverty lines, said, “Focusing on the number of people who are below the line is like chasing a unicorn through the woods”⁵.

So, with regard to corruption, let’s not begin with an abstract definition. Let’s start instead with real examples.

- (i) A President wins an election thanks to fraud. His campaign and the fraud were importantly financed by organized crime.
- (ii) Procurement for road building is ostensibly competitive, but actually there is a parallel system where some unqualified firms can pay to be qualified, where losers in the competition can pay to be winners, and where after contracts are awarded, there are renegotiations that raise the price, dividing the increase between contractors and public officials. The cost of roads can rise by a third, and quality declines.
- (iii) Health systems for the rural poor involve practices such as having to pay for an eligibility card. Warehouses for duty-free pharmaceutical imports also contain massive amounts of television sets and cases of alcohol.
- (iv) When Congress builds an addition and does a renovation of another part, a congress member’s sibling gets the contract without competitive bidding, and each member gets a \$5,000 gift.
- (v) In another country, many Congress members are financed by organized crime – not only their campaigns, but also their votes on particular bills.

5 GIULIAGNO, F. Nobel Prize Winner Angus Deaton Shares 3 Big Ideas. *Financial Times*, London, 12 oct. 2015. Available at: “<http://www.ft.com/intl/cms/s/0/b60c2e76-70f0-11e5-ad6d-f4ed76f0900a.html#axzz423eMMu8n>”. Access on: aug. 5th, 2017.

- (vi) The kinds and levels of public services are not decided by a professional civil service or by local votes but by local elites who have captured local governments. Contracts favor the elites, not the poor. In one country, health ID cards bear the picture of the local congress-person.
- (vii) The police practice no-fault corruption. You were speeding; please pay the fine to me.
- (viii) The tax system features bribery (a lower tax in exchange for a bribe), extortion (pay me or I'll assess you more), theft, counterfeiting (phony certificates for cigarettes and alcohol), and nepotism (positions are bought).
- (ix) Hospital employees routinely practice extortion for things like pain medication.
- (x) School officials accept bribes, or demand them, for students to pass examinations.
- (xi) Customs bureaus let trucks pass uninspected in exchange for an envelope full of cash.

These acts are illegal in most countries of the world, whatever their religion, culture, or historical background.

They share common features. The authority of office is abused for illicit ends. Corruption classically referred to such things as “the turning of the head” of a judge: instead of being blindfolded with a fair scale, the judge shifts her gaze and tips the scale toward the one who pays her a bribe. “The core of the concept of a bribe,” writes Noonan⁶, “is an inducement improperly influencing the performance of a public function meant to be gratuitously exercised”.

Corruption can occur in government, business, civil society organizations, and international agencies. Corruption goes beyond bribery to include nepotism, neglect of duty, and favoritism. Corrupt acts can be internal to an organization (theft, embezzlement, some

6 NOONAN JR., John. *Bribes*. New York: Macmillan, 1984.

kinds of fraud) or involve parties outside the organization (in transactions with clients and citizens, such as extortion and bribery). Each of these varieties of corruption has the dimension of scale, from episodic to systemic.

At the broadest level, then, corruption is the misuse of office for unofficial ends. Office is a position of duty, or should be; the office-holder is supposed to put the interests of the institution first. A society deems that certain goods and services are not for sale but should be apportioned by need, merit, seniority, election, or random allotment. Systemic corruption undermines duty, office, merit, and democracy. It creates shells of institutions, full of official ranks and rules but hollow, cynical, and ineffective.

What about those cultural differences? The propensities do vary across cultures. But this is not to say that corruption is differently defined or valued. In fact, every religion condemns bribery. In fact, every country has laws against it. In fact, in most countries large numbers of citizens and businesses are angry about corruption and the abuse of power.

3. Measuring corruption.

The sociologist Troy Duster once described social movements this way: “No movement is as coherent and integrated as it seems from afar, and no movement is as incoherent and fractured as it seems from up close”⁷.

His remark also applies to measures of “corruption,” “rule of law” and “governance”. Up close, the measures seem incoherent and fractured. Stepping back, though, they may appear coherent and integrated.

7 DUSTER, Troy. Introduction. In: NAPPER, George. *Blacker Than Thou: The Struggle for Campus Unity*. Michigan: Eerdmans, 1973.

3.1. Incoherent and fractured up close.

Up close, the concepts and measures of corruption look complex, if not chaotic.

Conceptually, Rothstein and Teorell⁸ say that it has proven impossible to reach agreement on definitions of corruption, rule of law, government efficiency, normative and procedural fairness, etc. In his criticism of “governance,” Fukuyama⁹ notes that existing definitions confuse process, capacity, outcomes, and autonomy.

Empirically, up close there are signs of chaos. During the past decade, Ciudadanos al Día, a Peruvian non-profit organisation, has sponsored large-scale surveys of citizens to rate the quality of service and the corruption across Peruvian agencies, cities and hospitals. In 2013, 79% of Peruvians believed that “corruption has gained ground in the country.” Across agencies, an average of 70% of respondents believed the staff is not honest. And yet, only 4% of respondents said they were asked to pay bribes. If “corruption” does not refer to bribery, to what does it refer¹⁰?

8 ROTHSTEIN, Bo; TEORELL, Jan. Defining and Measuring Quality of Government. In: HOLMBERG, Sören; ROTHSTEIN, Bo. *Good Government: The Relevance of Political Science*. Massachusetts: Edward Elgar Pub, 2013.

9 FUKUYAMA, Francis. What Is Governance? *Governance*, v. XXVI, n. 3, July 2013, p. 347–368.

10 Boza, a founder of Ciudadanos al Día, hypothesises that what Peruvians mean by corruption is not limited to bribery. When government employees use their monopoly power and discretion to avoid providing proper public services, she says, this is perceived as an “abuse of power” and “dishonesty,” and then equated to corruption. Author’s Translation: “When a public entity offers a service monopolistically and is the only entity that can make the changes to offer the service in better conditions, not to do so is to use inadequately the power that this institution has received to offer the service. And this improper use of power is perceived by citizens as evidence of dishonesty. It is dishonest for a public servant to have accepted a job that he does not know how to fulfill or does not want to fulfill. And this dishonesty on the part of the public servant, in the mind of the citizen who is not thinking of a legal or penal concept, is an act of corruption” (BOZA, Beatriz. *Manual CAD de Anticorrupción*. Lima: Ciudadanos al Día, 2013).

Analysing questions about governance-related issues (such as how long it takes to start a business or get a license) in relevant surveys¹¹, answers given by firms do not coincide. Firms' responses in Enterprise Surveys reveal "massive variance across firms," which may reflect corruption and "favoured firms." This variation is said to undercut the meaningfulness of the Doing Business country averages and rankings¹².

Consider the example of Norway. Its national measures of governance are superb, including world-class political rights and civil liberties, strong rule of law, effective bureaucracy, and low corruption. Yet the five-year Norwegian Study of Power and Democracy revealed how Norwegians disparage the quality of their government institutions¹³. How can macro measures and micro perceptions differ so radically?

The challenges of concept and measurement are exacerbated when cultural differences are considered. For example, does the word "corruption" mean the same thing in Mauritania as in Mexico or Myanmar? Do "impartiality" and "fairness" mean the same thing in cultures characterised by differences in Geert Hofstede's cultural measures such as individualistic-collectivistic or power distance? These rhetorical questions seem to lead to only one answer: "No".

11 World Bank Enterprise Survey and World Bank Doing Business Survey.

12 HALLWARD-DRIEMEIER, Mary; PRITCHETT, Lant. How business is done and the 'Doing Business' indicators: The investment climate when firms have climate control. *Policy Research Working Paper*, Washington, n. 5563, feb. 2011. Available at: "<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/3330/WPS5563.pdf?sequence=1&isAllowed=y>". Access on: aug. 5th, 2017.

13 HAUGSVÆR, Steinar; ECKMANN, Carol. *Main Conclusions of the Norwegian Study on Power and Democracy*. Paris: OECD, 2003. Available at: "<http://www.oecd.org/norway/33800474.pdf>". Access on: 14 ago. 2017; RINGEN, S. Wealth and Decay: Norway Funds a Massive Political Self-Examination – and Finds Trouble for All. *Times Literary Supplement*, 13 feb. 2004. Available at: "<https://www.the-tls.co.uk/articles/private/wealth-and-decay/>". Access on: aug. 5th, 2017.

3.2. Coherent and integrated from afar.

Stepping back, much of the apparent chaos dissipates, but new puzzles arise.

Condemning corruption is virtually universal. No culture or religion endorses corruption¹⁴. All governments have laws against bribery, extortion and related practices. Anthropological studies in Bangladesh, Ghana and the Philippines show that peasants understand well the difference between a gift and a bribe – and they loathe the latter.

Across cultures and countries, different measures of concepts such as corruption, rule of law, impartiality and efficiency turn out to be well-behaved in terms of statistical criteria such as coherence and stability. Importantly, most of the measures turn out to be highly correlated.

For example, at the country level the bivariate correlations among three widely used measures – Transparency International’s Corruption Perceptions Index (“CPI”) and the World Bank’s Rule of Law Index and Government Effectiveness Index – exceed 0.90, which is about as high as correlations between imperfect social science measures can be. The CPI is correlated 0.91 with a composite of three quality-of-government indicators of the PRS Group’s *International Country Risk Guide* (“ICRG”)¹⁵.

High correlations also exist among very different country-level measures. In 2013, the International Finance Corporation’s Ease of

14 For example, the Malaysian sociologist Syed Hussein Alatas argued strenuously against the Western idea that non-Westerners accept corruption for cultural reasons (ALATAS, Syed Hussein. *The Sociology of Corruption: The Nature, Function, Causes and Prevention of Corruption*. Singapore: D. Moore Press, 1968). His book provided copious evidence of concern about the abuse of public office in Muslim and Chinese cultural traditions.

15 PRS Group. *International Country Risk Guide methodology*. New York: PRS Group Inc., 2012. Available at: “<https://www.prsgroup.com/wp-content/uploads/2012/11/icrgmethodology.pdf>”. Access on: aug. 5th, 2017.

Doing Business aggregate measure was correlated 0.83 with the World Economic Forum's Global Competitiveness Index ("GCI"). Although these two measures do not directly gauge governance or corruption, they correlate highly with the CPI, the World Bank's Worldwide Governance Indicators and the three ICRG indicators. For example, the GCI rating turns out to be correlated 0.84 with the CPI and 0.84 with the combination of three ICRG measures.

A number of researchers and groups have recently developed new measures of corruption and the quality of governance. Remarkably, they turn out to correlate highly with the existing measures, as discussed below.

3.2.1. Impartiality.

Rothstein and Teorell¹⁶ have criticised existing measures of governance and corruption as theoretically ungrounded. In response, they and their colleagues developed a new measure of "impartiality" in government. After a multi-year data collection effort, their measure turns out to correlate over 0.86 with existing measures of good governance such as the CPI and the various World Bank Worldwide Governance Indicators.

3.2.2. Rule of law index.

The World Justice Project ("WJP") decomposes the rule of law into eight concepts: absence of corruption, constraints on government powers, open government, fundamental rights, order and security, regulatory enforcement, civil justice, and criminal justice. These nine are in turn disaggregated into 47 "sub-factors." The WJP carried

16 ROTHSTEIN, Bo; TEORELL, Jan. Defining and Measuring Quality of Government. In: HOLMBERG, Sören; ROTHSTEIN, Bo. *Good Government: The Relevance of Political Science*. Massachusetts: Edward Elgar Pub, 2013.

out two surveys in countries around the world, one of the public and another of local legal experts. The most recent iteration surveyed over 100,000 respondents and 2400 in 102 countries.

It turns out that the WJP's dimensions of the rule of law are highly intercorrelated, despite their conceptual differences and wide variety of measures. This was revealed in an outside "statistical audit" of an earlier year's results, which found that the WJP's dimensions "share a single latent factor that captures 81% of the total variance. This latter result could be used as a statistical justification for aggregating further the nine [the previous version included informal justice] dimensions into a single index by using a weighted arithmetic average"¹⁷.

Two other new measures go beyond perceptions to more objective indicators.

3.2.3. Public administration corruption index.

Escresa and Picci¹⁸ created another new measure of corruption across countries. Their Public Administration Corruption Index ("PACI") is based on the geographic distribution of public officials involved in cross-border corruption. The index examines 816 cross-border corruption cases pursued between 1998 and 2012 by courts in Germany and the United States with 122 foreign countries. Various ways to compute the PACI have rank correlations between 0.80 to 0.93. The log of the authors' preferred version of the PACI turns out to be correlated over 0.85 with both the Transparency International Corruption Perceptions Index and the World Bank's Control of Corruption Index.

17 SAISANA, Michaela; SALTELLI, Andrea. The World Justice Project: Rule of Law Index Statistical Audit. World Justice Project 2012. Available at: "http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/statistical_audit.pdf". Access on: aug. 5th, 2017.

18 ESCRESA, Laarni; PICCI, Lucio. A New Cross-National Measure of Corruption. *World Bank Economic Review*, v. XXXI, n. 1, p. 196-219, feb. 2017.

3.2.4. “Letter grades”.

Chong¹⁹ mailed letters to non-existent business addresses in 159 countries (10 per country, 2 to each of the 5 largest cities). They measured whether the letters came back to the return address in the United States and, if so, how long it took. They argued their results “provide new objective indicators of government efficiency across countries, based on a simple and universal service”.

Their new indicators turn out to be significantly correlated with 25 existing measures of the quality of government. “[I]t is ‘better’ governments – more democratic, more accountable, less corrupt – that perform better on returning letters, even if we hold per capita income constant”²⁰. The authors observe: “Interestingly, when we conduct the principal components analysis that includes our postal variables and several other measures of quality,²¹ only the first principal component is significant. It appears that the quality of government is driven by a one factor model”²².

Despite the chaos from up close, measures of corruption, good governance, and competitiveness are highly correlated at the national level. These measures are capturing something at the national level that has important statistical associations: they also correlate strongly with development outcomes.

19 CHONG, Alberto; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei; LA PORTA, Rafael. Letter grading government efficiency. *Journal of the European Economic Association*, v. I, n. 2, p. 277-299, 2014.

20 Ibidem.

21 Such as the Property Rights Index (Heritage Foundation), the Doing Business Rank, the government effectiveness score (Worldwide Governance Indicators, World Bank), the Infrastructure Quality Index (World Economic Forum), the ICRG Corruption Index, and the Democracy Index (PolityIV).

22 CHONG; LOPEZ-DE-SILANES; SHLEIFER; LA PORTA, op. cit.

4. How harmful is corruption?

Some of the older scholarly literature, whose main points are sometimes heard today, noted that corruption might not be negatively related to development outcomes. “What is the problem about corruption?” was the title of a 1965 article by Colin Leys²³. With reasoning reminiscent of Robert Merton or Niccolò Machiavelli, Leys’ answer was that corruption is not much of a problem for development. Leys noted that corruption has its functions, sometimes even its benefits. Under awful conditions, bribery may be socially, not just privately, beneficial. A few years later, Samuel Huntington noted: “In terms of economic growth the only thing worse than a society with a rigid, over-centralized, dishonest bureaucracy is one with a rigid, over-centralized, honest bureaucracy”²⁴. For years it was impermissible to mention corruption in dialogues between countries. Even researchers shied away, in what Gunnar Myrdal in the 1960s called “diplomacy in research”²⁵⁻²⁶. Myrdal recounted the excuses used by South Asians and Westerners to avoid taking corruption seriously – excuses that occasionally heard today, around the world.²⁷

23 LEYES, Colin. What Is the Problem about Corruption? *Journal of Modern African Studies*, v. III, n. 2, p. 215-230, 1965.

24 HUNTINGTON, Samuel. *Political Order in Changing Societies*. New Haven: Yale University, 1968.

25 MYRDAL, Gunnar. *Asian Drama: An Enquiry into the Poverty of Nations*. New York: Twentieth Century, 1968, v. II.

26 “The taboo on research on corruption is, indeed, one of the most flagrant examples of this general bias [which] is basically to be explained in terms of a certain condescension on the part of Westerners” (MYRDAL, Gunnar. *Asian Drama: An Enquiry into the Poverty of Nations*. New York: Twentieth Century, 1968, v. II, p. 938).

27 Corruption “is rationalised, when challenged, by certain sweeping assertions: that there is corruption in all countries (this notion, eagerly advanced by students indigenous to the region, neglects the relative prevalence of corruption in South Asia and its specific effects in that social setting); that corruption is natural in South Asian countries because of deeply ingrained institutions and attitudes carried over from colonial and pre-colonial times (this primarily Western contention should, of course, provide an approach to research and a set of hypotheses, not an excuse for ignoring the problem); that corruption is needed to oil the intricate machinery of

However, by the late 1980s, informed by theory, case studies, and quantitative research, corruption's many costs had become clear²⁸. Later research has elaborated how systemic corruption distorts incentives, undermines institutions, and redistributes wealth and power to the undeserving²⁹. Corruption undercuts democracy and decentralisation; it erodes public services and reinforces personalism³⁰. Not always but usually, corruption erodes incentives to invest and slows economic progress³¹. Corruption undercuts trust. "Since social

business and politics in South Asian countries and is, perhaps, not a liability given the conditions prevailing there (again, this mainly Western hypothesis about the functioning of the economic and social system should underline, rather than obviate, the need for research): that there is not as much corruption as implied by the public outcry in the South Asian countries (this claim needs to be substantiated, and if it is true, the causes and effects of the outcry should be investigated). These excuses, irrelevant and transparently thin as they are, are more often expressed in conversation than in print" (HEIDENHEIMER, Arnold; JOHNSTON, Michael. *Political Corruption: Concepts and Contexts*. New Jersey: Transaction Publishers, 2001, p. 266-267).

28 KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1998.

29 RUNDE, Daniel; HAMEED, Sadika; MAGPILE, Jeremiah. *The Costs of Corruption: Strategies for Ending a Tax on Private sector-led Growth*. Washington, DC: Center for Strategic and International Studies, 2014. Available at: "http://csis.org/files/publication/140204_Hameed_CostsOfCorruption_Web.pdf". Access on: aug. 5th, 2017.

30 HOLMBERG, Sören; ROTHSTEIN, Bo; NASIRITOUSI, Naghme. Quality of Government: What You Get. *Annual Review of Political Science*, v. XII, p. 135-161, 2009; WRIGHT, Joseph. Aid Effectiveness and the Politics of Personalism. *Comparative Political Studies*, v. XLIII, n. 6, p. 735-762, June 2010.

31 Wei calculated that reducing the level of perceived corruption in Mexico to that in Singapore would have the equivalent effect on investment as lowering the tax rate by over 20 percentage points (WEI, Shang-Jin. How Taxing is Corruption on International Investors? *Review of Economics and Statistics*, v. LXXXII, n. 1 p. 1-11, 2000. Available at: "<http://users.nber.org/~wei/data/wei2000a/wei2000a.pdf>". Access on: aug. 5th, 2017). Lambsdorff estimated that improving Colombia's perceived "level of integrity" to that of the United Kingdom would increase net yearly capital inflows by 3% of GDP. In the Middle East and North Africa, "improved governance institutions [including political rights, civil liberties, and corruption and bureaucratic quality] would greatly stimulate private investment" (LAMBSDORFF, Johann. How Corruption Affects Persistent Capital Flows. *Economics of Governance*, n. 4, p. 229-243, 2003). An improvement of one standard deviation "would boost private investment by 3.5% of GDP per year" (AYSAN, Ahmet Faruk; NABLI, Mustapha Kamel; VÉGANZONÈS-VAROUDAKIS, Marie-Ange.

trust is an important intrinsic value (personal happiness, optimism about the future) and also has a political value (support for fair institutions, minority rights, tolerance, etc.) and an economic value (its positive relation to individual earnings and aggregate economic growth), it may be that dysfunctional government institutions are the worst social ill of all”³².

New research links fighting corruption and improving government efficiency³³ to increases in citizens’ expressed well-being³⁴. Helliwell³⁵ carried out an econometric analysis of a panel of 157 countries using a variety of estimation techniques:

The new results are able to show not just that people are more satisfied with their lives in countries having better governance quality, but also that actual changes in governance quality since 2005 have led to large changes in the quality of life. This provides much stronger evidence that governance quality can be changed, and that these changes have much larger effects than those flowing simply through a more productive economy. For ex-

Governance, Institutions, and Private Investment: An Application to the Middle East and North Africa. In: NABLI, Mustapha Kamel. *Breaking the Barriers to Higher Economic Growth: Better Governance and Deeper Reforms in the Middle East and North Africa*. Washington, DC: The World Bank, 2007, p. 446).

32 ROTHSTEIN, Bo. *The Quality of Government: Corruption, Social Trust, and Inequality in International Perspective*. Chicago and London: University of Chicago Press, 2011.

33 The measure used was the country’s average on four measures from the World Bank’s Worldwide Governance Indicators: government effectiveness, regulatory quality, rule of law, control of corruption.

34 The data come from the annual Gallup World Polls and represent the country’s mean response to this question: “Please imagine a ladder, with steps numbered from 0 at the bottom to 10 at the top. The top of the ladder represents the best possible life for you and the bottom of the ladder represents the worst possible life for you. On which step of the ladder would you say you personally feel you stand at this time?”.

35 HELLIWELL, John; HUANG, Haifang; GROVER, Shawn; WANG, Shun. Good Governance and National Well-being: What Are the Linkages? *OECD Working Papers on Public Governance*, Paris, n. 25, 2014. Available at: “<http://dx.doi.org/10.1787/5jxv9f651hvj-en>”. Access on: aug. 5th, 2017.

ample, the ten most-improved countries, in terms of delivery quality changes between 2005 and 2012, when compared to the ten countries with most worsened [sic] delivery quality, are estimated to have thereby increased average life evaluations by as much as would be produced by a 40% increase in per capita incomes. When we explain changes in average life evaluations over the 2005 to 2012 period, just as much was explained by changes in governance quality as by changes in GDP, even though some of the well-being benefits of better governance are delivered through increases in economic efficiency and hence GDP per capita. Our new results thus confirm that quality of governance affects lives via many channels beyond those captured by GDP per capita, and also that important improvements can be achieved within policy-relevant time horizons.³⁶

So, aggregated national measures of corruption and governance have practical and theoretical importance. The high correlations among measures of such different provenance undercut the view that corruption cannot be measured, that perceptions of corruption are unreliable and biased, that aggregated data are meaningless.

What is true, however, is that national-level scores on governance indices, just like national-level data on income or employment or carbon emissions, are limited in meaning and usefulness. Many policies demand finer geographic discrimination, as well as the examination of relevant subgroups (age, industry, ethnicity, and more). Using governance indices to monitor progress, just as with other outcome measures, should control for factors beyond a responsible entity's control that affect the outcome. A general theory of choosing and using performance measures enters here³⁷.

36 Ibidem.

37 KLITGAARD, Robert; FEDDERKE, Johannes; AKRAMOV, Kamil. Choosing and Using Performance Criteria. In: KLITGAARD, Robert; LIGHT, Paul C. (Ed.). *High-Performance Government: Structure, Leadership, Incentives*. Santa Monica: The RAND Corporation, 2005, p. 407-446. Available at: "www.cgu.edu/include/MG256-ch14.pdf". Access on: aug. 5th, 2017.

5. What can be done?

Some people, tired of corruption and endless chatter about it, may rightly wonder if change is even possible. Why would politicians ever want to reform corrupt institutions or systems?

Politicians are ready to move when several forces converge. Expanding opportunities for international trade, investment, and financing mean that lagging countries will lose investment opportunities. International institutions pressure for change. Emerging industries that depend on fast-moving knowledge and innovative styles breed young entrepreneurs with little tolerance for corrupt practices. Finally, anti-corruption is a major force behind popular unrest in countries as diverse as Brazil, Greece, Guatemala, Honduras, India, Iraq, Kazakhstan, Kenya, Lebanon, Malaysia, Mexico, Moldova, Romania, South Africa, Sri Lanka, Thailand, Tunisia, Turkey, Ukraine, and Venezuela.

In my experience, many new presidents, governors, ministers, and mayors are eager to reduce corruption. They know that corruption is constraining development. What government leaders need is help that recognizes that corruption is a system that needs a hard-headed, politically tuned strategy. Politicians must see that fighting corruption can help them win elections as well as advance their economies.

Here there is good news. Even in very corrupt settings, corruption can be reduced, leading to greater investment and public satisfaction. And the success stories exhibit some common principles, regardless of cultural setting.

“Success” means significant improvement in governance measures, followed by increases in investment and improvements in public services. Success is always incomplete, and the risk of corruption re-emerging is always a threat. The success stories range from classic cases such as Singapore and Hong Kong, China³⁸ to more re-

38 KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1998.

cent examples of progress such as Colombia, Georgia, the Philippines, Qatar and Rwanda³⁹. Some would include Indonesia, which moved in the first decade of the 21st century from about the 6th percentile to the 40th percentile on the Corruption Perceptions Index, and Malaysia, despite the personal travails of Prime Minister Najib Razak. A number of cities have also made impressive progress against corruption. Case studies exist for Bogotá and Medellín, Colombia; Campo Elias, Venezuela; Naga City, the Philippines; LaPaz, Bolivia; and Mandaue, the Philippines⁴⁰. Craiova, Romania and Martin, Slovak Republic, won the United Nations Public Service Awards in 2011 for their reforms against corruption. The remarkable collection of cases at Princeton's Innovations for Successful Societies contains many examples of fighting corruption. None of these successes is perfect; progress means improvement, not eradication. For example, Qatar and Rwanda have been praised for reducing corruption but criticised for favouritism and a lack of transparency⁴¹. In some cases, subsequent administrations reversed many of the anti-corruption

39 KLITGAARD, Robert. *Addressing Corruption Together*. Paris: OECD, 2015.

40 GONZALEZ DE ASIS, Mariña. *Reducing Corruption: Lessons from Venezuela*. Washington, DC: The World Bank, 2000. Available at: "<http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/premnote39.pdf>". Access on: aug. 5th, 2017; PUATU, Ana Khristina Salangit. Community Capacity Building and Local Government Leadership: Describing Transformational Leadership Practices in Naga City, the Philippines. In: MIYOSHI, Koichi. *Community Capacity and Rural Development*. Japan International Cooperation Agency and Ritsumeikan Asia Pacific University, 2012. Available at: "http://www.apu.ac.jp/rcaps/uploads/fckeditor/publications/journal/RJAPS_V28_Ana.pdf". Access on: aug. 5th, 2017; KLITGAARD, Robert; MACLEAN-ABAROA, Ronald; PARRIS, Lindsey. *Corrupt Cities: A Practical Guide to Cure and Prevention*. ICS Press and World Bank Institute, 2000. Available at: "http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/IW3P/IB/2000/10/07/000094946_00092605362082/Rendered/PDF/multi_page.pdf". Access on: aug. 5th, 2017; MAHONEY, Melissa; KLITGAARD, Robert. *From Reform to Implementation*. Mandaue, The Philippines. Claremont Graduate University, 2016.

41 MUNGIU-PIPPIDI, Alina. The Anticorruption Frontline. Opladen, Berlin, and Toronto: *Barbara Budrich Publishers*, v. II, 2014. Available at: "http://www.budrich-verlag.de/upload/files/artikel/00001003_010.pdf?SID=26b2da27bfe338432130d2e09ea406c2". Access on: aug. 5th, 2017.

policies, which led to the reemergence of corruption⁴². Like inflation, success by one government or central bank in quelling corruption does not guarantee that another administration's policies will not rekindle it.

5.1. What successful strategies share.

Successful strategies are consistent with some economic principles⁴³. Corruption is an economic crime, not a crime of passion. Givers and takers of bribes respond to economic incentives and punishments; corruption follows a formula: $C = M + D - A$. Corruption equals monopoly plus discretion minus accountability. To reduce corruption, limit monopoly and enhance competition. Circumscribe official discretion, and clarify the rules of the game. Enhance accountability about processes and results in many ways, including citizen- and business-driven scorecards for government agencies and programs.

Lessons can also be discerned about the politics of anti-corruption. Undermine political equilibria dominated by powerful interests that benefit from systemic corruption. Fry big fish. Diagnose and subvert corrupt systems⁴⁴. Do a few things that can show results in six months, to build momentum. Don't try to do everything at once.

42 KLITGAARD, Robert; MACLEAN-ABAROA, Ronald; PARRIS, Lindsey. *Corrupt Cities: A Practical Guide to Cure and Prevention*. ICS Press and World Bank Institute, 2000. Available at: "http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/IW3P/IB/2000/10/07/000094946_00092605362082/Rendered/PDF/multi_page.pdf". Access on: aug. 5th, 2017; KLITGAARD, Robert. *Tropical Gangsters II: Adventures in Development in the World's Poorest Places*. KDP Select Books, 2013. Available at: "<http://www.amazon.com/Tropical-Gangsters-II-Adventures-Development-ebook/dp/B00C9GEQ58>". Access on: aug. 5th, 2017.

43 KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*. Berkeley and Los Angeles: University of California, 1998.

Here are two more lessons for reformers. Don't think of corruption primarily as a legal or moral issue. In very corrupt countries, new laws, codes of conduct, and better training for public officials will, alas, make little difference.

Second, think of collaboration across the public-private-non-profit divide. Business and civil society can play key roles. They are part of corrupt systems, stuck in a corrupt equilibrium. To get out, they have to be given ways to expose corruption without taking personal risks. Ipaidabribe.com in India is a promising example. Successful partnerships, such as Ciudadanos al Día in Peru and the Bangalore Agenda Task Force in India, exploit credible information supplied by NGOs and the pressure, resources, and technical expertise of the business community.

6. An optimistic prediction.

The final word goes to John T. Noonan, author of *Bribes*, the best book ever written on corruption. He concludes this magisterial tome with a prediction about corruption.

As slavery was once a way of life and now has become obsolete and is incomprehensible, so the practice of bribery in the central form of the exchange of payment for official action will become obsolete.⁴⁵

Noonan says that the moral condemnation of corruption will grow, for four reasons:

- (i) Bribery is shameful (in all cultures);
- (ii) Bribery is a sell out to the rich (and no one wants plutocracy);

44 KLITGAARD, Robert. Subverting Corruption. *Global Crime*, v. VII, n. 3, p. 299-307, 2006.

45 NOONAN JR., John. *Bribes*. New York: Macmillan, 1984, p. 706.

- (iii) Bribery is a betrayal of trust, which is “a precious necessity of every social enterprise”⁴⁶; and
- (iv) Bribery violates a divine paradigm.

Noonan argues that our collective repulsion will eventually change practice and render corruption extinct. *How* that will happen Noonan leaves to the machinery of history.

As we have seen, many people around the world join Noonan in condemning corruption. But Noonan’s prediction will not be realized without determined effort. To eliminate corruption, we need practical, feasible strategies to do such things as weed out monopolies, increase accountability, align incentives, create coordinated government approaches, enlist the cooperation of businesses and civil society, and empower the public to expose corrupt practices. And perhaps to make progress on these practical, locally tailored steps, we need to bracket for a moment some of the debates over definitions, measures, and estimates of harmfulness.

46 Ibidem, p. 704.

MAKING TRANSPARENCY REAL? ACCOUNTING AND POPULAR PARTICIPATION IN CORRUPTION CONTROL¹

TORNAR A TRANSPARÊNCIA REAL? CONTABILIDADE E PARTICIPAÇÃO POPULAR NO CONTROLE DE CORRUPÇÃO

Michael Johnston

Abstract: Accounting has been the focus of high hopes and expectations for centuries. Classic works of art from The Netherlands, for example, depict the settling of accounts as not only a personal but a civic virtue – as a critical factor in the nation’s development. Today’s anti-corruption groups often see accounting as key parts of the reform repertoire, and as more or less inevitably helping produce better government and business. But the early successes of accounting had as much to do with the interests of those who implemented the practice as with any inherent redemptive qualities of the techniques themselves. A similar logic applies to contemporary anti-corruption uses of accounting: because the techniques themselves can serve and conceal all manner of interests and agendas, effectiveness in controlling corruption will require active support from reform constituencies. Recent scandals suggest that accounting practices can become a pro forma exercise at best and, at worst, a way to protect the interests of those being audited. More comprehensive accounts assessing social costs and benefits of business activities, and broader-based political support and social scrutiny of accounts, could do much to uphold

¹ Artigo recebido em 06.08.2017 e aceito em 29.12.2017.

ethical behavior. Skilled and rigorous accounting techniques can become a powerful anti-corruption force, but active support from elites and citizens alike must demand that they be dedicated to that agenda.

Keywords: Accounting. Transparency. Corruption. Reform.

Resumo: A contabilidade foi o foco de muitas expectativas e esperanças por séculos. Obras de arte clássicas, realizadas na Holanda, por exemplo, retratam a liquidação de contas como, não apenas uma virtude pessoal, mas uma virtude cívica – como um fator determinante no desenvolvimento de uma nação. Grupos de anticorrupção atuais, muitas vezes, enxergam na contabilidade uma das principais chaves do repertório para reforma, e também, de certa forma inevitável de auxiliar na produção de melhores governanças e negócios. Porém, o recente sucesso da contabilidade teve tanta relação com os interesses daqueles que implementaram a prática, quanto com quaisquer qualidades inerentes às próprias técnicas. Uma lógica semelhante se aplica às técnicas contábeis de anticorrupção contemporâneas: uma vez que essas técnicas podem não só apresentar, mas esconder todos tipos de interesses e agendas, a eficácia no controle da corrupção precisará, assim, de um apoio ativo dos cidadãos. Os recentes escândalos sugerem que as técnicas de contabilidade podem se tornar a *pro forma* da atividade, entretanto, caso isso não se verifique, as técnicas poderão se tornar uma forma de proteger os interesses daqueles que estão sendo auditados. Contas mais abrangentes que avaliam os custos sociais e os benefícios das atividades comerciais, amplo apoio político e escrutínio social das contas, podem ser muito importantes para impulsionar o comportamento ético. Técnicas de contabilidade rigorosas e qualificadas podem se tornar um instrumento poderoso anticorrupção, mas o apoio ativo de elites e dos cidadãos deve exigir a dedicação total a essa agenda.

Palavras-Chave: Contabilidade. Transparência. Corrupção. Reforma

Sumário: 1. Introduction. 2. Procedure *vs.* power. 3. Broadening the balance sheet.

1. Introduction.

Improbable as it might seem today, accountants and their profession were once celebrated in a long artistic tradition². Jacob Soll tells us how Dutch painters produced images of accountants at work that featured symbolic elements recognizing the virtues of honesty, transparency, and a balanced set of accounts – not only in business and government, but also in life itself³. Awareness of basic accounting principles and procedures spread through large segments of the Dutch population, Soll observes, and the profession became associated in the public mind with national prosperity and sound governance. Later on the British, rightly recognizing the value of both sound accounting and a public image of transparency and probity, began to produce similar images, adding a sub-genre in which the profligate and dishonest were subjected to the contempt of stylized auditors.

Accounting was seen not just as a “best practice” or a path to prosperity, but in broader social and moral terms:

Accounting in the modern sense was still a new idea in the 1500s, one with a weight that carried beyond the business world. A proper accounting invoked the idea of debts paid, the obligation of nightly personal reckonings, and even calling to account the wealthy and powerful through audits [...] It would come to change finance, but was not an immediate hit. Any system of enforcing fiscal discipline is an incursion against the absolute control of the account-holder, and kings and the powerful tended to see themselves above the merchant-like calculations of bookkeeping. They not only hid their wealth and debts: They often did not bother to calculate them. In the end, they saw themselves as only accountable to God; if they

2 Cf. YAMEY, Basil. *Art and Accounting*. New Haven and London: Yale University Press, 1989.

3 SOLL, J. The Vanished Grandeur of Accounting. *The Boston Globe*, Boston, 8 jun. 2014. Available at: “<http://www.bostonglobe.com/ideas/2014/06/07/the-vanished-grandeur-accounting/3zcbRBoPDNIrYWyNYNMvbO/story.html>”. Access on: 30 jun. 2014.

needed more ready cash, they could always lean on their inferiors. At least in the short run, it was far more comfortable to govern without the constraints of financial accountability⁴.

We should not necessarily assume that those accounts were intended to serve broad public goals of the sorts we have in mind today when we speak of “accountability”. More likely they served as a way for members of the elite in a small society – elites who played multiple and intersecting roles, and who numbered no more than a few thousand at most, to reassure themselves about each other. Still, the value of accounting practices in terms of reducing risks and transaction costs in a risky and increasingly complex world, and thus in underwriting the economic interests and individual reputations of the classes of people who could both commission and appear in such works of art, should not be underestimated. Accounting principles, and a willingness to employ them openly and consistently, had implications for the whole society.

Such notions of settling one’s accounts and keeping one’s obligations may seem passé in an age that speaks of accountability almost as a natural attribute of modern business and politics. But consider the contemporary Republic of the Philippines. It is a nation of over ninety million citizens scattered among 7.700 islands, and in many respects it ought to be one of the most prosperous countries in Southeast Asia. Most of its population speaks English, and the nation was long the focus of massive American investments and military spending – money spent with US geopolitical interests in mind, to be sure, but then such was also the case in Japan, Taiwan, and the Republic of Korea. Electoral democracy, albeit with some occasional difficulties, was restored by the first “People Power” movement of 1986, and the Constitution provides for familiar checks and balances among the branches of government.

And yet, corruption remains endemic – indeed, systemic. It helps keep the nation poor while short-circuiting democratic proc-

4 SOLL, *op. cit.*

esses through extensive vote-buying. Soll's kings and power brokers who kept no accounts of their dealings would see a kindred spirit in former First Lady Imelda Marcos, who once boasted that "If you know how rich you are, you are not rich. But me, I am not aware of the extent of my wealth. That's how rich we are". More recently, when current President Benigno S. "Noy" Aquino sought to begin the long process of peacemaking and establishing orderly government in the sometimes-lawless region of Maguindanao, he found that local officials, who ran their regions essentially as family fiefdoms, had often kept no books at all. Teams of accountants and auditors had to be sent out from Manila to make sense of it all – and they had to be accompanied by twenty-four-hour armed guards from the military.

Armed military guards for accountants! Who's afraid of a bunch of bean-counters? Some pretty powerful and dangerous people, that's who – and that fact can help us understand why accounting might be one of our most under-appreciated and misunderstood strategies for controlling corruption. At the same time, I will argue that the scope and effectiveness of accounting as a corruption control is in substantial measure up to us.

2. Procedure vs. Power.

Corruption-fighters and reformers have hardly forgotten about accounting. Indeed, in recent years reform groups such as Transparency International and the Hills Program on Governance have been pushing hard for higher, more consistent, and more closely coordinated accounting standards around the world – and, have been trying to guard against the deterioration of such standards in the affluent market economies. In a global economic arena where both large, highly visible corporations and a range of more shadowy interests⁵

5 WEDEL, Janine. *Shadow Elite: How the World's New Power Brokers Undermine Democracy, Government, And The Free Market*. New York: Basic Books, 2009.

are seemingly able to operate everywhere while being held accountable nowhere, global accounting standards may at times be only as strong as they are in the weakest of cases – which means, unfortunately, very weak indeed. But developed societies should not be too quick to congratulate themselves, for both the heady days of rapid economic growth (see, for example, the cases of Enron and Global Crossing) and the more recent massive banking and financial crash, along with the Great Recession that followed, provide numerous examples of businesses and dealings that turned out to be not quite what they claimed to be. In some instances, regulatory processes were weakened by political influence or gutted by legislative changes; in others the core problem was plain old dishonesty, coupled with public apathy.

What’s wrong with this picture? It was not as though the entire accounting profession and process had collapsed, or been bought off. In some respects it is, instead, a far broader manifestation of what I have termed “Influence Market” corruption⁶ – a syndrome in affluent, well-institutionalized societies through which wealthy interests cut deals with political figures who are willing to put their influence and networks out for rent. Often, those deals are made in perfectly legal ways⁷ – not only through election campaign contributions, but also through familiar techniques such as promises of later employment, jobs for relatives, “research” grants to compliant institutions, and the like. Many such deals do not so much undermine strong public and private institutions as capitalize upon them: in a well-institutionalized political system, after all, a decision that has been made is likely to be carried out, and accounts and disclosure reports that appear to be in order are likely to be widely believed. That’s what makes influence worth paying for – and, easy to conceal.

6 JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption: Wealth, Power, and Democracy*. Cambridge and New York: Cambridge University Press, 2005; _____. *Corruption, Contention, and Reform: The Power of Deep Democratization*. Cambridge and New York: Cambridge University Press, 2014.

7 Cf. LESSIG, Lawrence. *Republic, Lost: How Money Corrupts Congress – and a Plan to Stop It*. New York: Twelve Books, 2011.

As a consequence, fighting corruption in an influence-markets setting is like shadow-boxing. Not only must reformers take on some deeply-entrenched interests; many of the deals and connections we might object to are legal – at times, explicitly written into policy in some instances. The 2004 legislation creating the US Medicare prescription drug program, for example, forbids the government to buy medicines made abroad, or to bargain with domestic producers for price concessions. Similarly, a 19th-century provision still allows mineral-extraction corporations to mine federal lands for only US\$ 5,00 per acre per year. Changing that state of affairs becomes a political challenge, fought out within arenas and legal frameworks already extensively shaped by the influence and prerogatives of wealth. That in turn takes place within a society where most citizens are inclined to view even some of the coziest connections between wealth and power as the workings of “the free market”⁸ – as inevitable, or even to be celebrated.

The overwhelming majority of businesses and public agencies in Influence Market societies not only follow accounting practices but routinely produce reports that seem to be generally in order. But compared to the Dutch example, there is much that goes unsaid, and many questions we could be asking but do not. Depending upon which accounts and accountants we have in mind, and upon whose interests they serve, a seemingly orderly set of books can hide a great deal. Even where audits and annual reports reveal problems they are most likely threats to profitability, for businesses, or to balanced revenue/expenditure trends in the public realm – not broader questions of how well firms and agencies serve or disserve the broader society. To be sure, modern market economies by their nature revolve around private assets, interests, and benefits – all factors that contribute in their own way to the general prosperity. But all too often externalities – major costs offloaded onto third parties or society generally, either

8 STIGLITZ, Joseph. *The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future*. New York: W. W. Norton, 2012.

directly (think air and water pollution) or indirectly, via entrenched legislative and regulatory privileges – go unrecorded. Anti-competitive practices and mutually-favorable “understandings” are unlikely to turn up on conventional balance sheets. And as Enron and other cases remind us, accounting processes can be abused or misrepresented in ways that obscure fraud and clear-cut corruption: everything seemed to be just fine in Houston, until suddenly it wasn’t.

Accounting has some striking advantages in terms of the specific goal of corruption control – and some limitations too, in the current social context. A key advantage is that accountants can gather evidence and deploy controls on a scale commensurate with that of corrupt practices themselves. Most corruption indices and many reformers treat corruption as though it were a national attribute, or at least a government- or agency-wide pathology, but corrupt activities can occur and – a critical point – be hidden away in any number of institutional cracks and crevices. One budget line, one official, one private-sector client’s activities, or one regulatory activity, in a corner of one jurisdiction, can offer major illicit opportunities. Often reformers begin with a burst of energy and determination only to find that they don’t really know what they are looking for, where and how it happens, and how it might be concealed or disguised. Accounting and other well-designed internal controls can give us that sort of fine-grained picture of the problem.

But therein lie some of the drawbacks: the social and political incentives and motivations driving reform are much more symbolic, indiscriminate, and sometimes emotional. Corruption control is often described in terms of building a better society for all; fair enough, but the immediate appeals would be stronger if they were much more specific – “We are fighting corruption so that you don’t have to bribe someone to keep the electricity on.” Familiar accounting techniques can often isolate the underlying corruption problems; a broader scheme of social auditing could link them to broader-based abuses, and to the level of services and quality of life experienced by real people in real communities. But there is a need for aggressive leader-

ship and social participation. Without them, corruption controls may spot lots of trees while missing the forest (by way of analogy: campaign finance procedures reveal numerous violations of process and technical rules, some of which send people to jail, but have not eased the public's general sense that political money has fundamentally corrupted democratic life). In that sort of setting, reform forces in society – the aroused civil society that is often a reformer's Holy Grail – may arise, but after dissipating major energy while seeing few results, they will fade away. Indeed, particularly in deeply corrupt societies a rush of transparency may be counterproductive – entrenched elites may just be serving notice that they can do as they please, and that opposing them may be quite risky⁹ – and may in the long run produce demobilization and a sense of resignation among citizens at large¹⁰.

3. Broadening the balance sheet.

Accounting seems to have been reduced to a series of repetitive processes or even to a ritual of sorts, one largely serving the interests of the firms and public agencies in question while fulfilling highly restricted notions of accountability. In a way, accounting can be thought of as a neutral technology¹¹ that can serve any number of interests – more likely, those of whoever pays the bills than those of the public at large. Some socially-aware businesses might constitute partial exceptions, and at times public agencies are subject to such broader scrutiny. Still, the sorts of broad reconciliations of values that Soll recounts from times past rarely occur, or even arises as expecta-

9 STECHINA, V. *Conditions for Corruption. Institutions, Executive Power, and Privatization in Argentina and Chile in the 1900s*. 2008. 361 f. Doctoral thesis (Doctorate in Political Science) – Department of Government, Uppsala University, 2008.

10 BAUHR, Monika; GRIMES, Marcia. Indignation or Resignation: The Implications of Transparency for Societal Accountability. *Governance: an international journal of policy, administration and institutions*, v. 27, issue 2, p. 291-320, apr. 2014.

11 My thanks to Keith Hoskin for his comments on this point.

tions. The consequences, in Influence Market societies, can be seen in many forms – among them, significant increases in inequality; prosperous corporations surrounded by socially and materially impoverished communities; business, political, and administrative classes seen, rightly or wrongly, as remote, uncaring, and self-serving; and a general sense that, over and above broader trends in the economy, wealth and power operate in a world all their own. What, if anything, should be done in response?

It is tempting and all too easy to blame the accountants for the difficulties spelled out above, and all sorts of green-eyeshade stereotypes facilitate that sort of judgment. But the fault lies in many areas, and addressing what have become systemic problems requires a systemic response. Accounting procedures could be altered to reflect a broader range of costs and benefits, values and considerations. Indicators of government performance could be routinely gathered, benchmarked, and published as parts of regular auditing procedures, and could clearly reveal vulnerabilities to corruption, its past effects, specific agencies and difficulties that should be reform priorities, and evidence of progress (if any) or continued deterioration¹². Examples of broader-gauged efforts exist as well: the municipal government of Porto Alegre, Brazil, pioneered participatory budgeting processes empowered to allocate and assess the results of around half of all local spending. In some states of India civil-society groups conduct “social audits” of public service agencies, incorporating not only accounting data on the use of resources and revenues but also participatory assessments of agency effectiveness, and of citizen or client satisfaction (those examples drawn from Johnston¹³). Governments are, by their nature, subject to a wider range of demands, responsi-

12 JOHNSTON, Michael. Assessing Vulnerabilities to Corruption: Indicators and Benchmarks of Government Performance. *Public Integrity*, v. 12, issue 2, p. 125-142, spring of 2010.

13 JOHNSTON, Michael. Civil Society Organisations, Corruption and Human Development: An Asia-Pacific Perspective. In: RAJIVAN, Anuradha; GAMPAT, Ramesh. *Perspectives on Corruption and Human Development*. New Delhi: Macmillan, 2009.

bilities, and scrutiny than most businesses, but the principles underlying such broader audit conceptions could be adapted to private business as well, with favorable results possibly becoming positive market appeals in their own right. Could we someday envision a routine expectation that businesses and government authorities would be subject to, say, searching environmental audits or broad-based social accounting that incorporate important aspects of wellbeing in their community? Fanciful as such an idea seems, such enhanced accounting might help address the very broad range of discontents people voice when they discuss the outsized influence of money.

Accountants and auditors, however, generally have only such powers and access as clients and the law allow them, and it is far from inevitable that they will reveal abusive powers and practices unless anti-corruption forces aggressively make accounting skills and techniques a part of their own repertoire of controls. But broadening the scope of accounting in that way – much less, turning accountants into public guarantors of probity, or turning their techniques into a comprehensive force for the broader goal – is a tall order for many reasons. The obvious ones have to do with expense, and with the fundamental inequalities of power in society, but others are more subtle. There are collective action problems: I might be willing to submit my business to a “community social audit” every year, in principle – but only if my competitors, and others operating in my community, will do likewise. If they refuse, why should I be the only one opening up my operations to scrutiny, and why should I be the only one liable for negative results? Who is to decide the scope, content, and metrics of such audits? How spin-proof can they, and should they be? My fellow entrepreneurs and I might agree on standards, and even on a guarantor body charged with maintaining compliance and gathering and publishing results. But putting that sort of agreement into effect takes time and resources in pursuit of a broad social benefit, and thus raises collective problems all its own. Public agencies could be mandated to gather and publish similar evidence, but compliance in the public sector can be problematical in its own way. Moreover, data-gathering,

interpretation, and publication are all subject to various forms of “gaming”¹⁴. A problem of a different sort has to do with validity: will the evidence we gather actually tell us anything about the public good, or will it – like much of the standardized testing now going on in public schools under the guise of “accountability” – simply be a string of process-oriented “metrics”, open to numerous forms of fudging and fraud, that actually tell us very little about social goals and values?

And then there is the role of the public. One of the most striking aspects of Soll’s account of the Dutch model is his claim that many members of the general public had an understanding of basic accounting principles. Whether or not that was actually true at the time, and regardless of how broadly-defined that segment of “the public” actually was, today’s general public – many members of which are functionally innumerate, and all too many of whom (in some societies at least) have trouble locating their own countries on a world map – has no such understanding. The Netherlands, in the halcyon days of accounting, was a small, homogeneous, and in some respects communal society – certainly, one that had to uphold important shared values and responsibilities if it were to compete with the bigger powers of its age. By contrast today’s publics, particularly in many larger market democracies, tend not to think in terms of the broader public good in terms other than the symbolic. Short-term thinking predominates. In recent decades people have been schooled to believe that any sort of broader accountability imposed upon private initiative will inevitably come at the expense of whatever conception of the public good we have left – a conception usually defined by the interests of those who were well-off to begin with.

Transparency practices count for little if no one is looking in. Those concerned about corruption in government and fraud in busi-

14 HOOD, Christopher. Gaming in Targetworld: The Targets Approach to Managing British Public Services. *Public Administration Review*, v. 66, issue 4, p. 515-521, 2006.

ness need to connect more effectively both with society and with the technical/forensic side of investigating activities and abuses that accounting embodies. Civil society groups abound, but generally do not know how government and business work; reformers lack a fine-grained understanding of where corruption occurs, and how it is executed and concealed; and none of them have real progress indicators to use to figure out whether they are having any effect. Broad-gauged accounting, coupled with participation by citizens and journalists, might be a crucial way to bridge those gaps, and to bring real awareness to the reform movement.

We are left, then, with dilemmas rather than solutions. Ultimately the way forward, if there is one, is political – and, given the nature of Influence Markets the emphasis will more likely be upon indirect action rather than confrontations with power. Enlightened business and political leadership, where it exists, could lead by example – in effect, taking ownership of accounting as a technology to publish broad-based performance and auditing data, and then actively recruiting citizens, civil society groups, journalists and others to take part in evaluating them. Improbable as such a prospect sounds today, leaders in both the public and private sectors might stand to benefit from such initiatives, and to be rewarded for positive results or trends. Most citizens might not be willing to put in the effort – like Oscar Wilde’s socialism, making transparency real might well take up too many evenings – but those with a stake in particular services and industries would welcome the access they would be accorded and the sense of efficacy it could produce.

Could it be that genuinely aggressive transparency – accounting and auditing based on, and itself accountable to, wider social values and interests, coupled with active efforts to recruit citizen participation – might ease the current malaise we see in many democracies: that sense that “nowadays politicians don’t care about me”, and that moneyed interests have too much power? That sort of outcome would require not just expanded and enhanced auditing practices, aided where possible by new technology and even social media, but

also significant numbers of people willing to take on added responsibilities as consumers and citizens. It just might be that the Green Eyeshade Brigade can ride to the rescue – but only if we demand that it do so, and only if we make its skills and the evidence they produce an integral part of the ways we govern ourselves, and do our public and private business.

A CONVERSÃO DE DÍVIDA EM PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA COMO MEIO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL¹

**THE CONVERSION OF DEBT TO EQUITY AS A MECHANISM TO
PROMOTE THE JUDICIAL REORGANIZATION OF A COMPANY**

*Mauricio Moreira Menezes
Rodrigo Saraiva Porto Garcia*

Resumo: Este artigo tem por objeto a análise da conversão de dívida em participação acionária como meio de recuperação judicial. Uma primeira fotografia da operação revela que, a depender das circunstâncias e do modo como realizada, pode provocar relevantes mudanças na dinâmica das relações de poder na companhia em crise. Diante desse cenário, convém examinar o teor das cláusulas inseridas em planos de recuperação judicial com o intuito de promover o pagamento de credores por intermédio da conversão de sua dívida em valores mobiliários emitidos pela companhia. O estudo dessas cláusulas exige a verificação de sua validade à luz das regras de Direito Societário, notadamente o direito de preferência dos acionistas, a vedação à diluição injustificada dos acionistas e a fixação do valor do aumento de capital.

Palavras-Chave: Recuperação judicial da companhia. Plano de recuperação judicial. Conversão de dívida em participação acionária.

¹ Artigo recebido em 18.12.2017 e aceito em 29.12.2017.

Abstract: This paper's subject is the analysis of the conversion of debt to equity as a mechanism to promote the judicial reorganization of a company in economic and financial distress. At first, there is a brief introduction to address the shifts in the dynamic of power within the company right after the filing for judicial reorganization. Thereafter, the article examines the clauses inserted in judicial reorganization plans to fulfill the payment of creditors through the conversion of debt into securities issued by the company. The study of such clauses demands the verification of their validity according to the rules of Corporate Law, notably the right of preference, the impediment towards the unjustified dilution of shareholders and the setting of the value of a share capital increase.

Keywords: Corporate judicial reorganization. Judicial reorganization plan. Conversion of debt to equity.

Sumário: 1. Introdução. 2. Dinâmica das relações de poder na companhia em recuperação judicial. 3. A conversão de dívida em participação acionária como meio de recuperação judicial. 4. Uma análise das cláusulas inseridas em planos de recuperação judicial. 4.1. O aumento de capital por meio da capitalização de créditos e o direito de preferência dos acionistas. 4.1.1. A cláusula de *best efforts*. 4.1.2. A renúncia ao exercício do direito de preferência no plano de recuperação. 4.1.3. O problema da diluição injustificada dos acionistas. 4.2. O valor do aumento de capital. 4.3. A figura do comissário na conversão de dívida em participação acionária. 5. Conclusão.

1. Introdução.

Nas sociedades anônimas, o poder de controle é exercido por aquele que detém a participação acionária necessária para assegurar-lhe a maioria de votos na assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia. Não basta que o acionista possua, simplesmente, o maior quantitativo de ações de uma determinada companhia para que ele se qualifique como controlador, exi-

gindo-se o efetivo exercício desse poder para orientar a gestão da atividade empresária (art. 116, Lei nº 6.404/1976)².

Segundo o tradicional modelo brasileiro de propriedade acionária, baseado na concentração de capital, o acionista controlador é titular de mais da metade do capital social da companhia. Com o movimento de financiamento das sociedades anônimas por meio do mercado de capitais ao longo da primeira década do século XXI, foram testemunhados casos de companhias que buscaram a dispersão de seu capital social, com sucessiva listagem no Novo Mercado da B3, de tal modo que, hoje em dia, há companhias em que o acionista controlador é titular de ações representativas de pequena parcela do capital social – desde que esta parcela seja superior àquela dos demais acionistas (individuais ou organizados em bloco) que se fazem presentes em assembleia geral.

Embora de difícil verificação no Brasil, é possível que a dispersão acionária seja tão profunda que o controle não seja exercido por um acionista determinado ou por um grupo de acionistas, mas sim pelos membros do conselho de administração, como verdadeiro controle gerencial. Trata-se de hipótese de controle interno desvinculado da participação acionária. No chamado *management control* os administradores assumem o comando da companhia e se perpetuam no poder utilizando mecanismos de representação dos acionistas na assembleia geral, como o voto por procuração.

Além das hipóteses acima mencionadas, há quem defenda o controle externo como modalidade de poder de controle, que seria

2 Fábio Konder Comparato define o poder de controle da seguinte maneira: “O controle é, pois, a prerrogativa possuída pelo titular de um poder superior de impor suas decisões sobre o titular de um poder inferior [...] Eis porque o controle é o poder jurídico moderno, próprio das sociedades ou organizações complexas, nas quais se manifesta necessariamente uma hierarquização de funções. Ele é, também, o poder de fato, exercido *ab extra* sobre os administradores de uma pessoa jurídica privada, ou sobre os que detêm oficialmente o poder político” (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. X).

exercido por terceiro, o qual, embora estranho ao quadro acionário, detenha influência sobre a gestão da companhia, seja em razão de estipulação contratual ou de um direito de crédito³.

Nesse segundo caso, o credor exerceria influência dominante quando a companhia se encontrasse em situação de crise econômico-financeira, como nos casos de alto endividamento que podem levar à recuperação judicial ou à falência do devedor⁴.

Assim, um poderoso credor – ou grupo de credores – poderia vir a exercer seu poder de dominação e participar com protagonismo do processo de reorganização empresarial da companhia devedora⁵.

Logo, a questão se torna problemática a partir da instauração do regime da recuperação judicial, desde a apresentação de seu pedido ao juízo competente.

Se por um lado o acionista controlador detém a faculdade de decidir pelo requerimento da recuperação judicial (seja por meio de deliberação da assembleia-geral de acionistas, seja por determinação direta à administração da companhia, em casos urgentes, conforme dispõe o art. 122, IX e parágrafo único, Lei nº 6.404/1976) e de liderar (ou orientar) os trabalhos de elaboração do plano de recuperação a ser apresentado pela companhia, por outro sujeita-se à autonomia da vontade dos credores, no que diz respeito à aprovação ou rejeição do referido plano.

Dentre os meios de recuperação propostos pelo devedor, a conversão de dívida em participação acionária pode produzir rele-

3 Ibidem, p. 48.

4 Cite-se novamente a lúcida opinião de Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho: “Há, assim, em primeiro lugar, toda uma série de hipóteses em que o controle externo resulta de uma situação de endividamento da sociedade. Em razão do seu direito de crédito, cuja execução forçada pode levar a companhia à falência, o credor passa, muitas vezes, a dominar a devedora, comandando a sua exploração empresarial” (Ibidem, p. 90-91).

5 MENEZES, Maurício Moreira. *O poder de controle nas companhias em recuperação judicial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 90-93.

vantes repercussões na dinâmica das relações de poder na sociedade anônima, incluindo-se a diluição da participação de acionistas, com chances reais de tomada do poder de controle por credores, a depender da magnitude e do perfil do endividamento.

Este artigo tem por objetivo ofertar reflexões sobre as consequências do referido meio de recuperação, a partir do exame do conteúdo de cláusulas inseridas em planos de recuperação judicial, à luz da conjugação da disciplina societária com a da crise da empresa.

2. Dinâmica das relações de poder na companhia em recuperação judicial.

Com o pedido de recuperação judicial, a companhia busca condições que viabilizem a propositura e a execução de um plano para se reerguer.

Em contrapartida, os acionistas e administradores passam a se submeter à influência direta e relevante dos credores, os quais detêm o poder de aprovar o plano de recuperação proposto pela companhia ou rejeitá-lo, por meio de deliberação tomada em assembleia geral de credores (art. 35, I, Lei nº 11.101/2005).

Portanto, é válido sustentar que a submissão de uma companhia ao procedimento de recuperação judicial conduz à perda relativa de poder por parte do controlador e, simultaneamente, ao aumento de poder dos credores.

A despeito dessa realidade, pondere-se que a perda relativa de poder não correspondem necessariamente à mudança na titularidade do poder de controle, de tal sorte que o acionista controlador permanece responsável por seus atos, sob o regime da lei societária⁶.

⁶ Não há na Lei nº 11.101/2005 caminho para uma tomada hostil do poder de controle por credores. Há, tão somente, a possibilidade de previsão dessa solução no plano de recuperação, o que evidentemente contará com a aprovação do próprio acionista controlador.

O que se deve reconhecer é o surgimento de um “estado de tensão” entre credores e acionistas, em razão da natural disputa por espaços negociais, que podem vir a determinar os meios de recuperação da companhia.

Nesse sentido, Lucian Arye Bebchuck comenta que a recuperação judicial consubstancia-se, essencialmente, em uma “alienação hipotética” dos ativos empresariais, em que os participantes “pagam” por uma companhia mediante seus respectivos direitos e interesses na própria companhia, recebendo em troca “tickets” na companhia resultante da reorganização, ou seja, recebendo direitos na “nova” entidade (leia-se, na organização saneada)⁷.

Embora essa perspectiva possa parecer, sob o olhar da cultura jurídica brasileira, uma visão simplista do que seja a reorganização societária no âmbito da recuperação judicial, um argumento daquele raciocínio pode ser plenamente aceito à luz do sistema da Lei nº 11.101/2005: a racionalidade prática da reorganização consiste na expectativa que tem o credor de apreender mais valor para seu interesse do que aquele que seria obtido na falência, por meio da alienação pura e simples dos bens empresariais do falido, para posterior distribuição do produto da venda.

Com efeito, salienta Mark J. Roe que:

The legal mechanism in which to reorganize the company is now chapter 11 of the Bankruptcy Code. The firm will be held together, neither liquidated piecemeal under judicial supervision nor ripped apart in creditors' seizure of parts of the

7 Em mais recente trabalho, Lucian Bebchuck reafirma que: “*In contrast, in a reorganization, which is governed by Chapter 11, there is no actual sale of the company's assets. Instead, there is an 'hypothetical' sale of the company to the existing participants. The existing participants 'pay' for the company with their existing claims and interests, which are canceled, and they receive in exchange 'tickets' in the reorganized company – that is, claims against or interests in this new entity*” (BEBCHUCK, Lucian Arye. Chapter 11. *The New Palgrave Dictionary of Economics and Law*, Basingstoke (UK), v. 3, p. 219-224, 1998. p. 1 (Versão Online). Disponível em: “http://papers.ssrn.com/abstract_id=76648”. Acesso em: 29 jan. 2017).

firm, but the ownership interests in the firm will be reallocated. Two considerations will be primary: Should some of the ownership interests be eliminated or cut-down? After all, the firm has come to be worth so much less than was originally thought. And should the ownership interests be reallocated? After all, the immediate problem that led to the bankruptcy reorganization in chapter 11 was (almost always) the inability of the firm to generate sufficient cash to pay off creditors currently. Should the creditors change the nature of their obligation to stock, or delay receipt of payments that they would otherwise be entitled to receive under their contract? The questions will not be immediately answerable and could be expected to be litigated. But the reorganization process could be thwarted if creditors could seize their security or obtain default judgments and have the sheriff levy on bankrupt's assets. The chapter 11 reorganization process would then quickly descend into a free-for-all liquidation as the creditors rip apart the firm. This destructive prospect provides the rationale for bankruptcy stay (really an injunction on the creditors), prohibiting the creditors from trying to collect from the firm when it is in chapter 11. The current form of the stay can be found in the Bankruptcy Code, § 362.⁸

É exatamente nesse ambiente de trocas de interesses que se situa a conversão de dívida em participação acionária.

Michelle M. Harner trata das motivações de credores que buscam ou aceitam a conversão de seu direito de crédito em ações, mencionando que “*activist investors seek to make their money by enhancing or creating value at the company*”, sendo que a “criação de valor” pode resultar da baixa contábil de dívida da companhia ou, além disso, pode ser buscada por meio de reformas estruturais na companhia, preparatórias para a venda de alguns ativos. Parte desses ativos seria direcionada para aquisição por outras companhias objeto de investimento realizado pelos próprios credores, que assim aproveita-

⁸ ROE, Mark J. *Corporate reorganization and bankruptcy* – legal and financial materials. New York: Foundation Press, 2000, p. 18.

riam, indiretamente, as sinergias decorrentes da absorção de ativos da companhia em recuperação por outra companhia do mesmo setor⁹.

Como se vê, a questão nada tem de trivial, justificando o exame de suas particularidades à vista da experiência brasileira.

3. A conversão de dívida em participação acionária como meio de recuperação judicial.

Entre os meios de recuperação elencados no art. 50 da Lei nº 11.101/2005, aqueles previstos nos incisos VI e XV¹⁰ permitem que o devedor em recuperação judicial realize aumento de capital e emita valores mobiliários, com o objetivo de levantar recursos para financiar sua atividade ou como forma de quitação total ou parcial de suas dívidas¹¹.

Na prática forense brasileira, o uso da conversão de dívida em participação acionária como meio de recuperação do devedor é bastante comum, sobretudo em grandes sociedades empresárias organizadas sob a forma de sociedade anônima.

Sob o aspecto técnico, a conversão de dívida em ações pode ser aperfeiçoada por meio de diferentes modos de extinção da obri-

9 HARNER, Michelle M. The Corporate Governance and Public Policy Implications of Activist Distressed Debt Investing. *Fordham Law Review*, New York, v. 77, p. 101-171, 30 oct. 2008. Disponível em: "<http://ssrn.com/abstract=1125082>". Acesso em: 29 jan. 2017.

10 Art. 50, Lei nº 11.101/2005: "Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: [...] VI – aumento de capital social; [...] XV – emissão de valores mobiliários [...]".

11 De acordo com Julio Kahan Mandel: "O inciso XV, criado para empresas de maior porte e que tenham a confiança no mercado, veio criar uma modalidade nova, muito bem-vinda, de meio de recuperação, assim como a própria conversão de dívidas em participação acionária" (MANDEL, Julio Kahan. *Nova lei de falências e recuperação de empresas anotada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 109). No mesmo sentido: SZTAJN, Rachel. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 239.

gação. As opções mais utilizadas são: (i) compensação da obrigação de integralização do credor com a obrigação da companhia de pagar-lhe igual montante em dinheiro; (ii) extinção da obrigação de integralização do credor por meio da cessão de seu crédito à companhia, operando-se a extinção da obrigação da companhia por meio da confusão; (iii) extinção da obrigação de integralização do credor por meio da dação em pagamento de seu crédito à companhia, especificamente quando tal crédito é representado por títulos ou valores mobiliários de emissão da companhia (*v.g.*, debêntures), caso em que a última pode mantê-los em seu patrimônio, para futura negociação, caso seja de seu interesse.

Por meio da conversão de dívida em ações, os credores que optarem por receber seus créditos dessa forma tornam-se acionistas da companhia. Como acima observado, tal ingresso pode gerar graves implicações na dinâmica das relações de poder do devedor em recuperação, visto que os acionistas originais podem ter a sua participação diluída e o poder de controle pode ser mitigado ou transferido a grupos de credores.

Para o propósito do presente artigo, serão analisados os planos de recuperação do Grupo OGX¹², do Grupo Eneva¹³, do Grupo Inepar¹⁴, do Grupo Lupatech¹⁵ e do Grupo Aralco¹⁶. Tratam-se de casos paradigmáticos que suscitaram questões práticas relevantíssimas para a viabilização da conversão de dívida em *equity*.

12 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ. 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital. Processo nº 0377620-56.2013.8.19.0001.

13 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ. 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital. Processo nº 0474961-48.2014.8.19.0001.

14 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital. Processo nº 1010111-27.2014.8.26.0037.

15 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital. Processo nº 1050924-67.2015.8.26.0100.

16 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP. 2ª Vara Cível da Comarca de Araçatuba. Processo nº 1001985-03.2014.8.26.0032.

4. Análise das cláusulas inseridas em planos de recuperação judicial.

A cláusula que prevê a conversão de dívida em participação acionária segue usualmente semelhante padrão, com pequenas mudanças no que concerne às classes de créditos que se submetem a esta forma de adimplemento. Pode-se identificar as similaridades e as diferenças de acordo com a seguinte tabela comparativa entre os variados planos de recuperação:

Devedor	Cláusula do Plano de Recuperação Judicial
Grupo OGX	Cláusula 5.1.3.3. O valor do Aumento de Capital Mediante Capitalização de Crédito será igual ao valor da totalidade dos Créditos Concursais, conforme indicado na Lista de Credores (i) acrescido da totalidade dos Créditos Extraconcursais que expressamente aderirem ao presente Plano, nos termos da Cláusula 5.4 abaixo; (ii) deduzidos os valores dos Créditos pagos em dinheiro, na forma da Cláusula 5.1.4 deste Plano; e (iii) quando aplicável, deduzidos os valores correspondentes ao Imposto sobre Serviços a ser recolhido quando da quitação dos Créditos detidos pelos Credores Fornecedores.
Grupo Eneva	Cláusula 5.3.3. Redução Obrigatória de 40% (quarenta por cento) do Valor dos Créditos Quirografários, mediante capitalização do Crédito Quirografário. Concomitantemente à aplicação do deságio previsto na cláusula 5.3.2 acima, o montante correspondente a 40% (quarenta por cento) do valor do Crédito Quirografário que superar o valor de R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) pagos na forma da cláusula 5.3.1 acima será capitalizado no âmbito do Aumento de Capital, através do procedimento de Capitalização dos Créditos.
Grupo Inepar	Cláusula 5.1.1. Pagamento dos Créditos Quirografários. Os Créditos Quirografários serão pagos por meio de uma das seguintes opções, à escolha de cada Credor Quirografário, conforme a Cláusula 2.1.3: Opção A de pagamento do Crédito Quirografário – Subscrição de Ações, resultante de aumento do capital social da IIC por meio da capitalização dos respectivos Créditos Quirografários, na forma do art. 171, §2º, da Lei das Sociedades por Ações, pelo preço de emissão de cada Ação, calculado nos termos do Anexo 4.1.1(i)[A], conforme procedimento descrito no Anexo 4.1.1(i)[B].
Grupo Lupatech	Cláusula 6.6. Capitalização dos créditos na hipótese de aumento de capital. Na hipótese de o Grupo Lupatech, nos termos da Cláusula 8.3, vir a chamar um aumento de capital abrangendo Credores Quirografários, resta assegurado aos Credores Quirografários o direito de subscrever as Ações e integralizá-las total ou parcialmente com o seu Crédito Sujeito ao Plano remanescente na ocasião, respeitando-se, sempre, os direitos de preferência legalmente conferidos aos acionistas. Na hipótese de capitalização apenas parcial, o saldo remanescente do Crédito Quirografário continuará sendo pago nos termos da Cláusula 6.2, mediante redistribuição proporcional nas parcelas remanescentes.

Grupo Aralco	Cláusula 14.4. Bônus de Subscrição. Adicionalmente, dentro do Prazo da Reestruturação, a Nova Aralco irá emitir Bônus de Subscrição em favor dos Credores Quirografários, no valor correspondente a 60% (sessenta por cento) do total dos respectivos Créditos destes Credores, sendo certo que o exercício dos direitos decorrentes dos Bônus de Subscrição e a respectiva emissão de ações na forma e prazos previstos nesta Cláusula acarretará a quitação do respectivo Crédito Quirografário referente à Tranche 2, hipótese em que não ocorrerá o pagamento previsto na Cláusula 14.3 [...] (iv) Alternativamente ao cumprimento das condições da Cláusula 14.4(iii), os Bônus de Subscrição B poderão ser convertidos em ações preferenciais da Nova Aralco sem direito a voto, a partir do 3º (terceiro) ano após a emissão dos Bônus de Subscrição [...].
--------------	--

Como se vê, ora as cláusulas estipulam um aumento de capital com a emissão de novas ações, ora preveem a emissão de bônus de subscrição conversíveis em ações. Embora nenhum dos planos tenha apresentado uma forma de adimplemento por meio da emissão de debêntures conversíveis em ações, essa também seria uma alternativa para viabilizar a conversão de dívida em participação acionária.

Vale mencionar que os credores que optarem por essa modalidade de adimplemento e se tornarem titulares das novas ações terão os mesmos direitos atribuídos às demais ações, detidas pelos antigos acionistas. Conquanto não seja necessária qualquer disposição nesse sentido, a cláusula 5.1.3.9¹⁷ do plano de recuperação do Grupo OGX reafirma a paridade de tratamento entre os antigos acionistas e os credores que se tornaram acionistas, o que se repete nos demais planos analisados.

O aumento de capital promovido pelos devedores em recuperação deve observar a regra do art. 171, §2º da Lei nº 6.404/1976, em conjunto com as disposições da Lei nº 11.101/2005, para permitir a subscrição de ações por meio da capitalização de créditos¹⁸. Como

17 “Cláusula 5.1.3.9. As Ações emitidas pela OGX no âmbito do Aumento de Capital Mediante Capitalização de Crédito conferirão aos seus titulares os mesmos direitos atribuídos às demais Ações.”

18 Na lição de Nelson Eizirik: “O aumento de capital efetiva-se com a capitalização do crédito, devendo a companhia informar aos acionistas em que prazo eles podem, mediante a assinatura do boletim de subscrição, preferir o credor do crédito já capitalizado. Caso os acionistas não exerçam o direito de preferência, o credor adquirirá as ações. Se exercerem, as importâncias que pagarem pela subscrição das ações serão entregues ao titular do crédito. Como todo o

será melhor analisado adiante, nessa hipótese deve ser conferido aos acionistas da companhia o direito de preferência, fato que poderia causar empecilho à satisfação de credores pela via da conversão de *debt to equity*.

Na hipótese específica do Grupo OGX – o caso paradigmático com relação ao tema abordado neste artigo – o plano foi aprovado pelos credores e a recuperação concedida pelo juízo competente, mas o Ministério Público e um importante credor interpuseram agravos de instrumento para discutir o aumento de capital social com a conversão da dívida em participação acionária e em debêntures, bem como a possível violação ao princípio constitucional da liberdade de associação (art. 5º, XX, Constituição Federal)¹⁹.

No julgamento dos agravos de instrumento, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão relatado pelo Des. Gilberto Campista Guarino, reconheceu a legalidade da conversão da dívida em *equity*. Confira-se o trecho mais relevante da decisão:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL ALTERAÇÃO DOS PLANOS RECUPERATORIOS ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES PAGAMENTO DOS CREDITOS CONVERSÃO EM CAPITAL SOCIAL AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS. HOMOLOGAÇÃO DOS PLANOS RECUPERATÓRIOS DO EX-GRUPO OGX, APROVADOS NA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES DE

aumento de capital é subscrito no início do procedimento pelo titular do crédito, não existirão sobras” (EIZIRIK, Nelson. *A lei das S/A comentada*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2011. v. 2. p. 513).

19 As mesmas questões foram levantadas na recuperação judicial do Grupo Inepar, mas a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, em acórdão relatado pelo Des. Enio Zuliani, reconheceu a legalidade da conversão de dívida em participação acionária e rejeitou a alegação de violação à liberdade de associação (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravo de Instrumento nº 2133842-23.2015.8.26.0000. Relator: Des. Enio Zuliani. Julgamento em: 30 set. 2015).

03/6/2014. [...] CONVERSÃO EM CAPITAL SOCIAL DAS RECUPERANDAS (ART. 50, VI E XV, DA Lei n.º 11.101/2005, C/C ART. 171, § 2º, DA LEI FEDERAL NACIONAL N.º 6.404/76). ALTERNATIVA COMUM E, VEZES VÁRIAS, ÚNICA NO CENÁRIO DE CRISE DE EMPRESAS DE GRANDE PORTE. CONFLITO COM O ART. 5º, XX, DA LEI MAIOR, QUE NÃO SE CORPORIFICA. HIPÓTESE DISTINTA DA COMPULSORIEDADE ASSOCIATIVA. CREDORES QUE, TITULARES DAS AÇÕES, PODEM OPTAR POR ALIENÁ-LAS, POR CONTA PRÓPRIA OU, FACULTATIVAMENTE, VIA OUTORGA DE PODERES A COMISSÁRIO ENCARREGADO DA VENDA. QUESTÃO SIMILAR, DECIDIDA CONFORME PRECEDENTE DO C. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO [...].

[Trecho do voto]: No cenário atual de crise de empresas de grande porte, tem-se a conversão da dívida em capital social como alternativa comum e, por vezes várias, única apta a propiciar o efetivo soerguimento da devedora que não dispõe de caixa suficiente para o saneamento do seu passivo financeiro. Dependendo da atividade empresarial exercida, é conveniente aos credores aprovar a medida e receber ações da recuperanda. [...]

Carece, pois, de força bastante o argumento de ofensa ao art. 5º, XX, da Constituição da República, segundo o qual “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”, argumento expendido de forma singela, que não comporta interpretação delirante do conjunto de fatos e circunstâncias jurídicas, de forma literal. Mesmo porque a empresa também recebe proteção da Carta Política Central, de modo que se mostra capital a ponderação de valores, por meio da qual é o presente agravo de instrumento julgado.

A titularidade dos valores mobiliários não exige do acionista da nova companhia (OGX REESTRUTURADA) efetiva e permanente adesão ao seu quadro societário. Como bem asseverado pelas agravadas, o plano recuperatório não determina a associação compulsória (nem poderia fazê-lo...), mas estabelece que os credores titulares das ações poderão optar pela alienação desses valores mobi-

liários, por conta própria ou, facultativamente, outorgar poderes a um comissário encarregado da venda.²⁰

Pelo que se lê no trecho citado, a conversão da dívida em ações como forma de pagamento dos credores está legalmente prevista como um meio de recuperação e a sua inclusão no plano de recuperação se encontra no âmbito de discricionariedade dos administradores e do acionista controlador da companhia. Com a aprovação do plano pela assembleia geral de credores, não há que se discutir a sua legalidade, visto que se trata de questão inserida na esfera da autonomia privada dos credores e do devedor²¹.

A seu turno, a liberdade de associação prevista na Constituição Federal não é violada pela conversão de dívida em participação acionária, porque (i) o credor pode optar por não atuar ativamente na administração da companhia²², apenas colhendo os frutos do negócio, e (ii) o credor não é obrigado a permanecer-se associado à companhia, de tal modo que pode alienar as ações recebidas em pagamento, diretamente ou por meio da figura do comissário, conforme detalhadamente comentado na Seção 4.3 deste artigo.

20 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ. 14ª Câmara de Direito Civil. Agravo de Instrumento nº 0039682-69.2014.8.19.0000. Relator: Des. Gilberto Campista Guarino. 03 dez. 2014.

21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1.314.209/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 22 maio 2012.

22 No mesmo sentido, na recuperação judicial de WS Indústria e Comércio LTDA: “Agravo de Instrumento – Recuperação Judicial – Aprovação do Plano – Critérios. Ao julgador há de ser dado certo campo de atuação além dos limites literais da lei para que prevaleça o princípio da manutenção da empresa que revele possibilidade de superar a crise econômico-financeira pela qual esteja passando – Quanto à previsão de pagamento em ações de sociedade anônima, evidente que não se confunde com constrangimento do agravante a associar-se, não só porque o agravante não precisa participar ativamente da nova sociedade, usando as ações como valores mobiliários, como porque poderá livremente negociá-las. Agravo desprovido” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP. Agravo de Instrumento nº 0333243-47.2009.8.26.0000. Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais. Relator: Des. Lino Machado. Julgado em: 27 out. 2009).

Examinada a legalidade da conversão de dívida em participação acionária, cabe tratar da maneira como essa operação é realizada, segundo as regras do Direito Societário.

4.1. O aumento de capital por meio da capitalização de créditos e o direito de preferência dos acionistas.

A conversão de dívida em participação acionária se operacionaliza com o aumento do capital social da companhia, com relação ao qual “será sempre assegurado aos acionistas o direito de preferência e, se for o caso, as importâncias por eles pagas serão entregues ao titular do crédito a ser capitalizado” (art. 171, §2º, Lei nº 6.404/1976).

No procedimento de capitalização de créditos, a assembleia geral ou, havendo autorização estatutária específica, o conselho de administração delibera pelo aumento de capital, permitindo que credores da companhia subscrevam ações e as integrem com seus créditos. Em seguida, os acionistas são convocados por meio de aviso publicado na forma da lei²³, facultando-lhes o exercício do direito de preferência para a subscrição das ações, com o pagamento em dinheiro do preço de emissão²⁴. Havendo exercício do direito de prefe-

23 LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. *Lei das sociedades por ações anotada*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 464.

24 Sobre o direito de preferência: “Também é considerado um direito essencial dos acionistas o de preferência para subscrição de ações, debêntures conversíveis, bônus de subscrição e partes beneficiárias conversíveis. [...] O objetivo da Lei das S.A., ao inserir o direito de preferência como direito essencial do acionista, é o de permitir-lhe a manutenção de sua posição acionária por ocasião do aumento de capital; a conservação de tal posição repercute não só nos seus direitos patrimoniais como também nos políticos, uma vez que a Lei das S.A. exige percentuais mínimos para o exercício de determinados direitos de participação em colégios eleitorais, bem como nos direitos pessoais, para a propositura de medidas judiciais. [...] A preferência é direito expectado que assegura ao acionista reservar, para subscrição no aumento de capital, novas ações, em número proporcional ao percentual de ações de que seja titular, de forma a manter a sua posição no capital social após o seu aumento. O objeto do direito não é uma quantidade determinada de ações, mas a manutenção de determinada participação acionária” (EIZIRIK, Nelson. *A lei das S/A comentada*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2011. v. 1. p. 603-605).

rência, a companhia realiza o pagamento dos credores com os valores recebidos dos acionistas e, se houver saldo a favor dos credores, seu crédito é capitalizado e o credor recebe ações do aumento de capital da companhia²⁵.

Essa solução nada tem de nova e foi examinada há décadas pela então Superintendência Jurídica da Comissão de Valores Mobiliários, que consolidou seu entendimento no Parecer CVM/SJU nº 131/1983:

A Lei n. 6.404/76, que prevê, no § 2º do art. 171, aumento de capital mediante capitalização de crédito, de credor acionista ou de terceiro, assegura aos demais acionistas o direito de preferência, na proporção de sua participação no capital.

Além de se observar o direito de preferência, que tem seu prazo mínimo fixado em lei, todas as demais regras atinentes à formação do capital devem ser atendidas.

A efetivação do aumento de capital, na hipótese, verifica-se após decorrência do prazo do direito de preferência; de fato, mesmo sendo certo que o credor vai subscrever as ações, ele só o fará quando os acionistas tiverem exercido, renunciado, ou cedido o seu direito.

Desta forma, o montante do aumento de capital é conhecido e certo desde o momento da proposta; não, porém, a composição futura que este capital vai apresentar, quanto aos subscritores.

A parte do crédito do subscritor que não puder ser permutada por ações, no caso de o acionista exercer o direito de preferência, lhe será paga, pela companhia, com o correspondente à entrada em dinheiro.²⁶

25 ROSMAN, Luiz Alberto Colonna. Direito de preferência para subscrever. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bullhões (Coord.). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. v. 2. p.1432.

26 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários – CVM. *Parecer SJU nº 131, 28 de dezembro de 1983*. Disponível em: “docvirt.com/docreader.net/WebIndex/WIPagina/Juris_CVM_W1/6036”. Acesso em: 01 mar. 2017.

Como se pode notar, para que o credor se torne acionista da companhia por meio da capitalização de seus créditos, é necessário que os acionistas não exerçam o seu direito de preferência ou o renunciem previamente. De acordo com Nelson Eizirik, a norma do art.171, §2º da Lei nº 6.404/1976 constituiu inovação em relação ao Decreto-Lei nº 2.627/1940, diploma que disciplinava as sociedades anônimas anteriormente:

No regime do Decreto-Lei nº 2.627/1940, conforme orientação doutrinária da época, somente existia o direito de preferência no aumento de capital mediante integralização das ações em dinheiro. Assim, comumente na capitalização o credor recebia o que lhe era devido em ações emitidas pela companhia, sem que os demais acionistas pudessem exercer o direito de preferência, o que diminuía a sua participação proporcional no capital. A Lei das S.A., visando a corrigir tal problema, assegura o direito de preferência tanto na integralização em dinheiro como em créditos ou bens, conforme determina o §2º.²⁷

A novidade introduzida pela Lei nº 6.404/1976 é bem-vinda, garantindo aos acionistas da companhia o exercício de direito essencial e evitando a diluição injustificada de sua participação (art. 170, §1º, Lei nº 6.404/1976). No entanto, nos termos do art. 172 da Lei nº 6.404/1976, existem três hipóteses nas quais se admite o afastamento do direito de preferência dos acionistas: (i) a venda das ações em bolsa de valores ou em subscrição pública, para as companhias abertas, (ii) a permuta por ações em oferta pública para aquisição de controle (arts. 257 e 263, Lei nº 6.404/1976), também em companhias abertas, ou (iii) a subscrição de ações em aumento de capital decorrente de incentivos fiscais – a exemplo do art. 44 da Lei nº 5.508/1969²⁸ – no caso de companhias fechadas.

27 EIZIRIK, Nelson. *A lei das S/A comentada*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2011. v. 2. p. 513.

28 Art. 44, Lei nº 5.508/1969: “O disposto no artigo 78, letra “d”, e artigo 111 do Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, não se aplica aos titulares de ações subscritas com recursos

A operação de aumento de capital mediante capitalização de créditos não admite a exclusão do direito de preferência dos acionistas da companhia²⁹. As hipóteses do art.172 são exaustivas, não sendo possível à assembleia geral ou ao conselho de administração elidir o direito de preferência dos acionistas em outros casos³⁰.

Em comentário ao art. 50 da Lei nº 11.101/2005, Waldo Fazzio Júnior segue essa linha de raciocínio, aduzindo o seguinte:

O art. 50 também faz alusão ao aumento do capital social da empresa. É meio de recuperação desde que não implique a diluição injustificada da participação dos sócios minoritários [...] A vedação legal protectiva da minoria acionária significa que os sócios minoritários não podem ser privados do direito de preferência na subscrição do aumento de capital, na proporção do número de ações que possuírem. O fito legal é de preservar a proporção de participação daqueles acionistas, no capital social.³¹

Por sua vez, Rachel Sztajn inova ao sustentar que os acionistas que aderirem ao plano de recuperação judicial poderão ter seu direito de preferência afastado:

O inciso VI, ao considerar o aumento de capital

derivados do artigo 18, letra “b”, da Lei nº 4.239, de 27 de junho de 1963, com as modificações dadas pelo artigo 18 da Lei nº 4.869, de 1º de dezembro de 1965”.

29 Segundo Alfredo Sérgio Lazzareschi Neto: “O aumento de capital mediante capitalização de créditos ou subscrição em bens de terceiros não poderá elidir, em nenhuma hipótese, o direito de preferência dos acionistas da companhia” (LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. *Lei das sociedades por ações anotada*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 463).

30 Segundo Modesto Carvalhosa: “Ainda que o fundamento do interesse social sobre o dos acionistas seja universal, a nossa lei societária não outorgou poderes à assembleia geral para excluir o direito de preempção. Também não dá liberdade para que o estatuto determine hipóteses de exclusão [...] A lei vigente explicita os casos de revogação. As exceções previstas nos incisos I e II são exaustivas” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. v. 3. p. 677).

31 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de falência e recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p.137-138.

um dos meios de recuperação da sociedade em crise, deveria explicitar que isso pode ser feito tanto por aporte de recursos de sócios, de novos investidores, quanto pela conversão da dívida em capital. É que tanto o aporte de novos recursos quanto a conversão de dívida em capital (medida contábil) podem ter como resultado a modificação das relações de poder internas da sociedade. A entrada de novos investidores – seja mediante o aporte de recursos, seja convertendo dívida em capital – altera a composição (divisão) do capital entre os antigos membros da sociedade. Uma vez que se trata de investimento permanente, ainda que se permita a cessão futura das participações, é inegável o impacto da capitalização sobre a estrutura de poder no curto prazo. *Eventuais preferências dos sócios na subscrição de aumentos de capital serão afastadas pela adesão destes ao plano.*³²

Na recuperação judicial do Grupo OGX, a cláusula 5.1.3.2 do plano previu que a OGPar – acionista controladora do Grupo OGX – se obrigaria a promover uma assembleia geral extraordinária para aprovar o aumento de capital social, com a emissão de novas ações equivalentes à totalidade dos créditos sujeitos e não sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, desde que os titulares destes últimos viessem a aderir ao plano. Confirma-se a referida cláusula:

Cláusula 5.1.3.2. A OGPar, em caráter irrevogável e irretratável, na condição de acionista controladora da OGX, *obriga-se por este Plano e pelo Plano OGPar a realizar e fazer com que seja realizada assembleia geral extraordinária da OGX, em até 15 (quinze) dias da data de cumprimento das Condições Precedentes para o Aumento de Capital Mediante Capitalização de Crédito previstas neste Plano, na qual a OGPar obriga-se a aprovar o aumento do capital social da OGX, mediante a emissão de novas Ações, para capitalizar, a totalidade dos Créditos Concurrais, conforme indicado na Lista de Credores (reduzido apenas pelo valor a ser pago nos termos da Cláusula 5.1.4 abaixo) e a*

32 SZTAJN, Rachel. Comentário ao art. 50. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 239.

totalidade dos Créditos Extraconcursais que expressamente aderirem ao presente Plano, nos termos da Cláusula 5.4 abaixo, observado o disposto neste Plano e nos Planos Partes Relacionadas OGX, e itens abaixo nos termos do Artigo 171, §2º, da Lei das Sociedades por Ações e respeitadas todas as demais disposições legais e regulamentares aplicáveis.

Apesar desta previsão no plano do Grupo OGX, note-se que a efetivação da conversão de dívida em *equity* como meio de recuperação judicial pode ser dificultada pelo exercício do direito de preferência na subscrição de novas ações por acionistas da companhia devedora.

Assim, sob a ótica da legalidade, é vedada a exclusão do aludido direito de preferência por administradores e pelo acionista controlador da companhia. A experiência ensina que há duas possíveis soluções jurídicas para esse problema: (i) a inclusão de cláusula de *best efforts* com o intuito de incentivar os acionistas a não exercerem o seu direito de preferência, ou (ii) a renúncia ao direito de preferência pelos acionistas no próprio plano de recuperação³³.

4.1.1. A cláusula de *best efforts*.

A cláusula de *best efforts*, conhecida no Brasil como cláusula de melhores esforços, pode ser definida como uma obrigação de

³³ Vale mencionar que na recuperação judicial do Grupo Lupatech, o plano não possuía previsão a respeito da renúncia ao direito de preferência dos acionistas da companhia. Tem-se apenas menção à observância do direito de preferência dos antigos acionistas: “Cláusula 6.6. Capitalização dos créditos na hipótese de aumento de capital. *Na hipótese de o Grupo Lupatech, nos termos da Cláusula 8.3, vir a chamar um aumento de capital abrangendo Credores Quirografários, resta assegurado aos Credores Quirografários o direito de subscrever as Ações integralizá-las total ou parcialmente com o seu Crédito Sujeito ao Plano remanescente na ocasião, respeitando-se, sempre, os direitos de preferência legalmente conferidos aos acionistas. Na hipótese de capitalização apenas parcial, o saldo remanescente do Crédito Quirografário continuará sendo pago nos termos da Cláusula 6.2, mediante redistribuição proporcional nas parcelas remanescentes*”.

meio em que uma das partes contratantes se compromete a realizar esforços razoáveis de forma efetiva e diligente – seja por meio de uma ação ou omissão – a fim de alcançar o objetivo descrito na cláusula contratual³⁴.

Não se trata de um dos deveres impostos às partes contratantes em decorrência do princípio da boa-fé objetiva, mas uma verdadeira obrigação contratual exigível da parte contratante que se vinculou à realização de certa conduta³⁵. Para Allan Farnsworth, “*good-faith is a standard that has honesty and fairness at its core and that is imposed on every party to a contract. Best efforts is a standard that has diligence as its essence and is imposed only on those contracting parties that have undertaken such performance*”.³⁶

A cláusula de melhores esforços normalmente é utilizada quando uma das partes contratantes não possui informações suficientes para prever todos os cenários e consequências de um determinado acordo, o que acaba por gerar um contrato incompleto. Nesse ambiente, por meio da cláusula de *best efforts* uma das partes contratantes

34 COSTA, Márcio Henriques da. *Cláusula de melhores esforços: Best efforts*. Curitiba: Juruá Editora, 2016. p. 25.

35 Sílvio de Salvo Venosa posiciona-se em sentido contrário, embora sem realizar o necessário aprofundamento da questão: “Nesse diapasão, a cláusula de ‘melhores esforços’, inserida em um contrato brasileiro, nada acresce ou modifica no nosso sistema. Trata-se de dispositivo aparentemente inócuo no contrato e que unicamente ganhará alguma eficácia no exame sistemático do pacto contratual [...] Desse modo, se as partes não são expressas e diretas em definir o resultado que buscam e estabelecem, para uma obrigação claramente de resultado, a vazia expressão ‘melhores esforços’, ‘boa-fé’, ‘esforços razoáveis’ etc., tal disposição refoge ao âmbito obrigacional, isto é, não constitui uma obrigação jurídica. Pode-se até mesmo afirmar que se trata de disposição não-contratual inserida no contrato, de conteúdo ético ou moral, equivalente a uma carta de intenções ou a um acordo de cavalheiros. Mencionar essas expressões ou se referir expressamente à conduta de boa-fé dos contratantes, ademais, é superfetação absolutamente inútil. A boa-fé objetiva integra a noção do contrato, pois todo e qualquer contrato a pressupõe” (VENOSA, Sílvio de Salvo. A cláusula de “melhores esforços” nos contratos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *Novo código civil: Interfaces no ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 220-221).

36 FARNSWORTH, Allan. On trying to keep one’s promises: The duty of best efforts in contract law. *University of Pittsburgh Law Review*, Pittsburgh, v. 46, n.1, 1984-1985, p. 8.

tes garante à outra que envidará todos os esforços necessários para que o contrato se aperfeiçoe e alcance o seu objetivo final.

Na hipótese específica da conversão de dívida em participação acionária como meio de recuperação judicial, a companhia devedora pode se obrigar perante os credores a realizar os seus melhores esforços para que os seus acionistas não exerçam o direito de preferência no aumento de capital – a despeito da diluição de sua participação – e permitam que os credores recebam ações em pagamento de seus créditos.

Foi exatamente isso o que se estipulou na Cláusula 4.6 do plano de recuperação judicial do Grupo Eneva. A companhia se comprometeu a atuar diligentemente para que os acionistas controladores renunciassem ao exercício do direito de preferência, como se pode ler da passagem adiante reproduzida:

Cláusula 4.6. Cessão do direito de preferência e/ou renúncia ao direito de prioridade. A Eneva, caso ainda não o tenha obtido, compromete-se a envidar seus melhores esforços para obter dos Acionistas Controladores compromisso, em caráter irrevogável e irretratável, no sentido de cederem gratuitamente seu respectivo direito de preferência, aos Investidores e/ou Credores Quirografários, no todo ou em parte, a fim de que o Aumento de Capital possa ocorrer na forma prevista neste Plano. Igualmente, caso o Aumento de Capital venha a ser realizado por oferta pública com esforços restritos de colocação, nos termos da ICVM 476/09, a Eneva se compromete a envidar seus melhores esforços para obter dos Acionistas Controladores compromisso, em caráter irrevogável e irretratável, no sentido de cederem gratuitamente seu respectivo direito de preferência e/ou renunciarem a seu respectivo direito de prioridade em favor dos Investidores e/ou Credores Quirografários, no todo ou em parte, a fim de que o Aumento de Capital possa ser implementado conforme previsto neste Plano.⁵⁷

37 É importante mencionar que nas condições precedentes à realização do aumento de capital pelo Grupo Eneva está prevista a renúncia ao direito de preferência pelos acionistas controladores.

Considerando as incertezas relacionadas com o possível exercício do direito de preferência pelos acionistas da companhia em recuperação judicial, a inclusão da cláusula de *best efforts* no plano de recuperação com o objetivo de obter a renúncia de todos ou de alguns acionistas da companhia poderia ser uma solução à imposição do §2º do art. 171 da Lei nº 6.404/1976. Outra solução, objeto de comentários específicos na Seção seguinte, é a renúncia manifestada por determinados acionistas no próprio plano de recuperação judicial.

4.1.2. A renúncia ao exercício do direito de preferência manifestada no plano de recuperação.

Com o intuito de facilitar a aprovação do plano de recuperação pelos credores, o acionista controlador – e qualquer outro acionista com participação relevante – pode manifestar, no próprio plano, sua renúncia ao exercício do direito de preferência à subscrição das ações emitidas no aumento de capital, de sorte a tornar clara, de modo antecipado, sua intenção de não interferir na operação de capitalização de créditos³⁸.

Na recuperação judicial do Grupo OGX³⁹, a OGPar e Eike Batista, acionistas relevantes do Grupo OGX, renunciaram ao exercício

38 Como vimos anteriormente, essa foi uma proposta apresentada por Rachel Sztajn (SZTAJN, Rachel. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.39).

39 Na recuperação judicial do Grupo Inepar havia previsão semelhante de renúncia ao direito de preferência dos acionistas relevantes da companhia: “Cláusula 7.4.4. *Renúncia ao direito de preferência*. As Recuperandas comprometem-se a, no prazo de 30 (trinta) dias contados da publicação da ata de assembleia geral extraordinária que deliberar sobre o aumento de capital ou do aviso aos acionistas referente à deliberação tomada na assembleia geral extraordinária referida na Cláusula 7.4, *renunciar ao seu respectivo direito de preferência e a obter a renúncia ao direito de preferência das sociedades controladas pelas Recuperandas, de modo a permitir aos Credores a subscrição dos Valores Mobiliários conforme previsto no Plano*”.

do direito de preferência no aumento de capital, conforme previsão da Cláusula 5.1.3.10 do plano de recuperação. Dessa forma, tais acionistas concordaram com a diluição de sua participação acionária em prol do soerguimento da companhia. Confirma-se a redação da cláusula:

Cláusula 5.1.3.10. O Aumento de Capital Mediante Capitalização de Crédito ocorrerá de forma privada, conferindo, portanto, à OGPar e Eike Batista o direito de preferência, na forma da Lei das Sociedades por Ações. *A OGPar e Eike Batista, de forma irrevogável e irretroatável, por força deste Plano, renunciam e desde logo se obrigam a não exercer seu respectivo direito de preferência e a tomar todas as medidas necessárias para este fim, permitindo, portanto, que os Créditos Concurrais e/ou Créditos Extraconcurrais (cujos Credores Extraconcurrais tenham aderido expressamente ao Plano) sejam capitalizados em Ações na forma e em cumprimento a este Plano.*

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, pode-se conceituar a renúncia da seguinte forma:

Dá-se a renúncia com a abdicação que o titular faz do seu direito, sem transferi-lo a quem quer que seja. É o abandono voluntário do direito. É o ato unilateral, independente de suas consequências. Estas, contudo, podem variar, conforme tragam ou não a outrem benefício ou vantagem. O caso mais típico é o que implica destruição pura e simples da relação jurídica, sem que se verifique uma correlata aquisição de direito por outrem. Mas não é o único, pois que frequentemente a renúncia tem uma consequência aquisitiva para alguém.⁴⁰

De fato, com a renúncia dos acionistas ao exercício do direito de preferência, surge para os credores o direito de subscrever as ações decorrentes do aumento de capital, integralizando-o por meio da transferência de seus créditos. Contudo, há que se lembrar que a

40 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 470.

renúncia deve ser interpretada restritivamente (art. 114, Código Civil), de modo que se faz necessária a expressa e inequívoca manifestação do acionista nesse sentido.

Assim, não se deve reconhecer a legalidade de cláusula genérica inserida em plano de recuperação que imponha aos acionistas da companhia a renúncia a direito essencial.

O caso da recuperação judicial do Grupo Aralco é digno de nota, exatamente pelo fato do plano contemplar cláusula atentatória a direito de acionistas. Vale conferir o lacônico texto da Cláusula 14.4 (vi), a seguir reproduzida: “Cláusula 14.4 (vi). Os Acionistas deverão ceder seus direitos de preferência na subscrição da emissão do Bônus de Subscrição aos Credores Quirografários”.

A despeito da mencionada ilegalidade, o plano de recuperação do Grupo Aralco foi aprovado pelos credores e homologado pelo juízo da recuperação, cuja decisão foi confirmada pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁴¹. Convém destacar que a validade da referida cláusula não chegou a ser questionada perante as duas instâncias judiciais.

A cláusula de renúncia presente no plano de recuperação do Grupo Aralco distancia-se daquelas inseridas nos demais planos analisados. O que se tem visto – e o que parece ser o melhor caminho – é a inclusão de cláusulas de *best efforts* ou de cláusulas que determinem procedimento para a coleta de manifestação de renúncia de modo expresso e específico em relação a determinados acionistas (usualmente, aqueles com participação relevante).

41 Merece destaque o seguinte trecho do acórdão relatado pelo Des. Carlos Alberto Garbi: “É certo que em algumas situações, como no caso dos quirografários sem *bondbolders*, foi estabelecido o pagamento do saldo de 60% em bônus de subscrição com a possibilidade de conversão em participação na nova empresa que será constituída (Nova Aralco), mas não há irregularidade nessa disposição, também aprovada pela maioria dos credores da classe” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravo de Instrumento nº 2017062-97.2015.8.26.0000. Relator: Des. Carlos Alberto Garbi. 11 nov. 2015).

Feitas essas considerações a respeito da renúncia ao exercício do direito de preferência, há que se examinar a questão da diluição promovida na participação dos acionistas em consequência do aumento de capital. Seria ela uma hipótese de diluição injustificada?

4.1.3. O problema da diluição injustificada dos acionistas.

O §1º do art. 170 da Lei nº 6.404/1976 estabelece os parâmetros a serem seguidos pela companhia na fixação do preço de emissão das ações em aumento de capital e veda a diluição injustificada dos antigos acionistas. É possível que o acionista controlador, na tentativa de reduzir a participação de um acionista minoritário – ou de um grupo de minoritários – promova um aumento de capital (i) fixando um preço de emissão abusivo para as ações, em desacordo com o §1º do art. 170⁴², ou (ii) sem qualquer motivação ou razão aparente para justificar o aumento de capital⁴³. Em ambos os casos, há um exercício abusivo de poder, que deve ser coibido⁴⁴.

Por outro lado, se o preço de emissão das ações for fixado conforme os parâmetros legais e se houver motivos concretos para a

42 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. v. 3, p. 539.

43 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. v. 3, p. 632-633.

44 Pode-se buscar a responsabilização dos administradores, do acionista controlador ou dos acionistas em assembleia geral que deliberaram a favor do aumento de capital utilizando-se o preço de emissão inconsistente. O STJ já admitiu que o acionista prejudicado ajuíze ação de reparação pelos danos sofridos (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 714.147/SP, Fernando Gonçalves, 4ª Turma, 04 de novembro de 2008), assim como o TJRJ (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 0082948-55.2004.8.19.0001, Mario Robert Mannheimer, 16ª Câmara Cível, 05 de fevereiro de 2013). Cabe ao acionista prejudicado comprovar que a diluição foi injustificada (EIRIZIK, Nelson. *A lei das S/A comentada*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2011. v. 2, p. 504). Também é possível ao acionista prejudicado ajuizar uma ação anulatória da assembleia geral que deliberou o aumento de capital abusivo (BRASIL, Apelação Cível nº 0055138-94.1996.8.26.0000, Yussef Said Cahali, 8ª Câmara de Direito Privado, 10 de junho de 1998).

realização do aumento de capital, qualquer diluição dos antigos acionistas deve ser considerada devidamente justificada⁴⁵.

Esse é o caso, por exemplo, de uma companhia que necessita de recursos para a consecução da atividade empresária. É possível realizar um aumento de capital para obter esses recursos dos acionistas, ou então celebrar um contrato de financiamento. Caso se verifique que o aumento de capital seria menos custoso para a companhia comparativamente ao financiamento, haveria uma justificativa adequada para permitir a diluição dos acionistas da companhia⁴⁶.

Por conseguinte, a diluição é justificada quando ocorre em prol do interesse da companhia, ao qual o interesse individual dos acionistas deve se sujeitar⁴⁷. É precisamente essa a lição de Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira:

Salvo, portanto, em casos excepcionais, a emissão de novas ações causa certa diluição do valor econômico das ações antigas (ao menos do valor determinado segundo um ou dois dos três critérios mencionados na lei). A lei não proíbe essa diluição normal. O que ela veda é a diluição injustificada das ações antigas.

A única razão que pode justificar a diluição é o interesse da companhia. Se os negócios sociais exigem quantidade adicional de capital próprio que somente pode ser obtida pela via do aumento do capital social, justifica-se a subordinação do in-

45 É necessário apresentar um estudo pormenorizado com os critérios adotados para a fixação do preço de emissão das novas ações e com a justificativa para o aumento de capital (BRASIL, Apelação Cível nº 9187665-36.2005.8.26.0000, Francisco Loureiro, 4ª Câmara de Direito Privado, 18 de junho de 2009).

46 MORAES, Luiza Rangel de. Abuso de poder de controle e conflito de interesses no âmbito do processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, p. 61-79, jul./set. 2013.

47 Já se admitiu como diluição justificada aquela decorrente de aumento de capital com o objetivo de levantar recursos para evitar a insolvência da companhia (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 5ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 0517189-28.2000.8.26.0100. Relator: Des. Moreira Viegas. 11 fev. 2015).

teresse individual dos acionistas (o de preservar o valor econômico de suas ações) ao interesse social de manter ou expandir as atividades da companhia. A diluição somente é legítima, entretanto, na medida em que se impõe para atender ao interesse social.⁴⁸

Portanto, considerando que o aumento de capital para a conversão de dívida em participação acionária tem como objetivo garantir a sobrevivência da companhia e permitir o seu soerguimento, desde que respeitados os parâmetros para fixar o preço de emissão das ações, não seria possível considerar a diluição dos antigos acionistas como injustificada.

De fato, enquanto em um primeiro momento os antigos acionistas possam ter sua participação reduzida, ao evitar a falência da companhia e possibilitar a continuidade da atividade empresarial, os ganhos decorrentes da recuperação da companhia em muito superariam as perdas. É importante lembrar que uma recuperação judicial bem-sucedida pode promover a valorização dos ativos da companhia, a redução do endividamento e, conseqüentemente, o aumento do valor das ações.

Assim, o aumento de capital realizado para permitir a conversão da dívida em *equity* não poderia ser considerado desmotivado e a diluição dele decorrente seria justificada. O acionista controlador e os demais acionistas relevantes abrem mão do seu direito de preferência e aceitam a diluição de sua participação acionária visando ao melhor interesse da companhia: sua salvação e a continuidade da empresa.

Nas próximas linhas, serão apresentadas reflexões sobre a questão da determinação do valor do aumento de capital, a fim de garantir a participação de todos os credores interessados em subscrever ações da companhia devedora na operação de capitalização de seus créditos.

48 LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S/A*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996. v. 2. p. 276.

4.2. O valor do aumento de capital.

Na hipótese de aumento de capital para a conversão de dívida em participação acionária, há que se atentar para o problema da determinação do valor do aumento e, subsequentemente, da fixação do preço de emissão das ações, que impactará na quantidade das novas ações.

Isso porque o valor do aumento de capital depende de duas variáveis: (i) a opção dos credores de tomar parte na operação de capitalização de seus créditos, em troca do recebimento de ações, e (ii) as possíveis modificações no quadro geral de credores da companhia em recuperação, seja incluindo ou excluindo credores, seja alterando o valor de seus créditos – aumentando-os ou diminuindo-os – conforme as impugnações são julgadas pelo juízo da recuperação.

De um lado, a solução para o primeiro problema foi apresentada pelo plano de recuperação do Grupo Inepar. No “Anexo 4.1.1(i)[B]” do plano de recuperação, foram descritos os “procedimentos para aumento do capital da IIC por meio de capitalização dos créditos”. O item “(C)” do mencionado anexo previu que o aumento de capital seria realizado no valor total dos créditos que aderissem à modalidade de “pagamento por conversão da dívida em participação societária”. Para chegar ao valor do aumento de capital, os credores interessados deveriam preencher o “formulário para escolha da opção de recebimento dos créditos com garantia real e dos créditos quirográficos”, presente no “Anexo 2.1.3.2” do plano.

Com isso, a assembleia geral extraordinária convocada para aprovar o aumento de capital teria informações suficientes para deliberar a emissão de ações no valor exato dos créditos que seriam capitalizados.

De outro lado, a solução para o segundo problema foi apresentada pelo plano de recuperação do Grupo OGX⁴⁹. O plano estipu-

49 É possível encontrar disposições semelhantes nos planos de recuperação do Grupo Inepar – cláusula 7.4.3 – do Grupo Lupatech – cláusulas 5.6 e 6.7 – e do Grupo Aralco – cláusulas 14.4(xiii), 14.4(xiv) e 14.4(xv).

lou em sua Cláusula 5.1.3.4⁵⁰ que, ocorrendo aumento na quantidade de créditos sujeitos à recuperação, seja pelo ingresso de novos credores, seja pelo acréscimo no valor dos créditos, o Grupo OGX emitiria novas ações para permitir a capitalização dos créditos.

No plano de recuperação do Grupo Inepar, a Cláusula 7.4.3⁵¹ dispôs que no prazo de até 120 (cento e vinte) dias após a publicação do quadro geral de credores (art. 18, Lei nº 11.101/2005), a companhia devedora convocaria nova assembleia geral para deliberar a respeito de um novo aumento de capital com a emissão de ações correspondentes ao acréscimo decorrente da “majoração ou do surgimento de novos Créditos Sujeitos ao Plano”. A mesma lógica poderia ser aplicada à hipótese de modificação no valor dos créditos em razão de decisão judicial transitada em julgado em sede de impugnação ou ação de retificação do quadro geral de credores, mesmo após a sua consolidação pelo administrador judicial e sua homologação pelo juízo da recuperação.

Em caso de redução do valor dos créditos sujeitos ao plano, a Cláusula 5.1.3.5⁵² do plano de recuperação do Grupo OGX estipulou

50 “Cláusula 5.1.3.4. *Na hipótese de se verificar eventual majoração na quantidade de Créditos decorrentes de decisão judicial transitada em julgado e retificação da Lista de Credores, a OGX deverá emitir tantas Ações quanto necessário para permitir a capitalização dos novos Créditos na forma da Cláusula 5.1.3 deste Plano, ao mesmo preço de emissão das Ações verificado na data e para fins de implementação do Aumento de Capital Mediante Capitalização de Crédito, observadas as condições previstas nas Cláusulas 5.1.3, 5.1.4 e 5.1.5 deste Plano.*”

51 “Cláusula 7.4.3. *No prazo de até 120 (cento e vinte) dias após a publicação do quadro geral de credores, serão convocadas novas assembleias-gerais para aprovar todas as medidas necessárias à emissão de eventuais novos Valores Mobiliários que tiverem de ser emitidos nos termos deste Plano, em razão de eventual majoração ou surgimento de novos Créditos Sujeitos ao Plano, constatada na consolidação do quadro geral de credores, respeitados em qualquer hipótese os limites da Cláusula 5.1.3.*”

52 “Cláusula 5.1.3.5. *Na hipótese de se verificar eventual redução no valor de Créditos decorrentes de decisão judicial transitada em julgado e retificação da Lista de Credores, o Credor titular do respectivo Crédito deverá restituir à OGX as Ações suficientes correspondentes ao valor do Crédito reduzido, observado o mesmo preço das Ações verificado na data em que o Credor recebeu as Ações em cumprimento deste Plano ou indenizar a OGX em valor correspondente.*”

que o titular do referido crédito deveria restituir ao Grupo OGX as ações excedentes. Embora não haja previsão nesse sentido no plano mencionado, ocorrendo a exclusão completa de determinado crédito, seria o caso de restituição integral das ações recebidas pelo suposto credor.

Havendo a majoração e a redução de créditos, bem como a inclusão e a exclusão de credores, a companhia em recuperação deve avaliar a necessidade de se convocar uma assembleia geral para deliberar a respeito de um novo aumento de capital – se o valor dos créditos majorados/incluídos ultrapassar o valor dos créditos reduzidos/excluídos – ou uma redução de capital, com o cancelamento dos valores mobiliários emitidos em excesso – se o valor dos créditos reduzidos/excluídos ultrapassar o valor dos créditos majorados/incluídos.

Dito isso, há ainda uma última questão a ser analisada neste trabalho: a possibilidade de utilização do contrato de comissão para a venda dos valores mobiliários recebidos pelo credor como resultado da conversão da dívida em *equity*.

4.3. A figura do comissário na conversão de dívida em participação acionária.

A conversão da dívida em participação societária pode ser uma excelente forma de adimplemento de obrigações pela companhia em recuperação. Mas é possível que alguns credores não tenham interesse – ou não possam – receber as ações como pagamento, sendo necessária sua prévia alienação por um terceiro e o depósito dos valores recebidos na conta corrente destes credores. São eles: (i) os credores que não estiverem interessados em se associar à companhia devedora e quiserem receber o seu pagamento em dinheiro, (ii) os credores que não puderem se associar à companhia devedora, notadamente pessoas jurídicas que não têm como objeto social a participação em outras sociedades empresárias – ou em caso de veda-

ção, quando se tratar de entes públicos ou entidades integrantes da Administração Pública Indireta ou sujeitas a regulação específica, como as entidades fechadas de previdência complementar, que devem observar determinados limites para investimento em ações – e (iii) os credores que não possuírem contas em corretoras de valores mobiliários e não quiserem criá-las.

A fim de solucionar esse problema, o plano de recuperação do Grupo OGX utilizou-se do contrato de comissão para permitir a venda das ações após a conversão da dívida em *equity*, possibilitando o recebimento em dinheiro dos valores decorrentes da alienação por esses credores.

O contrato de comissão está previsto nos arts. 693 e seguintes do Código Civil e permite que o comissário realize a venda de bens em seu próprio nome, em benefício do comitente – no caso, o credor⁵³. Trata-se de contrato semelhante ao mandato, mas com a distinção de existir aqui uma representação indireta ou imperfeita, em que o representante age em nome próprio e não em nome do representado⁵⁴.

Por meio do contrato de comissão, o comissário recebe as ações da companhia em recuperação e se obriga a vendê-las, de maneira pública ou privada. Com a conclusão da venda, o comissário deposita os valores recebidos na conta do comitente – no caso, o credor. Isso permite que os credores recebam o seu pagamento em pecúnia em um período muito mais curto do que o prazo da opção al-

53 Na lição de José Maria Trepas Cases: “A comissão é um contrato que tem por objeto a compra ou a venda de bens pelo comissário (pessoa física ou jurídica), em seu próprio nome e sob sua responsabilidade, mas por ordem e por conta de outrem (o comitente). A responsabilidade perante terceiros será sempre do comissário, porque é ele que opera, que negocia e que se obriga, direta e pessoalmente, com quem contrata. Inexistem direitos e obrigações entre o comitente e terceiros” (CASES, José Maria Trepas. Comentário ao art. 693. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código civil comentado*. São Paulo: Editora Atlas, 2003. v. 8. p. 21).

54 DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. v. 3. p. 431.

ternativa de pagamento em dinheiro prevista no plano de recuperação.

O caso paradigmático na discussão da validade da cláusula que prevê a atuação do comissário foi a recuperação judicial do Grupo OGX. A Cláusula 5.1.5.6 do plano de recuperação tratou da nomeação do comissário e de suas atribuições:

Cláusula 5.1.5.6. Nomeação de Comissário. O Credor que desejar receber o produto líquido da alienação das Ações em pagamento de seu Crédito na forma da Cláusula 5.1.5.1 (ii) e seguintes, e realizar a entrega da correspondente Notificação de Opção de Recebimento, conforme prevista na Cláusula 5.1.5.1 acima, por força deste Plano, nomeará como Comissário a OGPar (ou quem a OGX indicar), de forma irrevogável e irretroatável, para fins e efeitos do Artigo 693 do Código Civil, outorgando-lhe mandato e todos os poderes necessários para (I) subscrever as Ações em nome próprio, mas para o benefício do Credor; (II) alienar as Ações, de forma pública ou privada, em qualquer data; e (III) a exclusivo critério do Comissário, tomar toda e qualquer providência necessária ou razoável, inclusive o fechamento de contratos de câmbio e remessa dos recursos líquidos apurados com a venda das Ações para a conta corrente indicada pelo Credor na Notificação de Opção de Recebimento.

A validade da cláusula foi questionada pelo Ministério Público em sede de agravo de instrumento. O relator do agravo, Des. Gilberto Campista Guarino, rechaçou o argumento da invalidade. Para o magistrado, a “previsão de sua existência para fins de venda das ações em benefício dos credores encontra base legal nos artigos 693 a 709 do Código Civil, que enfocam o contrato de comissão”⁵⁵.

No entanto, a Cláusula 5.1.5.7⁵⁶ do mesmo plano estipulou a

55 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ. 14ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0039682-69.2014.8.19.0000. Relator: Des. Gilberto Campista Guarino. Julgamento em: 03 dez. 2014.

56 “Cláusula 5.1.5.7. Isenção de Responsabilidade do Comissário. O comissário é isento de toda

isenção da responsabilidade do comissário na alienação das ações⁵⁷. Essa previsão é frontalmente contrária ao disposto no art. 696⁵⁸ do CC, o qual confere ao comissário a responsabilidade pelos prejuízos causados ao comitente se não atuar com diligência e cuidado, exceтуando-se a hipótese excludente de responsabilidade por força maior. A esse propósito, o relator reconheceu sua ilegalidade, expurgando-a do plano de recuperação, nos seguintes termos:

95. Tal como redigida, os credores que, facultativamente, optem pela constituição do comissário, abrem mão, forçosamente, da garantia de reparação por qualquer prejuízo que ele venha a gerar no exercício do seu desiderato, tanto mais quando

e qualquer responsabilidade derivada da venda das Ações para fins de implementação deste Plano conforme instruções do respectivo Credor na Notificação de Opção de Recebimento. Neste sentido, os Credores que optarem pela Opção B, renunciarão aos direitos previstos nos Artigos 696, 967 e 698 do Código Civil, já que o Comissário realizará a alienação das Ações tendo como objetivo único entregar valores em pecúnia ao Credor, sem qualquer obrigação de buscar a maximização do preço de venda das Ações, não podendo lhe ser imputado qualquer suposto prejuízo derivado do momento, forma e/ou valores apurados com a alienação das Ações, incluindo prejuízo advindo de eventual insolvência do adquirente das Ações, com o qual não se responsabilizará solidariamente”.

57 Uma previsão semelhante foi inserida no plano de recuperação do Grupo Inepar, excluindo a responsabilidade do comissário por prejuízos suportados pelo credor na venda das ações, mas não houve questionamento a respeito de sua validade: “Cláusula 7.5.2. O Mandatário e o Comissário são isentos de toda e qualquer responsabilidade derivada da adoção das medidas necessárias para fins de implementação do Plano. Os Credores que escolherem a Opção B prevista na Cláusula 4.1.1(ii) e na Cláusula 5.1.1(ii) renunciam aos direitos previstos nos arts. 696, 697 e 698 do Código Civil, tendo em vista que o Comissário deverá envidar os melhores esforços para realizar a alienação das Ações com o único e exclusivo objetivo de entregar os recursos financeiros ao Credor, sem qualquer obrigação de resultado e de buscar a maximização do preço de venda das Ações, não podendo lhe ser imputado qualquer suposto prejuízo derivado do momento, forma e/ou valores apurados com a alienação das Ações, incluindo prejuízo advindo de eventual insolvência do adquirente das Ações, com o qual não se responsabilizará solidariamente”.

58 Art. 696, Código Civil: “No desempenho das suas incumbências o comissário é obrigado a agir com cuidado e diligência, não só para evitar qualquer prejuízo ao comitente, mas ainda para lhe proporcionar o lucro que razoavelmente se podia esperar do negócio. Parágrafo único. Responderá o comissário, salvo motivo de força maior, por qualquer prejuízo que, por ação ou omissão, ocasionar ao comitente”.

a nomeação é livre para as recuperandas. Cabe, então, conjecturar se a previsão de sua existência visa, realmente, facilitar a alienação das ações recebidas pelos credores, conforme sustentam as agravadas, ou se, ao que mais parece, cria uma forma de eximir a “[...] OGPar (ou quem a OGX indicar) [...]” da responsabilidade por uma eventual venda dos valores mobiliários por preço vil, o que traria manifesto prejuízo ao comitente.

96. É contrário aos mais mezinhos princípios gerais do direito, inclusive o crucial, já mencionado, da boa fé objetiva, bem como a toda a teoria geral das nulidades, que, por disposição de índole contratual pluralista, própria da natureza do Plano de Recuperação Judicial, afastem-se normas dirigidas às partes, mas de natureza cogente, previstas no Código Civil (artigos 696, 697 e 698), que expressamente disciplinam a responsabilidade civil do comissário. [...]

99. A assunção do risco é, portanto, elemento essencial (*essentialia negotii*) do contrato de comissão, sem o qual o negócio jurídico se descaracteriza como individualizado. [...]

101. A cláusula de irresponsabilidade, ou cláusula de não indenizar, ainda viola princípio geral do direito consubstanciado no brocardo jurídico que traduz e impõe o *neminem laedere*, segundo o qual a ninguém é dado causar prejuízo a outrem. O contrário teria como consequência, no caso, afastar, de forma ampla, genérica e irrestrita, a essencial assunção do risco, até porque exoneraria o comissário do dever de diligência decorrente da fundamental observância do reiterado princípio da boa fé, destacado no art. 422 do Código Civil, na esteira dos princípios fundamentais da Constituição da República. [...]

104. Assim, analisado o plano da validade, é nula a cláusula de irresponsabilidade em análise.⁵⁹

59 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ. 14ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0039682-69.2014.8.19.0000. Relator: Des. Gilberto Campista Guarino. 03 dez. 2014.

O plano de recuperação judicial do Grupo Eneva⁶⁰ também trouxe a previsão de venda das ações por comissário, porém sem a cláusula de isenção de responsabilidade reconhecida como ilegal pelo precedente acima citado. Além disso, o plano da Eneva previu o procedimento a ser seguido pelo comissário após a formalização da opção pelo credor: (i) primeiro, o comissário deveria iniciar a venda das ações no prazo de até 3 (três) dias úteis contados da homologação do aumento de capital, (ii) segundo, o comissário deveria entregar os valores recebidos ao credor, depositando-os na conta corrente indicada, em até 3 (três) dias da realização da venda das ações⁶¹.

Embora a operação tenha sido estipulada nos planos de recuperação do Grupo OGX e do Grupo Eneva, em nenhum dos casos houve a efetiva implementação da figura do comissário. De acordo com informações extraídas do Memorando CVM/SMI nº 013/2016⁶²,

60 “Cláusula 4.9. Comissário. Os Credores que não desejarem se tornar acionistas da Eneva mediante o recebimento das Novas Ações poderão optar por nomear e outorgar os poderes competentes ao Comissário, o qual receberá as Novas Ações a que tais Credores teriam direito, realizará a venda de tais Novas Ações de acordo com sua cotação no momento do pregão em que a venda for realizada, e entregará os recursos líquidos provenientes da venda, nos prazos indicados na subcláusula abaixo. O Comissário atuará exclusivamente para vender as Novas Ações e entregar os valores obtidos com a venda ao respectivo Credor que optar por sua nomeação, não tendo a obrigação de buscar a maximização do preço de venda das Novas Ações para além da cotação verificada no momento do pregão em que a venda for realizada. Nenhuma remuneração ao trabalho exercido pelo Comissário será exigida do Credor que optar por sua nomeação”.

61 “Cláusula 4.9.1. Formalização da Indicação. O Credor que preferir delegar ao Comissário os poderes necessários à alienação das Novas Ações a que fizer jus deverá manifestar sua intenção no prazo de até 10 (dez) dias após a Data de Homologação Judicial do Plano, mediante o preenchimento de formulário cujo modelo integra o Anexo 4.9.1 deste Plano, indicando os dados da conta bancária na qual deverá ser realizado o oportuno pagamento do produto da alienação das Novas Ações. O Comissário deverá (i) iniciar a venda das Novas Ações em até 3 (três) Dias Úteis a contar da Homologação do Aumento de Capital e (ii) entregar o produto da alienação das Novas Ações ao respectivo Credor, na conta corrente por ele indicada, líquido de todos e quaisquer custos e taxas operacionais e tributos, em até 3 (três) Dias Úteis após a realização da venda das Novas Ações”.

62 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários – CVM. *Memorando nº 013/2016*. Elaborado por: Francisco José Bastos Santos, da Superintendência de Relações com o Mercado e Intermediários em 06 jul. 2016.

ainda que alguns credores tenham inicialmente optado por receber o pagamento de seu crédito por meio da venda realizada pelo comissário, a operação não foi concluída e os próprios credores aceitaram receber diretamente as ações das companhias.

Por outro lado, na recuperação judicial do Grupo Inepar, de acordo com fato relevante divulgado pela companhia em 16 de novembro de 2016⁶³, uma parcela dos credores escolheu utilizar o comissário para venda das ações na conversão de dívida em participação acionária. Diante disso, a companhia tem tomado as providências necessárias para a celebração do contrato de comissão e a concretização da operação, o que ainda não ocorreu.

5. Conclusão.

Por todo o exposto, é possível concluir o seguinte:

- (i) o pedido de recuperação judicial realizado por uma companhia pode provocar profunda modificação na dinâmica das relações de poder, conferindo a seus credores influência relevante sobre o futuro da companhia, por meio da aprovação ou da rejeição do plano de recuperação elaborado pelos administradores e pelo acionista controlador;
- (ii) a conversão de dívida em participação acionária pode ser utilizada como um meio de recuperação do devedor, operando-se o adimplemento de suas obrigações por meio da entrega a credores de valores mobiliários emitidos pela companhia. Realiza-se um aumento de capital social, com a emissão de novas ações – ou debêntures conversíveis em ações, ou bônus de subscrição – subscritas e integralizadas por meio da capitalização de créditos;

63 INEPAR S.A. INDÚSTRIA E CONSTRUÇÕES – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Fato relevante. Data de divulgação: 16 nov. 2016. Disponível em: “http://www.inepar.com.br/pdf/17Nov_avisodebentures.pdf”. Acesso em: 05 mar 2017.

- (iii) a partir do estudo das cláusulas relativas à conversão de dívida em *equity* inseridas em planos de recuperação de determinadas companhias, pode-se observar o diálogo com o Direito Societário, notadamente os institutos do direito de preferência do acionista, da vedação à diluição injustificada dos acionistas e da fixação do valor do aumento de capital social;
- (iv) para que a operação seja bem-sucedida, nota-se que é necessário que o acionista controlador e demais acionistas relevantes da companhia renunciem ao exercício de seu direito de preferência. Com isso, os acionistas da companhia admitem uma diluição de sua participação a fim de garantir a sobrevivência da empresa;
- (v) essa diluição deve ser considerada justificada, visto que é promovida no interesse da companhia, observados os parâmetros legais para fixação do preço de emissão das ações. É muito mais vantajoso para a companhia – e para seus acionistas – adimplir suas obrigações por meio da conversão de dívida em *equity*, pois atrai para o corpo de acionistas da companhia mais pessoas – físicas ou jurídicas – interessadas no sucesso do processo de recuperação;
- (vi) o aumento de capital social deve ser deliberado de modo a corresponder ao montante de créditos cujos titulares adotem essa forma de pagamento. Considerando a renúncia – ou não – ao direito de preferência dos acionistas e a adesão – ou não – dos credores à opção de pagamento por conversão de dívida em participação acionária, pode-se realizar um segundo – e um terceiro, e assim por diante – aumento de capital para abranger a totalidade de créditos cujos titulares optaram pela capitalização;
- (vii) na hipótese em que um credor – ou grupo de credores –

não possa ou não tenha interesse em se tornar acionista da companhia, o plano de recuperação pode prever a atuação de um comissário para concretizar a venda das ações, seja na bolsa de valores, seja em mercado de balcão ou em outro ambiente de negociação. Uma vez realizada a venda, o valor obtido deve ser depositado na conta corrente indicada pelo credor; e

- (viii) por fim, nota-se que a operação de conversão de dívida em *equity* pode ser uma ótima forma da companhia em recuperação efetuar o adimplemento de suas obrigações, com a preservação de suas disponibilidades de caixa, de tal sorte a mitigar o comprometimento de sua saúde financeira.

L'IMPRESA AGRICOLA TRA DIRITTO AGRARIO E DIRITTO COMMERCIALE¹

AGRICULTURAL ENTERPRISE BETWEEN AGRICULTURAL LAW AND COMMERCIAL LAW

Monica Cossu

Sommario: Il Decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 228 ha profondamente innovato sia la fattispecie che a disciplina dell'impresa agricola italiana, modificando radicalmente l'art. 2135 del codice civile. Questa riforma è stata accompagnata, tra l'altro, da due decreti che hanno modificato la disciplina dell'impresa forestale (decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 227) e l'impresa ittica (decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 226). Per effetto di questa riforma, tutte le specie di coltivazione, incluse quelle condotte con metodo industriale, sono state classificate come attività agricole, anche nei casi in cui la coltivazione non è condotta nel fondo. Ogni attività di coltura, anche quando solo una fase del ciclo produttivo agrario è condotta sul fondo, è classificata come attività agricola. In termini di rapporto e reciproca distinzione tra impresa agricola e impresa commerciale, le conseguenze sono state devastanti. Lo stesso dogma dell'esenzione dell'impresa agricola dallo statuto speciale dell'impresa commerciale (e in particolare dal fallimento) è in discussione.

Parole chiave: Impresa agricola. Impresa forestale. Impresa ittica. Ciclo biologico. Distinzione tra impresa agricola e impresa commerciale.

¹ Artigo recebido em 30.08.2017 e aceito em 29.12.2017.

Abstract: The Legislative Decree no. 228, of 18 May 2001, has profoundly renewed both the model and the discipline of the Italian agrarian enterprise, radically modifying article 2135 of the Civil Code. This reform is accompanied, inter alia, by two decrees that have reformed the forestry enterprise (Legislative Decree No. 227 of 18 May 2001) and the fishing enterprise (Legislative Decree no. 226 of 18 May 2001). As a result of this reform, all kinds of cultivation and farming activity, including industrial crops, are classified as agrarian activities, even if they aren't being grown on the agricultural fund. Every cultivation activity, also that only one stage of the production cycle takes place over the land, is classified as agrarian activity. In terms of the relationship and reciprocal distinction between agricultural enterprises and commercial enterprises the consequences are disruptive. The same dogma of the exemption of the agricultural enterprise from the special statute of the commercial enterprise (from bankruptcy in particular) is at issue.

Keywords: Agrarian enterprise. Forestry enterprise. Fishing enterprise. Biological cycle. Distinction between agrarian and commercial enterprise.

Indice: 1. Premessa: lo *status quo ante*. 2. Le attività agricole principali nella nuova formulazione dell'articolo 2135 c.c. 3. Le attività connesse. 4. Dilatazione della fattispecie "impresa agricola" e suoi rapporti con lo statuto dell'imprenditore commerciale. 5. Conclusioni *de jure condito* e *de jure condendo*.

1. Premessa: lo *status quo ante*.

1. – È ben noto che la fattispecie "impresa agricola" di cui all'art. 2135 c.c. appariva, già alla vigilia della riforma che ci accingiamo brevemente ad esaminare, fortemente "dilatata" da interventi di leggi speciali che si erano stratificate nel corso del tempo anche in ragione di una crescente convergenza dell'impresa agraria, comunitaria come nazionale, verso un'economia di mercato.²

² BONFANTE, Guido; COTTINO, Gastone. L'imprenditore. In: BONFANTE, Guido; COTTINO.

Il primo elemento “erosive”, ma in qualche modo anche evolutivo, della nozione codicistica fu rappresentato dalla l. 3 maggio 1971, n. 419, sulla disciplina del commercio delle uova,³ riguardo alla quale la giurisprudenza immediatamente segnalò che aveva l’effetto di parificare l’avicoltore all’imprenditore agricolo.⁴ Successivamente la l. 5 dicembre 1985, n. 730 stabilì l’agrarietà delle attività agrituristiche,⁵ mentre la l. 5 febbraio 1992, n. 102 definì agricola l’acquacoltura⁶, in tal modo dirimendo un contrasto nell’ambito del quale la giu-

Trattato di diritto commerciale. Padova: Cedam, 2001, v. I, p. 473: “[...] la spinta ad accantonare la centralità dell’elemento fondiario nella produzione agricola è sembrata sempre più forte e quasi irresistibile a misura che si sono accentuati i ritmi delle trasformazioni tecnologiche, che l’impresa ha perfezionato i meccanismi di penetrazione sul mercato e che si sono diffuse nuove forme di attività collaterali e complementari a quella dell’imprenditore agricolo, quali le imprese di servizi (da quelle di organizzazione e assistenza tecnica alla produzione, a quelle di costruzione di strade e canali o di acquisto collettivo di macchine [...]). Considerazioni analoghe anche in COSTATO, Luigi. L’imprenditore agricolo e il mercato. *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, fascicolo I, 2001, p. 131 et seq. e spec. p. 142, dove si segnala lo spostamento del baricentro dell’azienda agricola dalla produzione alla vendita e la sua multifunzionalità. Sull’impatto del diritto comunitario in punto di “commercializzazione” dell’impresa agricola v. anche COSTATO, Luigi, *Note introduttive*, in *I tre “decreti orientamento”: della pesca e acquacoltura, forestale e agricolo. Commentario sistematico*. In: _____. *Nuove leggi civili commentate*. 2001, p. 668 et seq. Quanto, in particolare, al coinvolgimento del settore agricolo nel più ampio e generale processo di globalizzazione dei mercati v. ADORNATO, Francesco. I decreti legislativi di “orientamento” in agricoltura e il sistema del diritto agrario globale. In: CARPINO, Brunetto. *Scritti in onore di Giovanni Galloni*. Roma: Tellus, 2002, v. I, p. 6 et seq.

3 V. l’art. 2 della legge, secondo cui “i titolari di imprese avicole, singoli o associati, che dedichino direttamente e abitualmente, in modo prevalente, la propria attività o quella dei propri familiari all’allevamento delle specie avicole, sono considerati imprenditori agricoli”. La legge applica i regolamenti CEE nn. 1619/1968 e 95/1969.

4 Così, fra le altre, Cass., 15 maggio 1972, n. 1463, in *Giustizia civile*, 1972, I, p. 1178.

5 Le attività di ricezione ed ospitalità esercitate da imprenditori agricoli sono considerate esse stesse agricole in quanto siano in rapporto di connessione e complementarietà con una delle tre attività principali.

6 L’art. 1 della legge definisce acquacoltura la produzione di proteine animali in ambiente acquatico mediante il controllo, parziale o totale, diretto o indiretto, del ciclo biologico di sviluppo degli organismi acquatici; l’art. 2 precisa che l’attività di acquacoltura si considera a tutti gli effetti quale attività imprenditoriale agricola quando i redditi che ne derivano siano prevalenti rispetto a quelli derivanti da altre attività imprenditoriali non agricole esercitate dal medesimo soggetto. Al co. 2° di questo articolo è precisato ulteriormente che sono imprenditori

risprudenza si era attestata, prevalentemente, su posizioni contrarie al riconoscimento dell'agrarietà dell'attività in questione; ancora, la l. 23 agosto 1993, n. 349, riconobbe natura agraria alle attività cinotecniche, ossia di allevamento, selezione e addestramento di razze canine.⁷ Da ultimo, la l. 27 luglio 1999, n. 268, anche nota come "legge sulle strade del vino", incluse fra le attività agrituristiche la mescita del vino.⁸

Originariamente la presenza di uno statuto speciale dell'impresa agricola, con l'esenzione dal fallimento come dalla pubblicità legale e dall'obbligo di tenuta delle scritture contabili, costringeva la fattispecie, dati gli elementi di privilegio contenuti in questo statuto, entro confini molto angusti (quasi che l'opinabilità del privilegio inducesse una remora ad estendere oltre una certa misura il novero delle ipotesi sussumibili entro la fattispecie);⁹ ragione, questa, per la quale le ipotesi di agrarietà ultronee rispetto alla norma codicistica potevano strutturarsi come eccezioni alla regola, e divennero oggetto, come tali, di una speciale disciplina derogatoria.

Ebbe inizio perciò, nell'opinione di alcuni, un processo di "orientamento mercantilistico" del diritto agrario, in specie comunita-

agricoli, ai sensi dell'art. 2135 c.c., i soggetti, persone fisiche o giuridiche, singoli o associati, che esercitino l'attività di acquacoltura. Sulla nozione, riferibile in realtà all'acquacoltura come alle connesse attività di prelievo in quanto svolte in acque dolci o salmastre, interveni poi l'art. 9, l. 27 marzo 2001, n. 122, recante disposizioni modificative e integrative della normativa in materia agricola e forestale, che modificava l'art. 2, co. 2° l. n. 102 al fine di includervi l'acquacoltura esercitata in acque marine. La legge n. 122, come si può notare, è successiva all'entrata in vigore della legge delega sulla riforma dell'impresa agricola.

7 Sul punto v. CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto commerciale*: Diritto dell'impresa. Torino, 2013, v. I, p. 52, testo e n. 3.

8 L'attività di allevamento di razze canine si considera agricola in quanto l'allevatore abbia almeno cinque fattrici e produca annualmente almeno trenta cuccioli.

9 Dispone infatti l'art. 1, co. 3° della legge che "le attività di ricezione e di ospitalità, compresa la degustazione di prodotti aziendali e l'organizzazione di attività ricreative, culturali e didattiche, svolte da aziende agricole nell'ambito delle 'strade del vino', possono essere ricondotte alle attività agrituristiche di cui all'articolo 2 della legge 5 dicembre 1985, n. 730, secondo i principi in essa contenuti e secondo le disposizioni emanate dalle regioni".

rio ma anche nazionale,¹⁰ una cui tappa significativa sarebbe stata rappresentata dal trasferimento al Ministero dell'industria delle competenze agroalimentari, avvenuto con il d. legisl. 30 luglio 1999, n. 300.¹¹

2. Le attività agricole principali nella nuova formulazione dell'articolo 2135 c.c.

2. – L'art. 1 d. legisl. 18 maggio 2001, n. 228¹² definisce imprenditore agricolo chi sia dedito alla coltivazione del fondo, alla sil-

10 Sul punto cf. MASI, Pietro. L'imprenditore agricolo e l'evoluzione tecnologica dell'agricoltura. In: CARPINO, Brunetto. *Scritti in onore di Giovanni Galloni*. Roma: Tellus, 2002, v. I, p. 213 et seq.

11 Sul punto v. ADORNATO, Francesco, op. cit., p. 6 et seq., e v. anche p. 24, dove l'Autore osserva che i decreti di riforma del settore agricolo sembrano, da questo punto di vista, “[...] segnalare un processo, l'avvio di un percorso, diretto ad oltrepassare il codice, per costruire la base strutturata, ancorché prospettica, di un ordinamento *extra codicem* sistemico dell'impresa agricola, il cui insediamento, sia economico che giuridico, parte dal fondo per irradiarsi nel territorio, verso interessi extra agricoli, con un salto concettuale di non poco conto e dalle non irrilevanti implicazioni”. Nella stessa prospettiva anche COSTATO, Luigi. Criterio biologico e imprenditore agricolo. In: CARPINO, Brunetto. *Scritti in onore di Giovanni Galloni*. Roma: Tellus, 2002, v. I, p. 40, secondo cui il legislatore della riforma avrebbe inteso, “[...] nel tentativo di acquisire valore aggiunto all'imprenditore agricolo, [...] completare un percorso tendente a predisporre un sistema normativo che avvantaggi il settore agricolo rendendo ad esso comuni alcune attività del secondario, al fine di porre rimedio alle sue peculiarità negative [...]”. Ed in vista di questo obiettivo tralascia, dall'altra parte, “[...] di determinare i confini della materia in funzione di regole che riproducano la corretta distinzione fra il settore primario e gli altri [...]”. In termini analoghi si esprime anche BASILE, Eva Rook. *Vecchie categorie per nuovi modelli*. In: CARPINO, Brunetto. *Scritti in onore di Giovanni Galloni*. Roma: Tellus, 2002, v. I, 2002, p. 278 et seq., la quale in particolare rimarca l'erosione del modello codicistico di impresa agricola operata dal legislatore comunitario. Quanto al profilo del confronto fra la nozione di agricoltura emergente dal Trattato e quella propria del diritto interno v. GIUFFRIDA, Giuseppe. I recenti orientamenti normativi comunitari ed il “nuovo” imprenditore agricolo. In: CARPINO, Brunetto. *Scritti in onore di Giovanni Galloni*. Roma: Tellus, 2002, v. I, p. 51 et seq., che ravvisa a seguito della riforma del 2001 una maggiore convergenza fra le due fattispecie.

12 All'interno del decreto in questione, che è entrato in vigore il 1° gennaio 2000, l'art. 33 è dedicato alle competenze del novello ministero per le politiche agricole e forestali, succedaneo del ministero per le politiche agricole; sul punto v. COSTATO, Luigi, *Note introduttive*, op. cit., p. 670.

vicoltura o all'allevamento di animali, ossia ad attività rivolte alla cura e allo sviluppo di un ciclo biologico che utilizzano o *possono utilizzare* il fondo. Dispone, altresì, che si reputano comunque connesse le attività di manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione dei prodotti ottenuti *prevalentemente* dalla coltivazione del fondo o del bosco o dall'allevamento di animali; così come le attività di fornitura di beni o servizi mediante l'utilizzo *prevalente* di attrezzature o risorse dell'azienda agricola.¹³ Si è osservato che l'uso del verbo "possono utilizzare" come dell'avverbio "prevalentemente" produrrebbe il declino, rispettivamente, della nozione di attività agraria come della nozione di attività connessa. In effetti l'uso di entrambi, che da un lato rende (solo) eventuale il collegamento con il fondo per la definizione della fattispecie,¹⁴ e dall'altro,

13 Il decreto contiene norme di orientamento e modernizzazione del settore agricolo, ai sensi dell'art. 7 della legge 5 marzo 2001, n. 57, recante disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati, il quale conferisce la delega al Governo per emanare uno o più decreti legislativi "[...] contenenti norme per l'orientamento e la modernizzazione nei settori dell'agricoltura, delle foreste, della pesca, dell'acquacoltura e della lavorazione del pescato, anche in funzione della razionalizzazione degli interventi pubblici" (co. 1º). Tra gli obiettivi della delega vi è quello di "[...] promuovere [...] il sostegno e lo sviluppo economico e sociale dell'agricoltura, dell'acquacoltura, della pesca e dei sistemi agroalimentari secondo le vocazioni produttive del territorio, individuando i presupposti per l'istituzione di distretti agroalimentari, rurali ed ittici, di qualità ed assicurando la tutela delle risorse naturali, della biodiversità del patrimonio culturale e del paesaggio agrario e forestale": art. 7, co. 3º, lett. a). Si deve osservare, tuttavia, che per quanto la riforma valorizzi, per taluni versi, il ruolo delle Regioni in questo processo di modernizzazione del settore agricolo, sta di fatto che essa si muove nel solco della pregressa competenza ripartita Stato-Regioni in materia di agricoltura e non invece nella prospettiva di una competenza primaria ed esclusiva regionale in materia agricola, come risultante dall'art. 117 Cost., modificato per effetto della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, per la quale v. anche *infra*. Lo osserva, con riferimento al solo settore silvicolo, ABRAMI, Alberto. Attualità della materia "foreste". *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, n.49, feb. 2003, p. 40 et seq.

14 Più esattamente dispone il novellato art. 2135, co. 1º, cod. cib. che "è imprenditore agricolo chi esercita una delle seguenti attività: coltivazione del fondo, silvicoltura, allevamento di animali e attività connesse. Per coltivazione del fondo, per silvicoltura e per allevamento di animali si intendono le attività dirette alla cura ed allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque dolci, salmastre o marine. Si intendono comunque connesse le attività, esercitate dal medesimo imprenditore agricolo, dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione che abbiano ad oggetto prodotti

soprattutto, elimina il ricorso al tradizionale criterio di normalità, “[...] è talmente pregnante nel contesto in cui è inserito da stravolgere il concetto di impresa agricola [...]”.¹⁵

È di immediata evidenza che l’attività agricola di coltivazione o di allevamento viene ad identificarsi con lo svolgimento di un ciclo biologico di natura vegetale o animale ovvero (anche soltanto) di una fase di esso, ciò che risolve le molte questioni sorte in passato riguardo a fattispecie nelle quali visibilmente mancava “l’utilizzazione del terreno”;¹⁶ e si pensi, fra le altre, alle attività di allevamento in batteria,

ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo o del bosco o dall’allevamento di animali, nonché le attività dirette alla fornitura di beni o servizi mediante l’utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse dell’azienda normalmente impiegate nell’attività agricola esercitata, ivi comprese le attività di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, ovvero di ricezione ed ospitalità come definite dalla legge”.

15 BUONOCORE, Vincenzo. L’impresa. In: BUONOCORE, Vincenzo. *Trattato di diritto commerciale*. Torino: Giappichelli Editore, 2002, sez. I, t. 2.1, p. 569, ove l’Autore osserva da un lato che l’uso del verbo “possono” “[...] ha costituito la prima picconata ad uno dei pilastri sui quali era stata costruita la nozione di impresa agricola, e cioè l’indefettibilità del fondo agricolo come luogo di svolgimento dell’attività”; dall’altro che l’uso dell’avverbio “prevalentemente” non solo rappresenta una “[...] seconda picconata al fondo agricolo come base indispensabile per l’esercizio dell’attività, ma abbatte anche il secondo pilastro che sosteneva il concetto di attività connesse o, per essere precisi, di attività connesse tipiche quando, espungendo dal testo legislativo il criterio della normalità [...] vi sostituisce il criterio della prevalenza [...]”. Sulla progressiva perdita di centralità dell’elemento fondiario nel ciclo produttivo agrario v. LAZZARA; PARADISO, Massimo. *Azienda Agricola*. In: *Digesto disc. priv., Sez. civ., II, s.d.*, ma Torino: Utet, 1988, p. 27, dove gli Autori osservano il ridimensionamento del fondo inteso come superficie o tratto di terreno coltivabile: “[...] ovviamente il fondo rustico riveste pur sempre, nel tipo di azienda agricola più diffusa, un ruolo primario; ma la sua posizione è senz’altro più correttamente definita dall’inquadramento tra i beni aziendali che non dal ruolo di cosa principale cui le altre – le pertinenze – si collegano e rapportano”.

16 BUONOCORE, Vincenzo, op. cit., p. 569; BUONOCORE, Vincenzo. Il “nuovo” imprenditore agricolo, l’imprenditore ittico e l’eterogeneità dei fini. In: *Giurisprudenza Commentata*, 2002, I, p. 15 et seq., dove l’Autore osserva che l’uso dell’avverbio in questione abbatte il significato del criterio di connessione oggettiva, giacché in virtù del novello criterio della prevalenza “[...] istituzionalmente l’imprenditore può trasformare sia i prodotti provenienti dal proprio fondo sia i prodotti provenienti da altri fondi, ivi compresi quelli acquistati al mercato; e niente impedirebbe di qualificare imprenditori agricoli, senza particolari forzature ermeneutiche, coloro che, avendoli allevati, vendono cavalli da corsa, animali da pelliccia, animali esotici [...]”.

o anche di ingrassaggio di animali, e alla coltivazione vivaistica.¹⁷ In effetti, mentre permane il ricorso al termine di “allevamento”, che già sollecitò numerose questioni interpretative nella dottrina previgente,¹⁸ la scelta del sostantivo “animali” in luogo del previgente “bestiame” produce un effetto dirimpente sulla nozione di attività agricola di allevamento, giacche riferibile in pratica ad ogni specie vivente:¹⁹ pure se dubbi restano riguardo a talune specie prive di ogni collegamento anche solo potenziale con il fondo,²⁰ altri possono dirsi defini-

17 MASI, Pietro, op.cit., p. 215.

18 Sul punto v. CASADEI, Marco. *I tre “decreti orientamento”: della pesca e acquacoltura, forestale e agricolo, Commentario sistematico*. In: COSTATO, Luigi. *Nuove leggi civili commentate*. Padova: Cedam, 2001, p. 730, il quale ricorda come dette discussioni fossero state da taluni autori già risolte, nel regime previgente, in senso positivo, “[...] in armonia con le esigenze dello sviluppo tecnologico dell’agricoltura e con i principi della divisione e della specializzazione del lavoro”. Cf. BONFANTE, Guido; COTTINO, Gastone, op. cit., p. 477, che in considerazione del venire meno del necessario collegamento “fisico” con il fondo considerano allevatori di animali anche coloro che gestiscono un allevamento modello di suini o polli al chiuso nonché coloro i quali, dedicandosi al foraggiamento temporaneo dei capi in stalle, praticino commercio all’ingrosso di bestiame.

19 Sul punto v. ROMAGNOLI, Emilio. *Impresa Agricola*. In: *Digesto disc. priv., sez. comm.*, VII, s.d., ma. Torino: Utet, 1992, p. 127, che ricorda appunto come la stessa nozione di allevamento fosse oggetto di vivaci dibattiti in dottrina e in giurisprudenza. Dava luogo a particolari dispute proprio l’attività di ingrassaggio, ossia l’attività svolta dall’allevatore “[...] quando compera capi giovani e deperiti per rivenderli adulti e ingrassati [...]”, perché secondo una parte della dottrina “[...] l’intermediazione nello scambio svolta in ragione dell’allevamento del bestiame e per questo necessaria non è attività commerciale, ma agrarian”, mentre secondo altra parte “[...] l’attività di allevamento di cui all’art. 2135 comprende l’intero ciclo biologico, del quale è momento essenziale la riproduzione”.

20 In proposito si osserva che “[...] la sostituzione dell’espressione [...] ha non solo troncato ogni polemica, per la verità continua ed aspra, circa la possibilità di ampliare la nozione di ‘bestiame’ al di là degli animali da latte, lana, carne e lavoro, ma consente oggi di considerare imprenditore agricolo l’allevatore di ogni specie animale”: BUONOCORE, L’impresa, op.cit., p. 569. Nella realtà conta il fatto che le specie allevate debbono avere in qualche modo un’attinenza con il comparto agricolo, nel senso di potere essere allevate su un fondo: v. sul punto BONFANTE, Guido; COTTINO, Gastone, op.cit., p. 478, i quali osservano che se così non fosse anche la cura di uno zoo potrebbe essere considerata come attività di allevamento secondo la nuova nozione, il che è invece chiaramente da escludere; viceversa, la nozione di allevamento sembra estensibile, secondo gli aa., alla bachicoltura come all’allevamento di lumache e lombrichi.

tivamente risolti insensu positivo, come ad esempio quello sulla natura agricola dell'allevamento di cavalli da corsa, di cui si discuteva animatamente prima della riforma.²¹ Ma l'art. 1, d. legisl. n. 228/2001 non esaurisce la nozione di imprenditore agricolo, poiché l'art. 2, d. legisl. 18 maggio 2001, n. 226,²² definisce l'imprenditore ittico sostanzialmente quale *sub specie* di imprenditore agricolo²³ là dove, al co. 3o, prevede che "fatte salve le più favorevoli disposizioni di legge, l'imprenditore ittico è equiparato all'imprenditore agricolo".²⁴ Fermo restando che la norma in questo senso non brilla certo per chiarezza (così come, del resto, l'art. 8, co. 1o della legge delega), si ritiene che nel'ipotesi in cui l'imprenditore ittico si dedichi anche all'allevamento delle specie, questa "parificazione" abbia più esattamente il senso di un'identificazione,²⁵ dato che la onnicomprensività del concetto di "animali"²⁶ consente di ricomprendere nel termine anche ogni specie

21 Si ricorda che secondo il nuovo testo dell'art. 2135, co. 1o, c.c., sono attività essenzialmente agricole quelle dirette alla cura e allo sviluppo di un ciclo biologico che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque.

22 Per la soluzione negativa, che alla fine prevalse, formulata nel sistema antecedente la riforma si v. Cass., Sez. un., 25 novembre 1993, n. 11648, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 383 et seq.

23 Il decreto reca norme di orientamento e modernizzazione del settore della pesca e dell'acquacoltura, a norma dell'art. 7 della legge delega 5 marzo 2001, n. 57.

24 E in questo senso sembra esprimersi MASI, Pietro, op. cit., p. 227, pure se in termini di estensione dell'oggetto dell'attività agricola, piuttosto che di ampliamento della nozione di imprenditore agricolo.

25 Il co. 1º dell'articolo dispone che "è imprenditore ittico chi esercita un'attività diretta alla cattura o alla raccolta di organismi acquatici in ambienti marini, salmastri e dolci nonché le attività a queste connesse, ivi compresa l'attuazione degli interventi di gestione attiva, finalizzati alla valorizzazione produttiva e all'uso sostenibile degli ecosistemi acquatici". Critica la scelta dell'espressione "imprenditore ittico" CASADEI Marco, op. cit., p. 735: secondo l'Autore, infatti, questa qualificazione "[...] etimologicamente è riferibile solo ai pesci, mentre è ben noto che la pesca ha per oggetto anche altri gruppi di esseri viventi (ad esempio i crostacei e i molluschi). Per questo sembrerebbe preferibile il termine imprenditore pescatore [...]".

26 Si osserva in proposito: "se [...] equiparare significa rendere uguali cose nella loro essenza diverse, dalla norma in esame risulterebbe che imprenditori agricoli in senso stretto, o proprio, o pieno, sono solo i coltivatori e gli allevatori di animali non acquatici, mentre i silvicoltori, gli acquacoltori e i pescatori sono solo degli imprenditori equiparati a quelli agricoli. Oltre tutto l'art. 8, co. 1º, lett. a) della legge delega n. 57/2001 distingue imprenditori agricoli, imprenditori

ittica.²⁷ Ne discende che sembra possibile fare ricorso alla comune nozione di allevatore per intendere anche l'imprenditore ittico.²⁸ È vero che taluni lamentano un grosso "strappo" rispetto alla nozione originaria proprio per via delle somiglianze che da sempre si riscontrano fra pesca ed attività puramente estrattive,²⁹ e infatti da tempo si è osservata l'opportunità di distinguere fra (mera) *cattura* e *coltura* dei pesci, là dove nel secondo caso la cattura segue la piscicoltura o l'acquacoltura, ossia l'attività di coltivazione vera e propria.³⁰ Ma il

forestali e imprenditori ittici e include gli acquacoltori fra i primi, onde per cui, tutto sommato secondo l'interpretazione preferibile non sembra possa attribuirsi eccessivo rilievo a simili sfumature letterali, che compaiono anche in molti altri punti della legge di delega ove si elencano attività o aziende, giustapponendo alle agricole quelle acquicole, di pesca e forestali" (CASA-DEI, Marco, op. cit., p. 728).

27 V. *supra* nel testo.

28 Sembra volere valorizzare, invece, la distinzione fra le due fattispecie dell'imprenditore agricolo e dell'imprenditore ittico GIROLAMI, Matilde. *Art. 2. Imprenditore ittico, I tre "decreti orientamento": della pesca e acquacoltura, forestale e agricolo. Commentario sistematico*. In: COSTATO, Luigi. *Nuove leggi civili commentate*. 2001, p. 676 et seq. L'Autore si rifà sostanzialmente all'opinione a suo tempo formulata da CARROZZA, Antonio. Fondo di terra e fondo di acqua. *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, fascicolo II, 1994, p. 489 et seq., ove l'Autore osserva che, data la componente di allevamento che è propria della attività di pesca, "[...] non può revocarsi in dubbio il fatto che nella pesca, dovunque essa si svolga e comunque venga praticata, anziché un'attività di allevamento piscicolo si realizza un'attività di carattere estrattivo, come del resto si realizza nella caccia". In senso diverso, però, cf. OPPO, Giorgio. Sulla natura giuridica dell'impresa di pesca marittima. *Rivista di Diritto Agrario*, 1987, II, p. 393 et seq., ora in OPPO, Giorgio. *Scritti giuridici: Diritto dell'impresa*. Padova: Cedam, 1992, v. I, p. 204 et seq., dove l'Autore distingue fra: a) la semplice "cattura" del pesce, che rappresenta un'ipotesi di *occupazione*, nel senso di apprensione del prodotto, e come tale consiste in una forma di attività estrattiva; b) la "coltura" del pesce, là dove la cattura segue un'attività di piscicoltura ovvero di acquacoltura, la quale è certamente parificabile all'allevamento del bestiame di cui all'art. 2135 c.c.; c) la "pesca marittima", nella quale l'esercizio della nave prevale sulla pesca e conferisce anche a quest'ultima il crisma della commercialità.

29 Ciò ci consentirà, nel proseguo di questo lavoro, di includere nella nozione generale di imprenditore agricolo anche l'imprenditore ittico.

30 Si v. BIONE, Massimo. La nozione di imprenditore agricolo dal codice civile ad oggi. In: *La riforma dell'impresa agricola*, Atti del convegno di Foggia, 25-26 gennaio 2002, a cura di MOTTI e ABRIANI, p. 15 et seq., che ritiene visibile in questo allargamento uno strappo rispetto alla vecchia come alla nuova nozione contenuta nell'art. 2135 c.c., giusto il fatto che "[...] la pesca è ben lontana da quel concetto di cura e sviluppo di un ciclo biologico su cui riposa oggi l'aet

legislatore della riforma nonpare abbia inteso accogliere questo tipo di distinzione, dato che attribuisce la qualifica di imprenditore ittico (indifferentemente) a chi cattura o raccoglie organismi acquatici,³¹ e d'altra parte il legislatore comunitario, nell'includere la pesca fra le attività agricole, àncora la nozione di agricoltura non tanto "[...] al tipo di attività o al modo di produrre quanto invece alla tipologia dei prodotti [...]".³²

Quanto alla nozione di "organismi acquatici", di cui all'art. 2, co. 1o, d. legisl. n. 226/2001, essa offre all'interprete vistose problematiche definitorie, discutendosi in particolare se l'espressione si riferisca unicamente ad organismi viventi ovvero anche "[...] ad un resto di materiale di origine organica".³³

sequenza dell'agrarietà; chi si limita a catturare pesci o crostacei non coltiva né alleva, ma si limita a far propri prodotti spontanei della natura, né più né meno di chi si dedica alla caccia o esercita un'attività assai vicina alle attività estrattive [...]". D'altra parte, prosegue l'Autore, "[...] la pesca non è in alcun modo riconducibile a quella nozione di acquacoltura nella quale la legge 5 febbraio 1992, n. 102 ravvisa l'insieme delle pratiche volte alla produzione di proteine animali in ambiente acquatico mediante il controllo, parziale o totale, diretto o indiretto, del ciclo di sviluppo degli organismi acquatici".

31 OPPO, Giorgio. *Sulla natura giuridica dell'impresa di pesca marittima*, op. cit., p. 205, dove l'Autore osserva che solo la seconda fra le due attività presenta reali affinità con l'allevamento del bestiame.

32 Così il testo dell'art. 2, co. 1o, d. legisl. n. 226/2001 (v. *supra*, n. 22). E sul punto v. ora OPPO, Giorgio, *Introduzione ai lavori*, op. cit., p. 3 et seq.

33 Ad osservarlo è lo stesso BIONE, Massimo, op. cit., p. 17, il quale ricorda in proposito che l'art. 38 del Trattato CE definisce "prodotti agricoli" i prodotti del suolo, dell'allevamento e della pesca, pure se quest'ultima attività non è stata inserita nell'Accordo di Marrakesh del 15 aprile 1994, il cui atto finale diede vita al World Trade Organization ("WTO"). Su quest'ultimo punto v. BELLANTUONO, Domenico. L'acquacoltura come attività agricola tra normative comunitaria, nazionale e regionale. *Foro it.*, Milano, 2001, p. 2.738. Sulla nozione di impresa agricola in diritto comunitario v. R. ALESSI. *L'impresa agricola*. In: *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, XXVI, *Il diritto privato dell'Unione europea*, a cura di Tizzano, II, Torino: Giappichelli, 2000, p. 997 et seq., che in particolare evidenzia la difficoltà di ricostruire una nozione unica, che abbia cioè valenza comunitaria, dell'impresa agricola e segnala le incongruenze tra l'elenco dei prodotti agricoli contenuto nell'Allegato I e le categorie indicate nell'art. 38 del Trattato CE. Riguardo a quest'ultimo punto taluni osservano, tuttavia, che nella dottrina comunitaria assolutamente dominante non vi sono due distinte definizioni di prodotti agricoli, in quanto solo

Il decreto ha inoltre cura di precisare, all'art. 2, co. 4o, che “ai soggetti che svolgono attività di acquacoltura si applica la legge 5 febbraio 1992, n. 102, e successive modificazioni”. L'inciso ha il senso, prima di tutto, di confermare la distinzione concettuale tra attività di pesca e acquacoltura,³⁴ e in secondo luogo di significare la permanente vigenza della legge speciale sull'acquacoltura anche a fronte della riforma.

Va segnalata poi l'inclusione fra le attività agricole dell'arboricoltura da legno, espressamente menzionata nell'art. 2, d. legisl. 18 maggio 2001, n. 227, il quale peraltro, al co. 1o, parifica le nozioni di “foresta”, “bosco” e “selva”; parificazione che meriterebbe, in verità, una riflessione distinta, segnatamente sotto il profilo dell'identificazione delle fattispecie “bosco” e “foresta” che in realtà per taluni versi sono state tenute distinte dal legislatore.³⁵ In positivo si osserva, inve-

l'allegato ne fornisce una elencazione; scopo dell'art. 38 del Trattato, da questo punto di vista, sarebbe piuttosto quello di limitare oggettivamente l'elenco: NICOLETTI, Paola. Agricoltura e silvicoltura nell'art. 38 del Trattato CEE e nell'art. 2135 del codice civile italiano. *Giustizia Civile*, Milano, n. 2, v. 40, p. 417-433, 1990, p. 421.

34 Sul punto si sofferma in particolare GIROLAMI, Matilde, op. cit., p. 680, la quale si interroga, ad esempio, sulla possibilità di includere nella nozione in oggetto gli anfibi, la cui dubbia appartenenza ad una specie di organismi acquatici discende dal fatto che “[...] nella fase adulta abbiano una respirazione polmonare che permette loro di vivere anche fuori dell'acqua”. Difficoltà non minori presenta, sembrerebbe, la classificazione di coralli, ostriche perliere e conchiglie da madreperla, giacché “[...] per quanto riguarda in particolare il corallo, quello che si utilizza è niente più che un fossile, ma al momento della raccolta esiste ancora una parte apicale viva, quindi [...] potrebbe essere considerato organismo vivente ai fini dell'itticità dell'attività di raccolta. Per le perle, a parte la rarità della fattispecie, visto che normalmente nei nostri luoghi le perle si coltivano [...] in realtà ciò che si raccoglie è un mollusco vivo, e la perla fa parte dell'organismo vitale [...] Più difficile, invece, sarebbe includere nelle attività ittiche la raccolta di conchiglie *tout court* [...]”.

35 Distinzione sulla quale v. ibidem, p. 687, che pone a raffronto l'art. 2 d. legisl. n. 226/2001 e l'art. 1 l. 14 gennaio 1992, n. 102, là dove quest'ultimo definisce l'acquacoltura come “l'insieme delle pratiche volte alla produzione di proteine animali in ambiente acquatico, mediante il controllo, parziale o totale, diretto o indiretto, del ciclo di sviluppo degli organismi acquatici”. Dal confronto emerge che “l'acquacoltore è tale solo se la sua attività, volta alla produzione di proteine animali in ambiente acquatico, comporti da parte sua il controllo del ciclo vitale degli organismi. Dunque, le cure per favorire la crescita delle proteine sono l'elemento caratterizzante l'attività dell'acquacoltore, mentre non sono richieste per l'imprenditore ittico”.

ce, che da tempo si attendeva un'espressa considerazione, da parte del legislatore interno, del regime dei c.d. boschi a basso fusto, già espressamente ritenuti dal legislatore comunitario "alberi da legno".³⁶ Il decreto contiene anche norme volte a valorizzare la specificità della

36 Dispone, infatti, l'art. 2, co. 1o, che "agli effetti del presente decreto legislativo e di ogni altra normativa in vigore nel territorio della Repubblica i termini bosco, foresta e selva sono equiparati". Il co. 2o precisa che dovranno essere le regioni, entro dodici mesi dall'entrata in vigore del decreto, a stabilire la definizione di "bosco" valida per i territori di loro competenza. In ordine alla distinzione tra boschi e foreste v. SERRANO, Agustin Luna. Note per una introduzione al diritto agrario forestale. *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, fascicolo I, 1991, p. 302, dove l'Autore spiega lo scarso approfondimento della fattispecie "impresa silvana" proprio con la "[...] abituale presentazione della disciplina forestale da parte del legislatore stesso come solo parzialmente applicabile ai terreni forestali di proprietà privata". Cf. TAMPONI, Michele. Profilo odierno della proprietà forestale. *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, fascicolo I, 1984, p. 7 et seq., ove l'Autore evidenzia la distinzione concettuale fra il "terreno boscato" e la "foresta", là dove il primo termine designa indifferentemente qualunque "[...] bene popolato da vegetazione arborea [...]", mentre il secondo si riferisce ai soli beni soggetti alle limitazioni e controlli imposti dal diritto pubblico. Per alcune considerazioni sul punto v. COSSU, *Il "caso Marsilva", ovvero [...] il fallimento dell'impresa silvicola*, nota a Trib. Cagliari, 18 febbraio 1995, *ivi*, 1997, II, p. 309 et seq., ove si evidenzia la diversità di disciplina dell'impresa silvana rispetto all'impresa forestale, segnatamente per il fatto che solo la seconda è sottoposta ai vincoli, idrogeologici e di altra natura, imposti sia dalla legge forestale (r.d. l. 30 dicembre 1933, n. 3267) che dalla l. 8 agosto 1985, n. 431, di conversione del d.l. 27 giugno 1985, n. 312, anche nota come "legge-Galasso", recante disposizioni urgenti per la tutela delle zone di particolare interesse ambientale; e infatti questa legislazione, al fine di valorizzare la dimensione ecologica del bosco, ne comprime la funzione produttivo-imprenditoriale, ossia la produzione del legname. Questa distinzione ha portato parte della dottrina a distinguere le due fattispecie: v. LATESSA, voce *Foreste e boschi*, in *Noviss. Digesto it.*, VII, Torino, Utet, 1961, p. 561 et seq.; ABRAMI, Alberto. Boschi e foreste. *Digesto disc. pubbl.*, II, s.d., ma Torino, Utet, 1987, p. 387 et seq., dove l'Autore tiene distinti le foreste e boschi di proprietà pubblica da un lato e gli altri boschi dall'altro, così evidenziando che non l'intero patrimonio boschivo-forestale si identifica con l'oggetto dei vincoli di cui sopra e subisce le prescrizioni di polizia forestale in ordine al regime dei tagli, alla modificazione della destinazione colturale, alle utilizzazioni in genere. Ed ora v. anche, con riferimento alla riforma attuata dal d. legisl. n. 227/2001, ABRAMI, Alberto. *Attualità della materia "foreste"*, op. cit., p. 34 et seq., dove l'Autore valorizza, sul piano concettuale, la perdurante specialità dell'impresa selvicolturale rispetto a quella di coltivazione del fondo. Ritiene, invece, che le due fattispecie siano sostanzialmente coincidenti, quanto meno sul piano della disciplina, ANDREANI, Silvicultura. In *Enc. del dir.*, XLII, s.d., ma Milano, Giuffrè, 1990, p. 583 et seq., che osserva come la legislazione giuspubblicistica condizioni comunque e sempre il bene bosco anche quando a quest'ultimo sia assegnata una funzione produttiva (privata) piuttosto che una funzione protettiva (pubblica). Allo stato attuale della legislazione, concorda, poi, con la scelta di parificazione operata dal legislatore delegato GERMANÓ, Alberto. Commento

silvicoltura rispetto alle altre attività agrarie, e ad evidenziare la distinzione – sostanziale e conseguentemente normativa – fra boschi cedui e boschi ad alto fusto.³⁷ Ne risulta che la distinzione realmente rilevante, sul piano della fattispecie come della disciplina – e fatte salve le potestà di intervento regionale, che dopo la l. costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 risultano notevolmente incrementate,³⁸ non è quella fra boschi e foreste bensì quella fra boschi ad alto fusto e boschi da legno,³⁹ evidenziandosi la naturale attitudine (ri)produttiva dei primi,

agli artt. 1-14 del d. legisl. 18 maggio 2001, n. 227, orientamento e modernizzazione del settore forestale a norma dell'art. 7 della legge 5 marzo 2001, n. 57, in *I tre "decreti orientamento": della pesca e acquacoltura, forestale e agricolo. Commentario sistematico*. In: *Nuove leggi civili commentate*. COSTATO, Luigi. 2001, p. 714 et seq.

37 L'art. 2 d. legisl. n. 227/2001, in materia di "definizione di bosco e di arboricoltura da legno", dispone al co. 5o che "per arboricoltura da legno si intende la coltivazione di alberi, in terreni non boscati, finalizzata esclusivamente alla produzione di legno e biomassa. La coltivazione è reversibile al termine del ciclo colturale". Si è osservata, del resto, la differenza esistente, sotto il profilo oggettivo della capacità riproduttiva, fra bosco ad alto fusto e bosco ceduo: v. ROMAGNOLI, Emilio. *Boschi (dir. priv.)*. In *Enc. del dir.*, V, s.d., ma Milano, Giuffrè, 1959, p. 637 et seq.; cf. COSSU, *Il "caso Marsilva", ovvero [...] il fallimento dell'impresa silvicola*, op. cit., p. 316, testo e note.

38 L'art. 6 d. legisl. n. 227/2001 dispone, con una formula grammaticalmente un po' "alternativa", che "le attività selvicolturali sono fattore di sviluppo dell'economia nazionale di miglioramento delle condizioni economiche e sociali delle zone montane, nonché a sostegno di nuove opportunità imprenditoriali ed occupazionali anche in forma associata o cooperativa. Esse sono strumento fondamentale per la tutela attiva degli ecosistemi e l'assetto idrogeologico e paesaggistico del territorio". In ordine alla distinzione fra boschi cedui e boschi ad alto fusto, e alla diversità della loro considerazione legislativa, il co. 2 dell'articolo dispone che "ove non diversamente disposto dalle leggi regionali, è vietata la conversione dei boschi governati o avviati a fustaia in boschi governati a ceduo, fatti salvi gli interventi autorizzati dalle regioni ai fini della difesa fitosanitaria o di altri motivi di rilevante interesse pubblico [...]". Sulle peculiarità della silvicoltura rispetto alla coltivazione del fondo v. R. ALESSI, *L'impresa agricola. Artt. 2135-2140*, in *Il codice civile. Commentario*, a cura di Schlesinger, Milano, 1990, p. 99 et seq.; ABRAMI, Alberto, *Boschi e foreste*, op. cit., p. 387.

39 È noto che la legge in questione ha modificato il Titolo V della Parte II Cost. attribuendo alle Regioni una competenza primaria ed esclusiva in materia di agricoltura e foreste, e riservando allo Stato una competenza esclusiva in materia di ambiente ed ecosistema: v. sul punto ABRAMI, Alberto. *Attualità della materia "foreste"*, op. cit., p. 40. L'Autore si chiede, con particolare riferimento al d. legisl. n. 227/2001, "[...] cosa sopravviva di un decreto legislativo che ha inteso fissare i principi fondamentali della materia secondo i criteri di una competenza

che costituiscono l'oggetto della vera attività silvicola.⁴⁰ Questa interpretazione – peraltro avvalorata dal codice civile all'art. 989, co. 1o, che in materia di usufrutto contiene una specifica disciplina dei tagli⁴¹ – pare innovativa anche rispetto al diritto comunitario, posto che nell'Allegato I (già Annesso II) al Trattato CE, la produzione di legname non è contemplata fra le attività agricole propriamente dette.⁴²

concorrente”, *ivi*, p. 52. Giudica, altresì, auspicabile in questo senso un intervento della Corte costituzionale, al fine di sancire con chiarezza la distinzione fra la materia ambientale (che resta di competenza primaria ed esclusiva statale) e la materia silvicolo-forestale (che è divenuta ora di competenza primaria ed esclusiva regionale); distinzione che, notoriamente, non è mai stata agevole, riguardando beni cui sono sempre state assegnate una valenza, e conseguentemente una disciplina, “mista” pubblicistico-privatistica.

40 V. da ultimo GERMANÒ, Alberto. *Commento agli artt. 1-14 del d. legisl. 18 maggio 2001, n. 227, orientamento e modernizzazione del settore forestale a norma dell'art. 7 della legge 5 marzo 2001, n. 57*, op. cit., p. 721, il quale osserva che le coltivazioni da legno secondo gli stessi regolamenti comunitari “[...] non possono essere assorbite nella visione pubblicistica di protezione del suolo che le leggi forestali pongono in primo (e talvolta in esclusivo) piano. In altre parole, i popolamenti di alberi di siffatto genere pretendono un'interpretazione stretta della c.d. legge Galasso finalizzata alla salvaguardia degli interessi ambientali ed estetico-paesaggistici, dovendosi invece esaltare, nel procedimento ermeneutico, la considerazione della loro cura e gestione come *impresa* chiaramente *produttrice di legname*”, e perciò agricola più che silvicola.

41 Prosegue, ancora, l'art. 6, co. 2o, d. legisl. n. 227/2001, che “è vietato [...] il taglio a raso dei boschi laddove le tecniche selvicolturali non siano finalizzate alla rinnovazione naturale, salvo casi diversi previsti dai piani di assestamento regolarmente approvati e redatti secondo i criteri della gestione forestale sostenibile di cui all'art. 3, comma 1o, lettera *b*). Sono fatti salvi gli interventi disposti dalle regioni ai fini della difesa fitosanitaria o di altri motivi di interesse pubblico”. Dal tenore della norma sembrerebbe escluso, anche nella nuova disciplina, il taglio del bosco non orientato alla sua riproduzione. La questione è solletata da OPPO, Giorgio, *op. loc. ultt. citt.* Per un caso giurisprudenziale verificatosi nel vigore dell'art. 2135 c.c. vecchio testo si v. COSSU, *Il “caso Marsilva”, ovvero [...] il fallimento dell'impresa silvicola*, op. cit., p. 316 et seq. e, da ultimo, MASI, Pietro, op. cit., p. 217.

42 La norma dispone che “se nell'usufrutto sono compresi boschi o filari cedui ovvero boschi o filari di alto fusto destinati alla produzione di legna, l'usufruttuario può procedere ai tagli ordinari, curando il mantenimento dell'originaria consistenza dei boschi o dei filari e provvedendo, se occorre, alla loro ricostituzione”. V. anche l'art. 892 c.c., che in materia di “distanze per gli alberi” impone distanze minime, per la piantagione di alberi presso il confine, che sono diverse a seconda che si tratti di “alberi di alto fusto” (co. 1o, n. 1) ovvero di “alberi di non alto fusto” (co. 1o, n. 2); questi ultimi si identificano, appunto, con il bosco ceduo.

Nel complesso l'elencazione delle attività agricole fondamentali operata dal legislatore delegato sembra seguire il noto criterio c.d. "agrobiologico", che seleziona le ipotesi nelle quali si realizza la combinazione dell'attività umana con un processo vitale.⁴³ Come si è visto, tuttavia, all'interno di questo processo l'utilizzo delle risorse naturali del fondo – rustico, silvicolo o acqueo – può anche essere solo potenziale, e quindi è pure possibile che manchi qualunque collegamento fra ciclo biologico ed ambiente naturale.⁴⁴ Secondo una soluzione intermedia fra questa e la tesi più restrittiva (per la quale sarebbero agrarie solo le coltivazioni che utilizzino comunque una "porzione dell'ambiente naturale"), un limite interpretativo implicito sarebbe costituito dal fatto che può essere definita agricola solo l'attività di allevamento di piante o di animali – ivi comprese le specie ittiche – che eventualmente "[...] prescinda sì in concreto dall'utilizzo di tali beni strumentali naturali, ma che potrebbe anche utilmente realizzarsi – con i medesimi risultati produttivi – mediante lo sfruttamento di detti beni".⁴⁵ Ma ciò che più di tutto merita una riflessione e induce a ridimensionare gli entusiasmi per l'apparente adesione legislativa al criterio agrobiologico puro, è la constatazione della presenza nel nuovo art. 2135 c.c., accanto ad attività attualmente o potenzialmente agrarie, di "[...] ulteriori contenuti che nulla hanno a che fare con la cura di un ciclo biologico [...]".⁴⁶

43 In proposito v. COSTATO, Luigi. Una nuova figura: l'agricoltore professionale. *Rivista di Diritto Agrario*, fascicolo I, Milano, 1993, p. 493 et seq.; R. ALESSI, *L'impresa agricola*, op. cit., p. 1002. L'omissione viene comunemente spiegata con la logica c.d. "agroalimentare" che impronta la disciplina comunitaria dell'impresa agricola.

44 Da ultimo in argomento v. FORTUNATO, Sabino. La nuova nozione di impresa agricola. In: *La riforma dell'impresa agricola*. Milano: Giuffrè, p. 23; COSTATO, Luigi, *Criterio biologico e imprenditore agricolo*, op. cit., p. 33 et seq.; OPPO, Giorgio, *Introduzione ai lavori*, op. cit., p. 3 et seq.

45 L'ipotesi estrema è formulata ibidem, p. 9, il quale osserva come per questa via si giungerebbe a ritenere "[...]una inconsueta agrarietà dell'allevamento in laboratorio di batteri o di microrganismi, più in generale di organismi geneticamente modificati".

46 È la soluzione prescelta da FORTUNATO, Sabino, op. cit., p. 9.

3. Le attività connesse.

3. – Merita qualche considerazione distinta il tema delle attività agricole connesse. In proposito si è da subito osservato che la riforma, mantenendo fermo l'elemento soggettivo della connessione,⁴⁷ amplia di molto quello oggettivo, che ora è riferibile “[...] sia agli ulteriori interventi realizzati sul prodotto ottenuto dalla coltivazione del fondo (rustico e acqueo) [...] sia alla utilizzazione delle attrezzature e risorse dell’azienda agricola per la produzione di ulteriori beni e servizi [...]”. In questo senso potrebbe distinguersi fra una “connessione per prodotto agricolo” ed una “connessione per azienda (agricola)”, là dove la prima tende a valorizzare l’intero ciclo produttivo-distributivo del prodotto agricolo mentre la seconda, ossia la connessione “per azienda”, tende “[...] a sfruttarne la polifunzionalità strumentale nella produzione di beni e servizi ulteriori rispetto al prodotto vivente agrario o suoi derivati”.⁴⁸ Questi beni e servizi ulteriori, evidentemente, sono altro rispetto ai “[...] prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo o del bosco o dall’allevamento di animali [...]”.⁴⁹

47 BONFANTE, Guido; COTTINO, Gastone, op. cit., p. 468 et seq., i quali osservano che talune di queste attività hanno a che fare “[...] piuttosto con attività commerciali, di prestazione di servizi, manifatturiere afferenti sotto un profilo economico al comparto agricolo”.

48 Nel senso che si richiede nel soggetto agente lo svolgimento di una delle tre attività agricole principali (coltivazione del fondo o del bosco, allevamento del bestiame, ivi compreso il pescato); si riscontra, tuttavia, una “dilatazione” dello stesso criterio di connessione soggettiva nell’art. 8 d. legisl. n. 227/2001, dove è detto che si considerano (sono parificati agli) imprenditori agricoli pure le cooperative ed i loro consorzi qualora forniscano in via principale, anche nell’interesse di terzi, servizi nel settore della silvicoltura, ivi comprese le operazioni di sistemazione idraulico-forestale, e nell’art. 1, co. 2o d. legisl. n. 228/2001, dove si parificano agli imprenditori agricoli le cooperative fra costoro, ed i loro consorzi, qualora svolgano una delle attività agrarie utilizzando prevalentemente prodotti dei soci, ovvero forniscano ai soci beni o servizi. Sul punto v. anche *infra*.

49 FORTUNATO, Sabino, op. cit., p. 12, che riferisce l’eventualità della c.d. *connessione per azienda*, chiaramente, allo svolgimento di attività dirette alla fornitura di beni o servizi che si avvalgano prevalentemente di risorse o attrezzature dell’azienda; nello stesso senso ora OPPO, Giorgio, *Introduzione ai lavori*, op. cit., p. 3 et seq. L’Autore precisa che in tal modo “l’azienda

È discusso, poi, se l'ampliamento del novero delle attività – là dove, nel testo della norma, si parla di “manipolazione”, “conservazione”, “trasformazione”, “commercializzazione” e “valorizzazione” dei prodotti agricoli in luogo delle previgenti categorie di trasformazione e alienazione – abbia il senso di un reale incremento delle ipotesi di connessione oppure rappresenti in qualche modo un pleonasma, e sembra in effetti prevalere questa seconda interpretazione.⁵⁰

Non sembra facile, piuttosto, delimitare l'ambito delle attività connesse svolte dall'imprenditore ittico, posto che l'art. 3, d. legis. n. 226/2001 vi include il pescaturismo;⁵¹ l'ittiturismo;⁵² la prima lavorazione dei prodotti del mare; la loro conservazione, trasformazione, distribuzione, commercializzazione al dettaglio e all'ingrosso; le attività di promozione e valorizzazione che abbiano ad oggetto prevalentemente i prodotti della propria attività.⁵³ Quanto poi, in particolare, a pescaturismo e ittiturismo è da segnalare che l'art. 1 dell'Allegato al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 13 settembre 2002, attuativo della legge-quadro sul turismo nazionale (l. 29 marzo 2001,

diventa un criterio oggettivo di qualificazione dell'attività connessa, sposta la rilevanza sui *mezzi impiegati* e li rende rilevanti per la qualificazione dell'impresa [...]”. Con riferimento alla fattispecie “azienda agricola” v. LAZZARA; PARADISO, op. cit., p. 25 et seq.; sui rapporti fra azienda agricola e azienda commerciale v. IRTI, N. *Impresa e azienda agraria*, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, Torino, 1980, p. 636 et seq.

50 Art. 2135, co. 1o, c.c., nuovo testo.

51 In questo senso BONFANTE, Guido. *Le attività agricole per connessione*, in *La riforma dell'impresa agricola*, op. cit., p. 8-9; CASADEI, Marco, op. cit., p. 736; in senso opposto BUONOCORE, Vincenzo. *Il “nuovo” imprenditore agricolo, l'imprenditore ittico e l'eterogenesi dei fini*, op. cit., p. 17, che anzi osserva, in particolare, le potenzialità espansive insite nel concetto di “valorizzazione”.

52 L'art. 3, co. 1o, lett. a) del decreto definisce sinteticamente “pescaturismo” “l'imbarco di persone non facenti parte dell'equipaggio su navi da pesca a scopo turistico- ricreativo”.

53 L'art. 3, co. 1o, lett. b) del decreto definisce sinteticamente “ittiturismo” l'insieme delle “attività di ospitalità, di ristorazione, di servizi, ricreative, culturali finalizzate alla corretta fruizione degli ecosistemi acquatici e delle risorse della pesca, valorizzando gli aspetti socio-culturali del mondo dei pescatori, esercitata da pescatori professionisti singoli o associati, attraverso l'utilizzo della propria abitazione o struttura nella disponibilità dell'imprenditore [...]”.

n. 135)⁵⁴ espressamente menzionava entrambe le attività fra quelle “turistiche”, siano esse svolte o meno in forma di impresa (turistica). Si evidenzia, in ciò, un problema di mancato coordinamento, posto che il d. legisl. n. 226/2001 non menziona la legge-quadro sul turismo,⁵⁵ che pure era entrata in vigore appena due mesi prima. Si può però ovviare a questa lacuna estendendo in via interpretativa alla legge quadro sul turismo le qualificazioni giuridiche introdotte dal decreto legislativo n. 228/2001, e quindi qualificare pescaturismo e ittiturismo (se svolte in forma d’impresa) come attività connesse tipiche all’attività agricola di pesca.

Quanto alla connessione oggettiva, come si è accennato il criterio della “normalità” contenuto nell’vecchia versione dell’art. 2135 c.c. è stato sostituito da quello della “prevalenza”;⁵⁶ ciò vale per le attività (connesse) ittiche, di cui all’art. 3, d. legisl. n. 226/2001 come per quelle (connesse) agricole, di cui all’art. 2, d. legisl. n. 228/2001. Anche per la prima categoria dunque, come si è già osservato per la seconda, è necessario e sufficiente per la qualificazione delle attività

54 Quanto alla distinzione fra pescaturismo ed ittiturismo si segnala che essa è dovuta “[...] al maggior collegamento sussistente tra la prima e l’attività di pesca: mentre il c.d. pescaturismo coinvolge coloro che vogliono effettivamente sperimentare l’attività di pesca, anche se soltanto per qualche ora e a scopo ricreativo, il c.d. ittiturismo è, invece, destinato a convogliare su di sé l’interesse di coloro che anche senza, e oltre a, prendere parte alle uscite in mare aperto, vogliono avvicinarsi al mondo del mare e della pesca, fermandosi a soggiornare nell’abitazione del pescatore professionista o in altra struttura da lui adibita a tale finalità”: BOLOGNINI, Silvia. *Art. 3. Attività connesse a quelle di pesca*, in *I tre “decreti orientamento”: della pesca e acquacoltura, forestale e agricolo*, Commentario sistematico. In: COSTATO, Luigi. *Nuove leggi civili commentate*. 2001, p. 696 et seq.

55 Alla nuova legge-quadro n. 135/2001, di riforma della legislazione nazionale in materia di turismo, si è aggiunto nel frattempo il codice del turismo, contenuto nel decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79.

56 Segnala la lacuna ALBISINNI, Ferdinando. *Art. 3. Attività agrituristiche*, in *I tre “decreti orientamento”: della pesca e acquacoltura, forestale e agricolo*, Commentario sistematico. In: COSTATO, Luigi. *Nuove leggi civili commentate*. 2001, p. 752 et seq., che ulteriormente segnala come nell’art. 3 del decreto non si faccia alcun cenno alla l. 27 marzo 2001, n. 122, recante disposizioni modificative ed integrative alla normativa agricolo-forestale, che all’art. 23 disciplina l’ “ospitalità rurale familiar”. Quest’ultima norma introduce per la prima volta nel nostro ordinamento una definizione di “turismo rurale”.

(come) connesse che “[...] siano effettuate mediante l'utilizzazione prevalente di prodotti derivanti dall'attività di pesca o mediante il ricorso ad attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività ittica esercitata”.⁵⁷

Nel complesso, ciò che delimita l'ambito delle attività connesse è da un lato il fatto che siano svolte da un imprenditore agricolo, dall'altro il fatto che l'attività connessa si eserciti su prodotti o servizi provenienti prevalentemente dall'impresa agricola, ovvero – seguendo la bipartizione fra “connessione per prodotto” e “connessione per azienda” – dia luogo a prodotti o servizi ottenuti prevalentemente con l'ausilio dei beni strumentali che compongono l'azienda agricola.⁵⁸

All'ampio novero delle attività agricole connesse si aggiungono poi, secondo l'art. 3, d. legisl. n. 228/2001, le attività agrituristiche,⁵⁹ la cui nozione viene ulteriormente ampliata rispetto alla l. 5 dicembre 1985, n. 730,⁶⁰ poiché ora comprende anche le attività svolte “[...] all'esterno dei beni fondiari nella disponibilità dell'impresa”.⁶¹

57 Si v. MASI, Pietro, op. cit., p. 231; GIUFFRIDA, Giuseppe, op. cit., p. 53.

58 BOLOGNINI, Silvia, op. cit., p. 692.

59 Si v. BONFANTE, Guido. *Le attività agricole per connessione*, in *La riforma dell'impresa agricola*, op. cit., p. 6. Si osserva che fra criterio di “normalità” e criterio di “prevalenza” “la diversità è radicale perché, mentre la normalità era un criterio di riferimento al mercato e alla realtà del mercato, quindi un criterio oggettivo, il criterio di prevalenza è di riferimento alla singola impresa”: OPPO, Giorgio, *Introduzione ai lavori*, op. cit., p. 3 et seq.

60 Dispone l'art. 3, co. 1o, d. legisl. n. 228/2001 che “rientrano fra le attività agrituristiche di cui alla legge 5 dicembre 1985, n. 730, ancorche svolte all'esterno dei beni fondiari nella disponibilità dell'impresa, l'organizzazione di attività ricreative, culturali e didattiche, di pratica sportiva, escursionistiche e di ippoturismo finalizzate ad una migliore fruizione e conoscenza del territorio, nonché la degustazione dei prodotti aziendali, ivi inclusa la mescita del vino, ai sensi della legge 27 luglio 1999, n. 268. La stagionalità dell'ospitalità agrituristica si intende riferita alla durata del soggiorno dei singoli ospiti”.

61 Per un commento alla legge del 1985 v. MASI, Pietro. *Impresa agricola. Rivista di Diritto Agrario*, fascicolo II, Milano, 1987, p. 675 et seq.; per un esame delle diverse ipotesi di attività al confine fra connessione e commercialità, fra cui trebbiatura, motoaratura svolta dall'imprenditore agricolo per conto terzi, attività di sistemazione idraulico-forestale, v. MASI, Pietro, *Attività agricole e attività connesse*, ivi, 1973, II, p. 573 et seq.

Meritano una considerazione distinta l'art. 8, d. legisl. n. 227/2001, che contempla quale ulteriore categoria di attività connesse le ipotesi in cui le cooperative ed i loro consorzi forniscano in via principale, anche nell'interesse di terzi, servizi nel settore della silvicoltura, comprese le operazioni di sistemazione idraulico-forestale;⁶² e l'art. 1, co. 2o, d. legisl. n. 228/2001, che parifica agli imprenditori agricoli le cooperative fra gli stessi, e i loro consorzi, qualora svolgano una delle attività di cui all'art. 2135 c.c. utilizzando prevalentemente prodotti dei soci.⁶³ Le norme in questione ampliano visibilmente

62 Così il comma 1o dell'articolo. Si osserva, del resto, che già prima dell'attuale riforma molte leggi regionali prevedevano che dette attività fossero da considerare agrituristiche, sulla base di un'interpretazione estensiva del concetto di "ambito dell'azienda", ovvero considerandole come "attività agrituristiche innominate": ALBISINNI, Ferdinando, op. cit., p. 745. L'Autore osserva criticamente che la disciplina dell'impresa agrituristicistica di cui all'art. 3 del decreto inspiegabilmente non è coordinata con la l. 29 marzo 2001, n. 135, recante norme di riforma della legislazione nazionale sul turismo; ciò che sarebbe stato, invece, opportuno, tanto più perché questa legge è successiva all'entrata in vigore della legge delega sulla riforma dell'impresa agricola, ma anteriore rispetto al decreto n. 228/2001. L'omissione, così, finisce per contribuire all'inattuazione di alcuni degli obiettivi stabiliti nella legge delega, *ivi*, p. 753. Si riscontra inoltre, più in generale, un'esigenza impellente di riordino della legislazione in materia, che allo stato si compone, evidentemente, delle norme contenute nella legge del 1985, cui si uniscono le norme sul turismo rurale contenute nella legge-quadro sul turismo del 2001, la disciplina dell'art. 3 d. legisl. n. 228/2001 e l'insieme della legislazione regionale.

63 Dispone, infatti, l'articolo che "le cooperative ed i loro consorzi che forniscono in via principale, anche nell'interesse di terzi, servizi nel settore selvicolturale, *ivi* comprese le sistemazioni idraulico-forestali, sono equiparati agli imprenditori agricoli". Sul punto cf. le osservazioni di BONFANTE, Guido. *Le attività agricole per connessione*, op. cit., p. 4, che evidenzia il nesso fra questa innovazione e quell'accentuazione della polifunzionalità dell'impresa che rientra fra gli obiettivi del legislatore; MASI, Pietro, *L'imprenditore agricolo e l'evoluzione tecnologica dell'agricoltura*, op. cit., p. 230. Riguardo, invece, alle attività connesse di trasformazione e vendita svolte da cooperative e consorzi di imprenditori agricoli la dottrina previgente la riforma era divisa, ma la parte più consistente, assieme alla giurisprudenza prevalente, propendeva decisamente per la natura agricola per connessione di dette attività. Sul punto v., fra gli altri, MASI, Pietro, *Le attività connesse*, in *Manuale di diritto agrario italiano*, a cura di Irti, Torino, 1978, p. 108 et seq.; ROMAGNOLI, Emilio, *Impresa agricola*, op. cit., p. 130; R. ALESSI, *L'impresa agricola. Artt. 2135-2140*, op. cit., p. 177 et seq. Quanto alla relazione soggettiva fra cooperativa e soci propendono per la distinzione formale fra l'una e gli altri OPPO, Giorgio. *Materia agricola e "forma" commerciale*. In: *Scritti giuridici in onore di Carnelutti*. Padova: Cedam, 1959, ora in Id., *Scritti giuridici*, cit., I, cit., p. 95 et seq.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 1, Diritto dell'impresa*, op. cit., p. 54 et seq. Ritiene, invece, che l'ente agisca quale organo

l'ambito della connessione soggettiva; la seconda, inoltre, interviene su un tema controverso, quello della natura del c.d. "contoterzismo", optando per la qualifica in termini di attività connesse di quelle attività che siano svolte da una cooperativa la quale trasformi prodotti provenienti non da propri fondi ma da fondi dei soci, ovvero pure vendita o trasformi prodotti conferiti da estranei o acquistati sul mercato, così derogando in misura forte allo stesso criterio della connessione soggettiva che pure la riforma ha mantenuto fermo.⁶⁴ La norma, che è stata valutata con favore soprattutto in considerazione del peculiare legame che esiste fra ente e agricoltori membri entro questa particolare fattispecie associativa,⁶⁵ richiama l'attenzione sull'anno so problema dell'alternativa fra connessione tra attività e connessione tra imprese, e mostra di recepire, sul punto, l'orientamento di una parte della dottrina antecedente la riforma, fautrice dell'interpretazione più estensiva.⁶⁶

Resta poi da risolvere, anche per questioni di ordine sistematico, il problema della "tipicità" delle attività che prima della riforma erano disciplinate in leggi speciali (nonché il problema ulteriore della vigenza attuale di tutta la legislazione speciale antecedente la riforma):⁶⁷ è da chiedersi, cioè, se l'ampliamento del novero delle attività

comune dei singoli soci, risultando in tal modo l'attività dell'ente sostitutiva dell'attività dei soci, GIUFFRIDA, Giuseppe. *Le cooperative agricole (natura giuridica)*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 206 et seq.

64 Più esattamente, dispone l'art. 1, co. 2o, del decreto che "si considerano imprenditori agricoli le cooperative di imprenditori agricoli ed i loro consorzi quando utilizzano per lo svolgimento delle attività di cui all'articolo 2135 del codice civile, come sostituito dal comma 1o del presente articolo, prevalentemente prodotti dei soci, ovvero forniscono prevalentemente ai soci beni e servizi diretti alla cura ed allo sviluppo del ciclo biologico".

65 BUONOCORE, Vincenzo, *Il "nuovo" imprenditore agricolo, l'imprenditore ittico e l'eterogeneità dei fini*, op. cit., p. 19.

66 BONFANTE, Guido; COTTINO, Gastone, op. cit., p. 481, ma già BIONE, Massimo. *L'imprenditore agricolo*. In: GALGANO, Francesco. *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. Padova: Cedam, 1978, p. 509 et seq.; D'ADDEZIO, Mariarita. *Società agraria*. In: CARROZZA, Antonio. *Diritto agrario*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 810.

67 Sul problema in questione v. OPPO, Giorgio, *Materia agricola e "forma" commerciale*, op.

agricole connesse (tipiche) copra anche l'intero ambito di quelle attività che nel vigore del vecchio art. 2135 c.c. erano tali solo per un'espressa presa di posizione in tal senso da parte del legislatore speciale. Ad esse, infatti, si riconosceva, nella comune considerazione della dottrina, il requisito dell'atipicità in quanto non rientranti nella definizione dell'art. 2135 c.c.;⁶⁸ alla luce della nuova formulazione della norma, invece, molte di esse possono essere ricomprese a buon diritto nel novero delle attività connesse tipiche.

Non sorgono problemi, ovviamente, per i casi in cui sia lo stesso legislatore a prendere espressa posizione sul punto, richiamando la (previgente) legge speciale, com'è accaduto, pur se con qualche incongruenza, per l'agriturismo,⁶⁹ per l'acquacoltura⁷⁰ e anche per la

cit., p. 99, ove l'Autore sceglie la soluzione interpretativa per la quale il rapporto di connessione può instaurarsi solo fra le più attività di un'impresa unitaria, non invece fra più imprese, giacché il dato normativo parla di "attività agricole per connessione" e non di "imprese agricole per connessione"; grosso modo nello stesso senso BASSANELLI. *Corso di diritto agrario*. Milano: Giuffrè, 1946, p. 30, che ritiene ammissibile una connessione fra due imprese solo a condizione che siano esercitate dal medesimo soggetto. In senso contrario CIGARINI, Gaetano Petrelli. Le attività connesse e le imprese collettive. *Rivista di Diritto Agrario*, fascicolo I, Milano, 1969, p. 3 et seq. Sul tema cf. BUONOCORE, Vincenzo. *Attività agricole per connessione e forma associata*, in *Giur. comm.*, 1977, I, p. 60-61, testo e n. 12. L'Autore evidenzia, peraltro, come l'esito della questione venga fatto dipendere, da diversi autori, dalla circostanza che l'ente esercente l'attività connessa sia fornito o meno di personalità giuridica e opta per una soluzione secondo la quale "[...] la normalità di un'impresa collettiva, che eserciti l'attività di trasformazione e di alienazione dei prodotti agricoli degli associati, è data dal solo fatto della connessione oggettiva tra prodotti della terra e prodotti trasformati, nel senso che è impresa agricola per connessione quella che manipoli e venda *esclusivamente* i prodotti degli associati, indipendentemente dalle dimensioni dell'impresa stessa e con una più elastica considerazione del fattore tempo e del fattore luogo". Come si evidenzia sopra, nel testo, la riforma attuata consente di modificare queste conclusioni là dove riconosce la qualifica della connessione anche alle attività di trasformazione e vendita effettuate su prodotti conferiti da estranei oppure acquistati sul mercato.

68 V. *supra*, § 1.

69 Questa bipartizione non è del tutto coincidente, come si può notare, con quella che, nella dottrina civilistica, distingue il "tipico" dall'"atipico" sulla base della presenza o dell'assenza di una disciplina legale di rango primario, sia essa contenuta nel codice o anche (indifferentemente) in una legge speciale extracodicistica.

70 L'agriturismo, in realtà, da un lato è espressamente contemplato nell'art. 3 d. legisl. n.

mescita del vino.⁷¹ Negli altri casi, come si è già accennato a proposito dell'allevamento di cavalli da corsa,⁷² la soluzione preferita dagli interpreti, e che sembra preferibile, distingue a seconda che si tratti o meno di attività che vengono o possono essere svolte sul fondo.⁷³ Accade così che talune attività che prima non erano riconducibili, nell'opinione prevalente, alla nozione di agrarietà, sono giudicate ora agricole: così è, ad esempio, per le culture idroponiche ed aeroponiche, nonché per le coltivazioni fuori terra di piante e frutta, in quanto potenzialmente capaci – com'è più che evidente – di essere effettuate (anche) sul fondo.⁷⁴

Nella realtà è possibile che i motivi per cui non è agevole anche dopo la riforma – anzi lo è sicuramente meno rispetto alla disciplina previgente – individuare e delimitare l'ambito delle attività connesse⁷⁵ risiedano non soltanto in un dato di ordine “materiale”, ossia nel fatto che la nuova formula dell'art. 2135 c.c. allarga il novero delle attività connesse, ma anche nel venir meno del criterio di connessio-

228/2001, ciò che in sé deporrebbe per la tipicità della connessione, dall'altro continua ad essere soggetto alla legge del 1985, espressamente richiamata (e quindi fatta salva) dal medesimo art. 3, che in quanto legge speciale esterna rispetto alla norma definitoria codicistica aveva determinato una connessione normativa atipica.

71 Si v. l'art. 2, co. 4o, d. legisl. n. 226/2001.

72 Quest'ultima è espressamente menzionata, infatti, dall'art. 3, co. 1o, d. legisl. n. 228/2001.

73 COSTATO, Luigi. *I tre decreti legislativi di “orientamento” in campo agricolo, forestale e della pesca*. *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, fascicolo I, 2001, p. 225, ove l'Autore formula l'opinione che dovrebbero considerarsi abrogate la l. n. 102/1992 sull'acquacoltura; la l. 419/1971 sull'avicoltura; il d. legisl. n. 173/1998 sull'allevamento di cavalli, mentre dovrebbe dubitarsi dell'abrogazione della l. n. 126/1985 sui coltivatori di funghi (ritengono viceversa che abbia natura sicuramente agraria la coltivazione di funghi al chiuso BONFANTE, Guido; COTTINO, Gastone, op. cit., p. 477) e della l. n. 349/1993 sull'allevamento di cani, in quanto le corrispondenti attività non si svolgono né potrebbero svolgersi sul fondo. Resterebbe sicuramente in vigore la legge speciale sull'agriturismo, in quanto modificata dal d. legisl. n. 228/2001 sull'agricoltura e, in parte, anche dal d. legisl. n. 226/2001 sulla pesca.

74 BONFANTE, Guido; COTTINO, Gastone, op. cit., p. 477.

75 Sul punto si v. ADORNATO, Francesco, op. cit., p. 25.

ne e, conseguentemente, di quella *funzione giuridica individuante* storicamente assolta dal medesimo.⁷⁶

4. Dilatazione della fattispecie “impresa agricola” e suoi rapporti con lo statuto dell'imprenditore commerciale.

4. – La riforma ha avuto di mira l'ampliamento del concetto di agrarietà e l'ambito delle relative attività; da questo punto di vista sembra quindi che tutte le risalenti istanze in punto di “aggiornamento” della nozione codicistica abbiano trovato una risposta largamente superiore ad ogni aspettativa. Anzi, ancora più radicalmente, sembra che la riforma abbia inteso addirittura agrarizzare parte delle attività commerciali, a giudicare dall'ampio spazio riservato, entro il ciclo produttivo agrobiologico, alle attività manifatturiere e di produzione di beni e/o servizi anche diversi da quelli naturalmente agrari.⁷⁷

76 È questa la conclusione di BUONOCORE, Vincenzo, *L'impresa*, op. cit., p. 569, dove l'Autore osserva che è dubbia la permanente vitalità ed utilità della stessa distinzione fra attività agricole principali ed attività agricole per connessione: “[...] la naturalità della destinazione al mercato del prodotto, che si traduce poi nella vendita o nella distribuzione del prodotto nei mercati, non può conoscere distinzioni merceologiche, a meno che al termine “connessa” non si voglia dare una valenza meramente descrittiva, nel quale caso anche la vendita del prodotto industriale deve essere considerata attività connessa”.

77 Limitando l'esame alle sole attività agricole “fondamentali”, e quindi a coltivazione del fondo, silvicoltura, allevamento del bestiame e pesca, si potrebbe alternativamente ipotizzare che nulla sia mutato, pure dopo la riforma, dal punto di vista delle dimensioni della fattispecie. Considerando che il rischio biologico non è un elemento (individuante) della fattispecie giuridica “impresa agricola” (ritiene, però, che lo sia da un punto di vista socio-economico GALGANO, Francesco. *L'impresa, le società in genere, le società di persone*. Padova: Cedam, 2004, p. 62 et seq.), varrebbe, in questo senso, la considerazione che spetta comunque all'imprenditore agricolo determinare l'ampiezza del ciclo produttivo ed il numero delle sue fasi (e su questo punto v. GENOVESE, A. La nozione giuridica dell'imprenditore agricolo. *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, fascicolo I, 1992, p. 232). Ciò potrebbe voler dire che anche là dove l'imprenditore scelga di svolgere solo una parte del ciclo, ovvero scelga di svolgerla al di fuori del proprio fondo, egli resterebbe imprenditore agricolo e, prima ancora, che la fattispecie resterebbe impresa agricola.

È innegabile tuttavia che il tasso di “rarefazione” raggiunto dalla fattispecie in conseguenza della riforma – e in specie con riguardo alle attività agricole per connessione – è veramente molto alto:⁷⁸ ciò che realmente fa pensare non è il fatto che l’imprenditore agricolo possa intervenire anche soltanto su una fase del ciclo produttivo, bensì il duplice dato della *rilevanza (solo) eventuale del fondo* – dato che il legame con il fondo è sempre stato l’elemento che ha determinato l’agrarietà intrinseca delle attività “fondamentali” come l’agrarietà per connessione di certe attività di commercio – e l’enorme capacità espansiva concessa alle attività manifatturiere e di servizio dalla nuova lettera dell’art. 2135 c.c. Da questo punto di vista è centrale il problema dell’interpretazione sia del verbo “possono utilizzare”⁷⁹ (con riferimento al legame tra l’attività agricola e il fondo), e sia del nuovo criterio della “prevalenza”, che individua la misura della connessione in luogo della previgente “normalità”. Anche più dirompende, probabilmente, è poi il profilo della c.d. “connessione per azienda”,⁸⁰ di cui si è già detto.⁸¹

78 Anche a volere sostenere l’opinione più permissiva, infatti, bisogna riconoscere che manca, o quanto meno può mancare, da parte dell’imprenditore, lo svolgimento dell’attività che “[...] potenzia o dirige *la realizzazione del programma genetico, che ogni specie vegetale e animale possiede*”: GENOVESE, A., *La nozione giuridica dell’imprenditore agricolo*, op. cit., p. 233.

79 La scelta della formula è criticata, per la sua ambiguità, da COSTATO, Luigi, *Criterio biologico e imprenditore agricolo*, op. cit., p. 38, ove anche riferimenti alla formula, parzialmente diversa, che era utilizzata nel testo della proposta formulata dalla “Commissione Borroni”, coordinata da Adornato.

80 V. *supra*, § 3 e nt. 48.

81 E in proposito v. Trib. Milano, 14 maggio 2002 (decr.), in *Giur. it.*, 2002, p. 1655 et seq., con nota di VAIRA, *Brevi note in tema di cancellazione dal Registro delle imprese di società semplice e nuova disciplina dell’articolo 2135 c.c.* Il Tribunale giudica presente la c.d. “connessione per azienda” nello svolgimento, da parte della società semplice “Floricoltura Palmieri” (sulla legittimità della cui iscrizione nella sezione speciale il Tribunale si trovava a decidere), delle attività di “manutenzione di verde pubblico e private” e di “costruzione di giardini”; nega, invece, la qualifica di attività connesse alla “spalatura neve” e ai “lavori per piccoli scavi”. Da notare che il commentatore critica questa esclusione, ritenendo che anche queste ultime attività possano farsi rientrare nella nuova nozione di impresa agricola.

Al di là del giudizio critico che la riforma può sollecitare, è innegabile, dunque, che sul piano sostanziale della fattispecie si assiste ad un'accentuazione della multifunzionalità dell'impresa, agraria in senso stretto come ittica: la vera novità consisterebbe non già nell'adesione al criterio agrobiologico e, con esso, nella riconosciuta rilevanza della "cura di un ciclo biologico" quale fattore caratterizzante l'impresa agricola, bensì nel fatto, già rimarcato, che vengono ora in evidenza all'interno del ciclo produttivo d'impresa attività commerciali, di prestazione di servizi, manifatturiere afferenti sotto un profilo economico al comparto agricolo.⁸² Obiettivo primario del legislatore sembra essere, cioè, promuovere la crescita di un'*impresa agricola polifunzionale*,⁸³ là dove la *pluriattività* dell'impresa agricola attiene alla presenza nel ciclo produttivo di attività prettamente commerciali che sono *divenute* agricole nella considerazione legislativa. La conclusione di cui sopra pare avvalorata, per certi versi, sia dai contenuti della legge delega⁸⁴ che dalle più recenti linee evolutive della norma-

82 BONFANTE, Guido; COTTINO, Gastone, op. cit., p. 468; nello stesso senso cf. BUONOCORE, Vincenzo, *L'impresa*, op. cit., p. 566 et seq., il quale osserva che in agricoltura non meno che al di fuori dell'agricoltura "[...] siccome il prodotto non è fatto per rimanere nei magazzini dell'imprenditore, come è naturale che l'industriale lo venda, così appare altrettanto naturale che la medesima operazione la compia il coltivatore o il silvicultore o l'allevatore, a meno che egli non voglia far marcire frutta e verdura nei propri depositi o non voglia attendere la morte naturale dei suoi animali o preferisca che il suo bosco divenga inestricabile". Considerazioni analoghe vengono fatte, del resto, anche a proposito dell'imprenditore ittico: BOLOGNINI, Silvia, op. cit., p. 696.

83 Si veda, in proposito, l'art. 8, co. 1º, lett. d) della l. delega n. 57/2001, ove è stabilita, fra i criteri direttivi imposti al Governo, la "[...] previsione dell'integrazione delle attività agricole con altre extragricole svolte in seno all'azienda ovvero in luogo diverso dalla stessa, anche in forma associata o cooperativa, al fine di favorire la pluriattività dell'impresa agricola anche attraverso la previsione di apposite convenzioni con la pubblica amministrazione".

84 V. l'art. 7, co. 3º, lett. c) della l. delega n. 57/2001, dove è detto che fra gli obiettivi imposti al legislatore, in armonia con la politica agricola dell'Unione europea, vi è quello di "[...] ammodernare le strutture produttive agricole, della pesca e dell'acquacoltura, forestali, di servizio e di fornitura di mezzi tecnici a minor impatto ambientale, di trasformazione e commercializzazione dei prodotti nonché le infrastrutture per l'irrigazione al fine di sviluppare la competitività delle imprese agricole ed agroalimentari, soddisfacendo la domanda dei mercati ed assicurando la qualità dei prodotti, la tutela dei consumatori e dell'ambiente".

tiva in materia di agricoltura: si allude fra gli altri al già citato d. legisl. 30 luglio 1999, n. 300⁸⁵ ma in specie alle novità introdotte, rispettivamente, dall'art. 10, d. legisl. n. 228/2001 in punto di forme (consentite) per l'esercizio di impresa da parte di imprenditori agricoli d. "a titolo principale" (i.a.t.p.), e dall'art. 2 del medesimo decreto, in materia di estensione agli imprenditori agricoli degli effetti di pubblicità legale dell'iscrizione nel registro delle imprese.⁸⁶ L'iscrizione, com'è noto, era già prevista, con semplice effetto di pubblicità-notizia, dall'art. 8, l. 29 dicembre 1993, n. 580 e relativo regolamento di attuazione.⁸⁷ Quanto al primo punto, bisogna osservare che l'art. 10, d. legisl. n. 228/2001, aveva modificato l'art. 12, l. 9 maggio 1975, n. 153, estendendo l'accesso alle agevolazioni comunitarie previste a favore degli imprenditori agricoli individuali "a titolo principale" anche alle società

85 V. *supra*, § 1.

86 Ai sensi dell'art. 2, d. legisl. n. 228/2001 "l'iscrizione degli imprenditori agricoli, dei coltivatori diretti e delle società semplici esercenti attività agricola nella sezione speciale del registro delle imprese di cui all'articolo 2188 e seguenti del codice civile, oltre alle funzioni di certificazione anagrafica ed a quelle previste dalle leggi speciali, ha l'efficacia di cui all'articolo 2193 del codice civile". L'art. 2 del decreto attua l'art. 8, co. 1o, lett. d) della l. delega n. 57/2001, che prevede l'estensione del regime di pubblicità legale a soggetti ed attività agricoli. Per un commento v. CAGNASSO. L'iscrizione dell'imprenditore agricolo nel registro delle imprese. In: *Società*, 2002, p. 155 et seq. Fra gli effetti della riforma vi sarebbe anche l'abrogazione implicita dell'art. 2136 c.c. (inapplicabilità delle norme sulla registrazione), secondo il quale "le norme relative all'iscrizione nel registro delle imprese non si applicano agli imprenditori agricoli, salvo quanto è disposto dall'articolo 2200" (BONFANTE, Guido; COTTINO, Gastone, op. cit., p. 461).

87 L'art. 8, l. n. 580/1993, co. 4^o dispone che "[...] sono iscritti in sezioni speciali del registro delle imprese gli imprenditori agricoli di cui all'articolo 2135 del codice civile, i piccoli imprenditori di cui all'articolo 2083 del medesimo codice e le società semplici"; con la puntualizzazione che l'iscrizione nelle sezioni speciali, sul piano dell'efficacia, funge da certificazione anagrafica e pubblicità-notizia, mentre non produce gli effetti che l'art. 2193 c.c. ricollega all'iscrizione nella sezione ordinaria. Il regolamento di attuazione dell'articolo, contenuto nell'art. 7, d.p.r. 7 dicembre 1995, n. 581, venne modificato dall'art. 2, d.p.r. 14 dicembre 1999, n. 358, ai sensi del quale sono iscritti in un'unica sezione speciale del registro delle imprese gli imprenditori agricoli, i piccoli imprenditori e le società semplici. Ricostruisce i diversi passaggi normativi con specifico riferimento alla disciplina dell'impresa agricola BELVISO, Umberto. Il regime pubblicitario dell'imprenditore agricolo (la riforma di inizio secolo). *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, fascicolo I, 2002, p. 3 et seq., da cui si cita.

di persone e di capitali.⁸⁸ Sono stati così eliminati quei disincentivi all'impiego delle forme collettive di esercizio dell'impresa (diverse dalle cooperative e dalle associazioni fra imprenditori agricoli) che avevano sollecitato aspre critiche nei confronti della legge nella sua formulazione originaria.⁸⁹

88 L'originaria formula dell'art. 12, co. 1o, l. n. 153/1975 si riferiva, invece, ai soli imprenditori agricoli-persone fisiche: "si considera a titolo principale l'imprenditore che dedichi all'attività agricola almeno due terzi del proprio tempo di lavoro complessivo e che ricavi dall'attività medesima almeno due terzi del proprio reddito globale da lavoro risultante dalla propria posizione fiscale". Quanto all'esercizio dell'attività in forma associata, l'art. 13 della legge si limitava a considerare, quali possibili destinatari delle agevolazioni, le cooperative agricole e le associazioni fra imprenditori agricoli: "possono beneficiare delle provvidenze previste dal presente titolo, oltre alle persone fisiche, le cooperative agricole, costituite ai sensi della legislazione sulla cooperazione, le associazioni di imprenditori agricoli che presentino un piano comune di sviluppo per la ristrutturazione e l'ammodernamento aziendale o interaziendale anche per la conduzione in comune delle aziende, sempre che i soci ritraggano dalla attività aziendale almeno il 50 per cento del proprio reddito ed impieghino nella attività aziendale ed in quella associata almeno il 50 per cento del proprio tempo di lavoro". In argomento v. M. COSSU, *La discriminazione normativa fra imprenditori agricoli a titolo principale e il formalismo della Corte di Giustizia*, nota a Corte Giust. CE, sez. VI, 11 gennaio 2001, causa n. C-403/98, in *Riv. giur. sarda*, 2002, I, p. 20, testo e note. L'art. 10, co. 1o, d. legisl. n. 228/2001 così dispone: "all'articolo 12 della legge 9 maggio 1975, n. 153, è aggiunto, in fine, il seguente comma: le società sono considerate imprenditori agricoli a titolo principale qualora lo statuto preveda quale oggetto sociale l'esercizio esclusivo dell'attività agricola, ed inoltre: a) nel caso di società di persone qualora almeno la metà dei soci sia in possesso della qualifica di imprenditore agricolo a titolo principale. Per le società in accomandita la percentuale si riferisce ai soci accomandatari; b) nel caso di società cooperative qualora utilizzino prevalentemente prodotti conferiti dai soci ed almeno la metà dei soci sia in possesso della qualifica di imprenditore agricolo a titolo principale; c) nel caso di società di capitali qualora oltre il 50 per cento del capitale sociale sia sottoscritto da imprenditori agricoli a titolo principale. Tale condizione deve permanere e comunque essere assicurata anche in caso di circolazione delle quote o azioni. A tal fine lo statuto può prevedere un diritto di prelazione a favore dei soci che abbiano la qualifica di imprenditore agricolo a titolo principale, nel caso in cui altro socio avente la stessa qualifica intenda trasferire a terzi a titolo oneroso, in tutto o in parte, le proprie azioni o la propria quota, determinando le modalità e i tempi di esercizio di tale diritto. Il socio che perde la qualifica di imprenditore agricolo a titolo principale è tenuto a darne comunicazione all'organo di amministrazione della società entro quindici giorni".

89 C'è chi osserva, infatti, che questa "concessione" depone palesemente nel senso di fare emergere "[...] un'impresa polifunzionale che vede potenziate le sue possibilità anche dall'espressa facoltà di utilizzo di qualsivoglia forma societaria [...]": (BONFANTE, Guido, op. cit., p. 5). In argomento sia consentito rinviare a M. COSSU, *La discriminazione normativa fra im-*

A ciò si aggiunga che ai sensi dell'art. 9, d. legisl. n. 228/2001 gli imprenditori agricoli a titolo principale che divengano soci di società di persone mantengono la qualifica e non perdono i vantaggi previdenziali, fiscali e creditizi dalla stessa derivanti,⁹⁰ il che rappresenta un ulteriore incoraggiamento all'utilizzo dello strumento societario in agricoltura.⁹¹

prenditori agricoli a titolo principale e il formalismo della Corte di Giustizia, op. cit., p. 18 et seq. Nella fattispecie la Corte comunitaria veniva chiamata a pronunciarsi, ex art. 177 del Trattato, su due questioni pregiudiziali attinenti l'interpretazione dell'art. 2, n. 5 del regolamento CEE del Consiglio 12 marzo 1985, n. 797, relativo al miglioramento dell'efficienza delle strutture agrarie, e dell'art. 5, n. 5 del regolamento CEE del Consiglio 15 luglio 1991, n. 2328, modificativo del precedente. Nella sostanza la questione verteva sulla possibilità o meno di concedere ad un imprenditore agricolo costituito in forma di società di capitali, la "Monte Arcosu s.r.l.", le provvidenze previste dai citati regolamenti comunitari per gli imprenditori agricoli, posto che la legislazione nazionale e regionale sarda attuativa dei regolamenti stessi non prevede l'esercizio dell'attività in detta forma. La Corte rigettava il ricorso con il quale il Tribunale di Cagliari chiedeva una pronuncia interpretativa ai giudici comunitari, ritenendo che i regolamenti CEE invocati dalla società ricorrente non potessero essere applicati "[...] allorché il legislatore di uno Stato membro non ha adottato le misure necessarie per la loro esecuzione nel suo ordinamento giuridico interno". Ciò in quanto si tratta, nel caso specifico, di regolamenti privi del requisito dell'autoapplicabilità negli ordinamenti nazionali, testimoniata dal rinvio che gli stessi operano a norme nazionali esecutive. In mancanza di una legislazione regionale che regolaet regolasse espressamente la materia trovava applicazione, dunque, l'art. 13, co. 1o, l. 9 maggio 1975, n. 153 nella sua formulazione originaria (v. *supra*, n. 88).

90 Più esattamente, dispone l'art. 9, d. legisl. n. 228/2001 che "ai soci delle società di persone esercenti attività agricole, in possesso della qualifica di coltivatore diretto o di imprenditore agricolo a titolo principale, continuano ad essere riconosciuti e si applicano i diritti e le agevolazioni tributarie e creditizie stabiliti dalla normativa vigente a favore delle persone fisiche in possesso delle predette qualifiche. I predetti soggetti mantengono la qualifica previdenziale e, ai fini del raggiungimento, da parte del socio, del fabbisogno lavorativo prescritto, si computa anche l'apporto delle unità attive iscritte nel rispettivo nucleo familiare". Per un commento all'articolo v. CARMIGNANI, *Art. 9. Soci di società di persone*, in *I tre "decreti orientamento": della pesca e acquacoltura, forestale e agricolo*, op. cit., p. 804, la quale evidenzia, in particolare, come la norma in questione solleciti una rinnovata riflessione sul tema della distinta soggettività della società di persone e dei suoi soci.

91 Lo segnalano BONFANTE, Guido; COTTINO, Gastone, op. cit., p. 470, anche se, nell'opinione degli aa., la nuova normativa non andrebbe in direzione di un ammodernamento delle strutture agricole, poiché tale ammodernamento esige notevoli investimenti di capitali, mentre con la nuova disciplina "[...] si è voluto favorire lo sviluppo degli strumenti societari in agricoltura fra gli agricoltori limitando l'ingresso di capitali nel comparto agricolo provenienti in via

Nel frattempo l'art. 12 della legge 9 maggio 1975, n. 153 é stato abrogato dall'art. 1, comma 5-*quinquies* del d. legisl. 29 marzo 2004, n. 99, che ha eliminato la figura dell'imprenditore agricolo a titolo principale, sostituendola con l'imprenditore agricolo professionale (i.a.p.). Secondo l'art. 1 del d. legisl. 29 marzo 2004, n. 99, é imprenditore agricolo professionale (i.a.p.) colui il quale sia in possesso di conoscenze e competenze professionali ai sensi dell'articolo 5 del regolamento (CE) n. 1257/1999 del Consiglio, del 17 maggio 1999, e dedichi alle attivita' agricole di cui all'articolo 2135 del codice civile, direttamente o in qualita' di socio di societa', almeno il cinquanta per cento del proprio tempo di lavoro complessivo e che ricavi dalle attivita' medesime almeno il cinquanta per cento del proprio reddito globale da lavoro".

Tuttavia ciò non cambia per niente il quadro che abbiamo mostrato, perché praticamente l'imprenditore agricolo professionale sostituisce l'imprenditore agricolo a titolo principale. e l'art. 5-quater del d. legisl. 29 marzo 2004, n. 99 dice espressamente che "qualunque riferimento nella legislazione vigente all'imprenditore agricolo a titolo principale si intende riferito all'imprenditore agricolo professionale". Sia chiaro, dunque, il rapporto tra il diritto comunitario e il diritto nazionale: non tutti gli imprenditori qualificati agricoli secondo l'art. 2135 cod. civ. avevano i requisiti per essere qualificati "imprenditori agricoli a titolo principale" secondo il diritto comunitario; e adesso non tutti gli imprenditori qualificati agricoli secondo l'art. 2135 cod. civ. hanno i requisiti per essere qualificati "imprenditori agricoli professionali".

Quanto al al valore della pubblicità legale nel registro delle

prevalente da estranei a questo mondo", quasi che si volesse in qualche modo "lasciare l'agricoltura agli agricoltori", *ivi*, p. 481. Nel senso dell'opportunità di un ammodernamento del settore che passi anche attraverso l'utilizzo di schemi societari v. ROMAGNOLI, Emilio. L'impresa agricola. In: RESCIGNO, Pietro. *Trattato di diritto privato*. Torino: Utet, t. 2, 1986, p. 1.051; FANTOZZI, Augusto. Prospettive dello strumento societario in agricoltura (profili fiscali). *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, fascicolo I, 1993, p. 287 et seq., ove l'Autore esamina distintamente i vantaggi connessi alla scelta di ciascun singolo tipo di società.

imprese, stabilito dall'art. 2 del decreto – in tutto corrispondente al valore dell'iscrizione nella sezione ordinaria – c'è da dire che non essendo venute meno le ragioni che suggeriscono di differenziare lo statuto dell'imprenditore (anche) in ragione delle dimensioni⁹² il nuovo regime viene a creare entro il sistema, certamente, una distorsione.⁹³ È di dubbia costituzionalità, inoltre, un quadro normativo che differenzia “piccolo imprenditore agricolo” e “piccolo imprenditore commerciale” riguardo agli effetti dell'iscrizione (nella stessa sezione speciale!): effetti di pubblicità legale con conseguente opponibilità ai terzi degli atti e fatti iscritti per il piccolo imprenditore agricolo; semplice pubblicità anagrafica per il piccolo imprenditore commerciale.⁹⁴

92 BUONOCORE, Vincenzo, *L'impresa.*, op. cit., p. 588: qui l'Autore osserva che “[...] ferma restando la possibilità di indicare dei parametri per identificare piccole e medie imprese, la soluzione del problema giuridico delle dimensioni non consiste nel creare statuti privilegiati per categorie di piccoli o grandi imprenditori sulla base di parametri convenzionali o addirittura arbitrari e comunque non rispondenti alla realtà del mondo imprenditoriale, quanto quella di creare modelli diversificati di esercizio dell'impresa ispirati al criterio della dimensione e idonei a soddisfare le diverse esigenze che dalla dimensione stessa traggono vita”. Sembrerebbe che parlando di categorie imprenditoriali create sulla base di “parametri convenzionali o addirittura arbitrari” l'Autore voglia alludere allo statuto dell'impresa agricola all'indomani della sua riforma (v. *supra*, § 3). Quanto all'opportunità di “rivalutare” la distinzione fra piccola e medio-grande impresa commerciale anche ai fini della soggezione a fallimento si veda il recente disegno di legge modificativo della legge fallimentare approvato dal Consiglio dei ministri in data 10 marzo 2002, che propone l'abrogazione dell'art. 1, co. 2o, l. fall. e, con essa, della previsione per la quale la società commerciale non può mai essere considerata piccolo imprenditore. Per un commento v. PANZANI, Luciano. La miniriforma della legge fallimentare. *Fall.*, 2002, p. 469 et seq.

93 Sul punto v. MASI, Pietro, *L'imprenditore agricolo e l'evoluzione tecnologica dell'agricoltura*, op. cit., p. 232, dove l'Autore osserva come dalla lettura dell'art. 2 d. legisl. n. 228/2001 si ricavi l'impressione che “[...] la sostituzione degli effetti della iscrizione nella sezione speciale con quelli propri della iscrizione nella sezione ordinaria ponga i presupposti per un'equiparazione della disciplina pressoché totale, e non giustifichi in linea di principio una disparità di trattamento”.

94 Sul punto v. BELVISO, Umberto, op. cit., p. 13 et seq., dove l'Autore evidenzia il fatto che la riforma attuata dall'art. 2 d. legisl. n. 228/2001 estende l'efficacia dichiarativa dell'iscrizione nel registro delle imprese ai piccoli imprenditori agricoli operanti nei settori interessati dalla riforma (l'espressione “coltivatori diretti” è usata, infatti, nel testo dell'articolo quale sinonimo di “piccoli imprenditori agricoli”, giacché è questa l'interpretazione prevalentemente data all'art. 2083 c.c. là dove nomina i coltivatori diretti). L'Autore auspica che questo “sorpasso” fra disci-

In merito all'obbligo di iscrizione nel registro va detto infine che l'art. 4 co. 1 del decreto 228/2001 prevede che "gli imprenditori agricoli, singoli o associati, iscritti nel registro delle imprese, possono vendere direttamente al dettaglio, in tutto il territorio della Repubblica, i prodotti provenienti in misura prevalente dalle rispettive aziende, osservate le disposizioni vigenti in materia di igiene e sanità".

Ora, è vero che l'art. 2 della legge 25 marzo 1997, n. 77, prevede l'esenzione dall'iscrizione nel registro delle imprese da parte dei produttori agricoli che nell'anno solare precedente hanno realizzato o prevedono di realizzare (in caso di inizio attività) un volume di affari non superiore a 7000 euro. Tuttavia, il Ministero dello sviluppo economico ("MISE") con la Risoluzione 20 gennaio 2014, n. 8698, ha chiarito l'imprenditore agricolo che intenda vendere i propri prodotti su aree pubbliche è sempre obbligato a iscriversi nel registro delle imprese. In tale caso, dunque, l'esenzione non si applica.

Al di là di ciò va segnalato che secondo taluni autori la nuova disciplina sugli obblighi di iscrizione nel registro delle imprese agricole sarebbe sintomo dell'avvenuta commercializzazione dell'impresa agraria.⁹⁵ Altri osservano, meno marcatamente, che dal riconoscimento dell'efficacia dichiarativa all'iscrizione – già da tempo auspicata, del resto, da taluni commentatori della legge istitutiva del registro delle imprese⁹⁶ – dovrà necessariamente discendere, prima o poi, l'

plina della piccola impresa agricola e della piccola impresa commerciale duri solo il tempo sufficiente ad un adeguamento della seconda. In caso contrario "[...] la disparità di trattamento, che oggi appare dovuta a ragioni occasionali, probabilmente non volute, tra piccoli imprenditori agricoli e piccoli imprenditori commerciali, cristallizzandosi darebbe luogo a sospetti di incostituzionalità della parte ancora vigente dell'art. 8, comma 5o, della legge 29 dicembre 1993, n. 580". È da aggiungere che la medesima disparità è riscontrabile anche nel trattamento riservato alle società semplici esercenti attività agricole rispetto a quelle che esercitano attività di diversa natura, *ivi*, p. 36.

95 Si allude all'opinione di BUONOCORE, Vincenzo, *L'impresa*, op. cit., p. 569 et seq.; BUONOCORE, Vincenzo, *Il "Nuovo" imprenditore agricolo, l'imprenditore ittico e l'eterogenesi dei fini*, op. cit., p. 22 et seq.

96 Sullo specifico punto, già criticavano la scelta del regime di pubblicità-notizia per gli imprenditori agricoli come per i piccoli imprenditori e le società semplici MARASÀ, Giorgio; IBBA,

estensione all'impresa Agricola dello statuto dell'imprenditore commerciale, essendo comunque in corso un "processo di commercializzazione dell'agricoltura".⁹⁷

Ciò premesso è altrettanto evidente che una conclusione in termini di (già) avvenuta commercializzazione non può discendere automaticamente dall'adozione di un regime di pubblicità legale e non è sostenibile, pertanto, *de jure condito*.⁹⁸

Si può, però, osservare che non è da escludere, in una prospettiva di evoluzione normativa anche prossima, che le attività agrarie, (in quanto) divenute parte di rapporti di mercato nello specifico comparto agro-alimentare, possano essere introdotte "[...] a pieno titolo nell'area della commercialità",⁹⁹ con la conseguenza, in questo caso, che l'impresa agricola sarebbe sottoposta per intero allo statuto dell'impresa commerciale,¹⁰⁰ potendosi ritenere venuti meno, nell'i-

Carlo. *Il registro delle imprese*. Torino: Utet, 1997, p. 4 et seq., evidenziando come le finalità perseguite con il sistema di pubblicità commerciale risultassero gravemente compromesse dalla scelta di mantenere distinto, quanto agli effetti, il regime di iscrizione degli imprenditori che erano già tenuti all'iscrizione stessa nel sistema del codice, e il regime prescritto per gli imprenditori che entro quel sistema ne erano, invece, esonerati.

97 BIONE, Massimo, *La nozione di imprenditore agricolo dal codice civile ad oggi*, op. cit., p. 20. A livello sistematico sarebbe d'ausilio a questa ricostruzione, in qualche modo, il fatto che le tre direttive strutturali emanate dalla Comunità in materia di agricoltura, dalle quali è derivata la sopra menzionata l. n. 153/1975, prevedessero l'obbligo, per l'imprenditore agricolo, di tenere le scritture contabili. Lo ricordano BONFANTE, Guido; COTTINO, Gastone, op. cit., p. 466 et seq. Vanno sotto il nome di direttive strutturali le direttive nn. 159-161 del 17 aprile 1972, recanti norme di ammodernamento del settore agricolo in parziale applicazione del c.d. "Piano Mansholt", ossia del *Memorandum* sulla riforma della politica agraria comunitaria presentato al Consiglio della Commissione CEE il 18 dicembre 1968, ed elaborato ai sensi dell'art. 43, paragrafo 1 del Trattato CEE (ora art. 37 del Trattato CE). Per riferimenti anche bibliografici alle direttive strutturali (poi abrogate e sostituite dal regolamento del Consiglio n. 797/1985, del 12 marzo 1985), ed al loro rapporto con la l. n. 153/1975, v. M. COSSU, *La discriminazione normativa fra imprenditori agricoli a titolo principale e il formalismo della Corte di Giustizia*, op. cit., p. 19, testo e n. 1.

98 Sul punto v. meglio *infra*, § 5.

99 È la conclusione di FORTUNATO, Sabino, op. cit., p. 20.

100 BIONE, Massimo, *La nozione di imprenditore agricolo dal codice civile ad oggi*, op. cit., p.

potesi, gli elementi distintivi fra l'una e l'altra,¹⁰¹ e potrebbe sottrarsi al fallimento e alle altre procedure concorsuali solo in quanto sia anche piccola impresa.¹⁰² Una prospettiva di questo tipo, *de jure condendo*, significherebbe il venire meno di quella linea distintiva fra materia agricola e materia commerciale che il codice civile, nell'originaria formulazione degli artt. 2135-2140 c.c., aveva tracciato forse un po' rigidamente, condizionato dal retaggio della cultura giuridica antecedente l'unificazione fra codice civile e codice di commercio.¹⁰³ Ciò là dove si convenga che "[...] la scomparsa del fondo agricolo

20-21, ove è detto che all'iscrizione nel registro delle imprese con funzione di pubblicità legale è da ritenere che consegua "[...] l'estensione all'imprenditore agricolo di tutte quelle norme e regole che fanno riferimento al dato formale della registrazione anziché a quello sostanziale dell'oggetto dell'attività [...]"; fra queste, evidentemente, troveranno applicazione le norme sulla forma dei contratti di trasferimento d'azienda (art. 2555), sulla cessione dei crediti aziendali (art. 2559), sull'efficacia probatoria delle scritture contabili (artt. 2709-2711 c.c.). È questo, del resto, il traguardo che l'Autore già auspicava da tempo, insieme a parte della dottrina: cf. BIONE, Massimo, *L'imprenditore agricolo*, op. cit., p. 449 et seq.; ROMAGNOLI, Emilio, *L'impresa agricola*, op. cit., p. 935 et seq.

101 BUONOCORE, Vincenzo, *Il "nuovo" imprenditore agricolo, l'imprenditore ittico e l'eterogenesi dei fini*, op. cit., p. 22 et seq.; BUONOCORE, Vincenzo, *L'impresa*, op. cit., p. 565, dove l'Autore ritiene che "[...] sono ormai scomparse le ragioni che giustificano due statuti diversi per l'imprenditore agricolo e per l'imprenditore commerciale e, soprattutto, che è venuto il tempo di eliminare l'unica differenza normativa che [...] ancora divide le due categorie di imprese o, per essere più precisi, di uniformare le due discipline sancendo il fallimento per entrambe o per entrambe, ove questo fosse il trend normativo, escludendolo". L'Autore si riporta, sostanzialmente, all'opinione già espressa da Alessandro Graziani in ordine al fatto che la crescente complessità organizzativa delle imprese agricole non giustifica più l'esonero dallo statuto dell'impresa commerciale.

102 FORTUNATO, Sabino, op. cit., p. 20; BIONE, Massimo, *La nozione di imprenditore agricolo dal codice civile ad oggi*, op. cit., p. 22, che ricorda i vari progetti di riforma che a partire dagli anni '80 caldeggiarono l'estensione del fallimento all'imprenditore agricolo medio-grande; MAGGIORE, Giuseppe Ragusa. *Impresa agricola e procedure concorsuali. Rivista di Diritto Agrario*, Milano, fascicolo I, 1985, p. 401 et seq.; *contra* DI LAURO, Massimo. *Fallimento e imprenditore agricolo. Rivista di Diritto Agrario, Milano, fascicolo I, 1985*, p. 406 et seq.

103 In argomento v. OPPO, Giorgio, *Materia agricola e "forma" commerciale*, op. cit., p. 77 et seq.; MASI, Pietro. *L'impresa agricola tra diritto agrario e diritto commerciale. Rivista di Diritto Agrario*, Milano, fascicolo II, 1983, p. 469 et seq. Sull'inadeguatezza dell'art. 2135 c.c. quale norma definitoria dell'impresa agricola v. RIVOLTA, Gian Carlo. *Sull'impresa agricola: vitalità ed espansione di una fattispecie codicistica. Rivista di Diritto Agrario*, Milano, fascicolo I, 1989, p. 538.

come base imprescindibile per la qualifica di un'attività come agricola e la sostituzione del criterio della normalità con quello della prevalenza hanno sostanzialmente tolto anche quelle residue specificità che potevano, sia pure tra molte perplessità, giustificare statuti diversi fra imprenditori commerciali e imprenditori agricoli”, poiché fondati su un criterio di tipo meramente merceologico.¹⁰⁴

Punto di arrivo della prospettata evoluzione, in definitiva, sarebbe il venir meno della fattispecie “impresa agricola” e la sua confluenza entro una comune fattispecie di impresa (medio-grande) commerciale.

5. Conclusioni *de jure condito* e *de jure condendo*.

5. – Riassumendo le conclusioni finora raggiunte, da un lato la disciplina dell'impresa agricola sollecita una risposta chiara in ordine all'interrogativo se sia stata messa in discussione la fattispecie “impresa agricola”; dall'altro fa constatare che appare sempre meno giustificato sottrarre del tutto il comparto produttivo agroalimentare alla *lex mercatoria*,¹⁰⁵ giacché, ora più che mai, il settore attinge dal mercato

104 BUONOCORE, Vincenzo, *L'impresa*, op. cit., p. 566-567, dove l'Autore osserva che “[...] l'esame della nuova disciplina dell'imprenditore agricolo fa nascere il dubbio, invero più che fondato, che possa ancora utilmente distinguersi l'imprenditore agricolo dall'imprenditore commerciale sulla base dei criteri finora adottati e rende legittima la domanda se non sia il caso di formulare una diversa proposta [...] un'unica figura di imprenditore che eserciti professionalmente un'attività economica organizzata di produzione di beni, siano essi manufatti o prodotti del suolo [...]”. In senso contrario OPPO, Giorgio. Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano. *Rivista di Diritto Agrario*, Milano, fascicolo I, 1976, p. 591 et seq., ora in OPPO, Giorgio, *Scritti giuridici*, op. cit., p. 56 et seq.; ROMAGNOLI, Emilio, *L'impresa agricola*, op. cit., p. 943 et seq.; BIONE, Massimo, *L'imprenditore agricolo*, op. cit., p. 463 et seq.; RIVOLTA, Gian Carlo, op. cit., p. 543 et seq.

105 Evidenzia il rinnovato interesse scientifico, e prima ancora l'accresciuta rilevanza normativa, di una disciplina commerciale transnazionale GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 242, il quale allude ai principi del commercio internazionale elaborati da Unidroit come alla nuova *lex mercatoria*, la cui funzione è in qualche modo paragonabile a quella che venne assolta dall'antico Digesto.

ed è ad esso collegato non meno delle attività tradizionalmente considerate “di commercio”.¹⁰⁶ È più che mai attuale, in questo senso, la constatazione – risalente, del resto – che in un’economia di mercato anche i prodotti agricoli, del suolo come della pesca, possono avere una vocazione autenticamente “commerciale”, e in questa eventualità la loro produzione non può prescindere dallo scambio.¹⁰⁷

Un altro “nodo” nella riforma è spiegare il dato normativo, già illustrato, dell’inclusione delle imprese agricole nel novero delle imprese soggette a registrazione, *ex art.* 2195 c.c.

Anche a voler sostenere che con la riforma il legislatore avrebbe compiuto un primo passo in direzione di una integrale (e generale) commercializzazione dell’impresa agricola, questa tesi non potrebbe comunque essere provata unicamente sulla base del nuovo regime di pubblicità legale, posto che la fattispecie “impresa commerciale” e la fattispecie “impresa soggetta a registrazione” nel nostro ordinamento non hanno mai coinciso: più esattamente, non coincidevano completamente entro il codice del 1942 e si distaccarono ancora di più con l’istituzione del registro delle imprese nel 1993, quindi ben prima della riforma dell’impresa agricola.¹⁰⁸ La verità è, dunque, che

106 Si v. GALGANO, Francesco, *Lex Mercatoria*, op. cit., p. 224 et seq., ove l’Autore, con riferimento al rinnovato vigore acquisito dagli scambi commerciali nell’era post-industriale, osserva che proprio il settore agroalimentare “[...] presenta una fenomenologia tanto vasta e multiforme da esprimersi in modi diversi a seconda che si tratti della distribuzione dei prodotti del suolo, o delle materie prime, trattate nelle borse merci mondiali, ovvero di prodotti agricoli o industriali avviati al dettaglio attraverso canali lunghi o canali corti, imprese succursalistiche, grandi organizzazioni commerciali o normale dettaglio [...]”.

107 Ibidem, p. 225: “[...] la grande distribuzione agroalimentare fa rivivere l’antica dipendenza del produttore dal commerciante come soggetto propulsivo del sistema economico [...]”.

108 Sul punto, con riferimento al sistema previgente l’istituzione del registro delle imprese v. per tutti OPPO, Giorgio, *Materia agricola e “forma” commerciale*, op. cit., p. 116 et seq., dove l’Autore spiega come le due nozioni non si identifichino, e argomenta sull’alterità concettuale fra “impresa commerciale” e “impresa soggetta a registrazione” anche in considerazione dell’art. 2200 c.c., a norma del quale le società di forma commerciale sono soggette all’iscrizione anche se non esercitano un’attività commerciale (laddove l’art. 2195, viceversa, è erroneamente intitolato alle imprese commerciali e alle *altre* imprese soggette a registrazione mentre invece è

l'iscrizione nel registro, da questo punto di vista, si pone quale element estrinseco rispetto alla natura, agricola o commerciale, dell'attività;¹⁰⁹ proprio la riforma, del resto, nell'imporre l'iscrizione con effetti di pubblicità legale alla società semplice, ossia all'unico tipo societario non utilizzabile per l'esercizio di attività commerciali,¹¹⁰ conferma questo dato sistematico.¹¹¹ Quanto all'ulteriore assunto proprio della tesi esaminata, e quindi alle altre conseguenze che dovrebbero determinarsi *de jure condendo*, nel senso dell'unificazione normativa delle due fattispecie, non va dimenticato che l'obbligo di tenuta delle scritture contabili può discendere solo da un'espressa volontà legislativa, giacché l'art. 2214 rinvia all'art. 2195 c.c. ed è dunque applicabile alle sole imprese commerciali o di forma commerciale, fermo restando che sin d'ora le scritture possono essere facoltativamente tenute da qualunque imprenditore soggetto ad un obbligo di pubblicità le-

dedicato alle sole imprese commerciali). Nello stesso senso cf. di recente BELVISO, Umberto, op. cit., p. 9 et seq., che riprendendo espressamente l'opinione formulata da Oppo sul punto sottolinea come “[...] il discorso sul registro delle imprese non può essere del tutto confuso con quello degli altri istituti rientranti nello statuto del (grande) imprenditore commerciale [...]”, poiché già al tempo della codificazione del 1942 il legislatore, piuttosto, sembrò propenso “[...] a presentare il registro delle imprese come registro di tutte le imprese, a ben guardare estraneo per le funzioni che ad esso si volevano attribuire alla storia del diritto della classe mercantile, istituto più che dell'imprenditore commerciale dell'imprenditore in generale”. E infatti, con specifico riferimento al quadro che si impenna sulla l. 29 dicembre 1993, n. 580 e all'ampliamento del novero degli imprenditori soggetti a registrazione dal medesimo risultante, v. MARASÀ, Giorgio; IBBA, Carlo, op. cit., p. 76.

109 OPPO, Giorgio, *Materia agricola e “forma” commerciale*, op. cit., p. 127 et seq.

110 Sullo specifico punto, e con particolare riguardo al potere del conservatore del registro delle imprese di richiedere al giudice del registro l'ordine di cancellazione dell'iscrizione (già avvenuta) di una società semplice il cui oggetto sociale risulti essere commerciale piuttosto che agricolo v. Trib. Milano, 14 maggio 2002 (decr.), op. cit. La pronuncia in questione rappresenta la prima applicazione giurisprudenziale della nozione riformata di imprenditore agricolo, e offre l'occasione per richiamare il dibattito sul riconoscimento, in capo al Conservatore del registro delle imprese, del potere di valutare la validità sostanziale dell'atto da iscrivere (nella fattispecie, dell'atto costitutivo di una società semplice): VAIRA, op. cit., p. 1655.

111 Sull'efficacia di questa iscrizione v. cenni in SPADA, Paolo. Schegge di riforma del diritto delle società di persone. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 48, n. 3, p. 347-363, magg./giugno, 2002, p. 351.

gale e dunque anche, allo stato, dall'imprenditore agricolo.¹¹² Considerazioni analoghe valgono per le norme in materia di rappresentanza commerciale, nel senso che in mancanza di un intervento legislativo che ne sancisca espressamente l'applicazione non si può parlare di un'estensione di quelle norme all'imprenditore agricolo, anche se sussiste fin d'ora una libertà di costui nel senso di dotarsi di rappresentanti i cui poteri siano in tutto *corrispondenti* a quelli dell'institore, del procuratore o del commesso.¹¹³ Queste considerazioni chiariscono che un'applicazione parziale dello statuto dell'imprenditore commerciale di per sé non altera la fattispecie "impresa agricola",¹¹⁴ né ha la capacità di "trasformarla" in un'impresa commerciale qualora questa applicazione realizzi l' "[...] estensione di regole o di istituti [...] fondati non sull'elemento sostanziale dell'oggetto dell'attività imprenditrice ma su quello formale della soggezione a pubblicità".¹¹⁵

È da escludere, insomma, che un fattore estrinseco, quale l'estensione all'imprenditore agricolo di norme dello statuto dell'imprenditore commerciale che in realtà prescindono dalla natura dell'attività esercitata, possa incidere sulla qualificazione della fattispecie,¹¹⁶ la quale non muterà se non quando, eventualmente, l'impresa agricola venga integralmente sottoposta allo statuto dell'impresa commerciale, con conseguente assorbimento nella relativa fattispecie.

Al di là del giudizio di merito che la riforma suscita, per via dello snaturamento della fattispecie e di un inusitato ampliamento del

112 OPPO, Giorgio, *Materia agricola e "forma" commerciale*, op. cit., p. 134, che ritiene sussistere in questo caso un'ipotesi di *efficacia probatoria di libri facoltativi*.

113 Ibidem, p. 139 et seq., ove l'Autore tra l'altro precisa che l'art. 2138 c.c., in materia di "dirigenti e fattori di campagna", non rappresenta un limite in questo senso: il tenore della norma testimonia, anzi, della "[...] libertà del preponente nella determinazione dei poteri rappresentativi", ossia del loro contenuto.

114 Si osserva, piuttosto, che questa estensione casomai può giovare all'impresa agricola, data la povertà del relativo statuto (Ibidem, p. 134 et. seq.).

115 Ibidem, p. 136.

116 Ci si rifà qui alle ipotesi "evolutive" avanzate in dottrina e richiamate sul finire del § 4.

novero di attività nelle quali questa si estrinseca, in mancanza di una espressa opzione legislativa per lo statuto dell'impresa commerciale (e restando dunque inalterata la qualificazione della fattispecie) continuerà pertanto a trovare applicazione lo statuto dell'impresa agricola, eventualmente integrato da elementi dello statuto dell'impresa commerciale, come accade ora per la pubblicità legale.

Al momento, l'unico dato sicuro, sul piano del diritto positivo, è che la fattispecie "impresa agricola" non solo esiste ma si è, anzi, tanto incredibilmente dilatata a discapito dell'impresa commerciale da indurre ad interrogarsi sull'opportunità di "[...] introdurre un concetto che meglio esprima la nuova realtà [...]".¹¹⁷

117 OPPO, Giorgio, *Introduzione ai lavori*, op. cit., p. 4.

**POR UM CALENDÁRIO PROCESSUAL NA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS – UMA
PROPOSTA PARA ALTERAÇÃO DA
LEI Nº 11.101/2005¹**

**A PROCEDURAL TIMETABLE IN THE JUDICIAL
REORGANIZATION OF COMPANIES – A PROPOSAL FOR
AMENDMENT OF THE LAW Nº 11.101/2005**

*José Marcos Rodrigues Vieira
Maria Celeste Morais Guimarães*

Resumo: Em face da edição do Código de Processo Civil de 2015, que trouxe como inovação, no artigo 191, a possibilidade de adoção, de comum acordo, do calendário para a prática dos atos processuais, este artigo propõe a alteração da Lei nº 11.101/2005, com o objetivo de se adotá-lo na Recuperação Judicial de Empresas com vistas a dar maior celeridade e efetividade ao processo. A possibilidade aberta pelo CPC de 2015 deve ser vista como oportunidade de as partes fixarem os prazos a que estão sujeitas; vez que o estabelecimento do calendário gera a dispensa da intimação para a prática de ato processual (parágrafo 2º). Na ausência do Comitê de Credores no processo de recuperação, ou a sua inércia em instituir o calendário, deve se reconhecer ao administrador judicial, como substituto processual, a iniciativa de propor ao juiz a sua adoção, visando aos fins sociais que caracterizam o instituto no país (artigo 47 da LRE).

¹ Artigo recebido em 22.08.2017 e aceito em 29.12.2017.

Palavras-chave: Calendário processual. Processo de Recuperação. Administrador Judicial.

Abstract: The Code of Civil Procedure (CPC) of 2015 brought the possibility of adopting, by mutual agreement, the timetable for the practice of procedural act, according to the innovation in *article 191*. In this sense, this article proposes the amendment of the Law nº. 11.101/2005, with the objective of adopting this innovation in the Judicial Reorganization of Companies with a view to accelerate and make the process more effective. The possibility opened by the CPC of 2015 should be seen as an opportunity for the parties to set the deadlines to which they are subject, once the establishment of the calendar generates the exemption of the subpoena for the practice of procedural act (*paragraph 2*). In the absence of the Committee of Creditors in the judicial reorganization proceeding, or its inertia in setting the timetable, the judicial administrator must have the initiative to propose to the judge its adoption, aiming at the social purposes that characterize the institute in Brazil (*article 47 of the Company Rehabilitation Law*).

Keywords: Procedural timetable. Judicial Rehabilitation Process. Judicial Administrator.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da adoção do calendário processual no CPC de 2015. 3. Da adoção do calendário processual na Recuperação Judicial: vantagens. 4. Da adoção do calendário processual na Recuperação Judicial: obstáculos. 5. Da adoção do calendário processual na Recuperação Judicial: soluções. 6. Das funções do Administrador Judicial na Recuperação Judicial de Empresas. 7. Conclusão.

1. Introdução.

Está em curso no Ministério da Fazenda, sob a coordenação de uma equipe de juristas, uma Proposta de Alteração da Lei de Falência e Recuperação Judicial de Empresas, a Lei nº 11.101/2005. Ape-

sar de contar com pouco mais de 10 anos de vigência, a LRE, como é conhecida, precisa mesmo ser alterada em vários pontos, até porque, com a edição do Novo Código de Processo Civil, muitas dúvidas surgiram na sua aplicação em contraposição com a norma geral processual.

O CPC de 2015 instituiu o *justo processo legal*, que inclui a tutela jurisdicional diferenciada para adequação ao direito material e a celeridade, como suas características essenciais.

Nem o procedimento pode ser *rígido*, dadas as peculiaridades da empresa em recuperação, a impor atos processuais próprios e, se necessário, sob a inversão de trâmites, nem os prazos podem ter o *curso geral*.

Em tema de prazos, pode haver a redução, ampliação ou adoção de termos iniciais ou finais diversos, até porque o processo comum não pode influenciar sua contagem, tratando-se de *procedimento especial*.

Daí a necessidade do calendário processual, objeto do negócio jurídico processual autorizado pela aplicação subsidiária do CPC de 2015 à Lei nº 11.101/2005. Por outro lado, o CPC amplia a substituição processual, *ex vi* do seu artigo 18, à autorização amplamente constante do ordenamento jurídico e não só de lei. Lembre-se, a propósito, que o CPC de 2015 alinhou os limites subjetivos da coisa julgada dos processos individuais a dos processos coletivos, ao estabelecer nesta, que não prejudique terceiros, podendo, todavia, beneficiá-los (artigo 506).

Ora, é do processo coletivo, por outro lado, a adoção da figura do substituto processual, dada a personificação dos interesses supraindividuais. Razoável, pois, *de lege ferenda*, sugerir-se a legitimação extraordinária do administrador judicial, no momento em que se cogita de introduzir na Lei de Falência e Recuperação Judicial de Empresas responsabilização do administrador judicial pelo não cumpri-

mento dos prazos da lei: circunstância, embora, sujeita a sucessos (para não se dizer de insucessos) àquele não imputáveis...

A atuação subsidiária do administrador judicial, na ausência de constituição do comitê de credores, leva a tal resultado. É que as responsabilidades do administrador judicial não se compadecem com a inércia dos credores, nem poderia restar o administrador judicial, por assim dizer, refém dos credores. Além disso, a falta de empenho do comitê de credores, a quem compete fiscalizar o procedimento, tem de ser suprida com audiência de cooperação, *ad instar* do que dispõe o artigo 357, parágrafo 3º, do CPC de 2015: em que o juiz, salvo acordo, superará a insuficiência da negociação e fixará o calendário, admitida a celebração sob a legitimação extraordinária do administrador judicial.

Para que surja a obrigação do administrador judicial, de negociar, propor ou reclamar a imposição de calendário processual, é preciso que, por inércia, ou por preclusão, não atue em tal sentido o comitê.

Assim, se não há comitê de credores, ou se havendo, o comitê não é proativo, impõe-se, por responsabilidade e sujeição do administrador a sanção, a obrigação de pedir a providência jurisdicional imprescindível à exequibilidade do Plano, atento ao artigo 4º do CPC de 2015 – do direito das partes à *solução integral do mérito* incluída a atividade satisfativa.

No momento, portanto, em que se cogita, na Proposta de Reforma da LRE, de estabelecer responsabilidades para o administrador por descumprimento de prazos no processo de recuperação, deve-se-lhe reconhecer o direito de dissentir, ou não ficar inerte em face da deliberação do comitê de credores e do devedor, partes no processo.

Como não lhe cabe participar de tal deliberação, a princípio, cumpre-lhe organizar o processo de modo a tornar superáveis os obstáculos ao curso dos prazos. Caso não haja comitê constituído, ou caso este não acorde, com o devedor em recuperação, o calendário –

única forma de se ultrapassar os obstáculos processuais ante a limitação do prazo geral do processo – investir-se-á o administrador judicial em substituto processual dos credores, para promover o cumprimento do calendário, mediante a homologação judicial de sua proposta de acordo com o devedor.

Urge se estabeleça regra legal em tal sentido, exatamente para se evitar a controvérsia sobre a legitimidade, tão encontrada em discussões sobre o conceito processual de parte e seus desdobramentos processual e material.

Tal situação não é estranha ou nova no ordenamento jurídico do país, em especial, no direito societário, em se tratando da ação de responsabilidade civil dos administradores nas sociedades anônimas, como se vê no artigo 159 e seus parágrafos 3º e 4º, da Lei nº. 6.404/76.

A intenção do legislador, ao assim dispor na lei societária, é a mesma que ora se propõe para a Lei nº 11.101/2005, ou seja, o atendimento aos fins sociais – que não podem ficar subjugados às formalidades processuais e à inércia dos credores.

Parece, por tudo, inegável a importância da fixação do calendário processual no processo de recuperação judicial, tanto no caso da OI, como de outras recuperações de empresas de grande porte, para as quais prazos rígidos não atenderiam ao justo processo legal, tampouco prazos elásticos à celeridade, princípios basilares, como vimos, do processo civil brasileiro.

A sugestão, portanto, é a de se prever na Lei a legitimidade do administrador judicial para propor no Processo de Recuperação Judicial a fixação de calendário processual, na ausência do comitê de credores ou, se constituído, ficar este inerte quanto à fixação do calendário processual.

Ante a proposta do administrador judicial, o juiz designará audiência, intimados o comitê de credores, caso constituído, e o devedor em recuperação, para celebração de negócio jurídico processual.

2. Da adoção do calendário processual no CPC de 2015.

As alterações legislativas implementadas pelo CPC de 2015, em especial a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais, já revela uma tendência de democratização do processo, adotando um direito mais eficiente e próximo da sociedade e da solução das demandas.

A evolução da sistemática processual civil no direito brasileiro direciona-se, assim, para a flexibilização do procedimento em prol da implementação de maior efetividade do processo, enquanto metodologia constitucional de concretização de direitos.

Como destaca Guilherme Henrique Lage Faria, “é evidente que o processo rígido e inflexível nem sempre oferta, com eficiência e celeridade, o que as partes desejariam para a solução de seu conflito”².

O artigo 191 do CPC de 2015 prevê que “de comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso”. A lei determinou, portanto, que o calendário “vincula as partes e o juiz”, de tal sorte que os prazos nele previstos somente poderão ser modificados em casos excepcionais e justificados (artigo 191, parágrafo 1º).

A possibilidade aberta pela lei deve ser vista como oportunidade de as partes fixarem os prazos a que estão sujeitas; tanto isso é verdade que o estabelecimento do calendário gera a sua dispensa da intimação para a prática de ato processual (artigo 191, parágrafo 2º).

Aí está a importância desta inovação! Não havendo a necessidade de intimação das partes para os atos processuais, ganha-se em celeridade e mitiga-se a ocorrência de nulidades no processo. Não se

2 FÁRIA, Guilherme Henrique Lage. A Calendarização do processo no Novo CPC. In: URBANO, Alexandre Figueiredo de Andrade; NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão; SANTIAGO, Rogério Vieira (Coord.). *Advocacia e Ética*: Novos Temas. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 554.

deve entender, contudo, que também para o juiz seriam estabelecidos prazos, que não aqueles já fixados pela lei ou, por outra forma, compatíveis com a tempestividade da jurisdição e a observância dos deveres funcionais do magistrado.

Como bem salienta Flávio Luiz Yarshell:³

As regras processuais convencionais, que alterem as opções feitas pelo legislador, devem ser pensadas como forma de trazer resultados relevantes para racionalização do processo. Por isso é que a lei falou em “mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa”.

A calendarização, também chamada de “*timing of procedural steps*”, isto é, criar um calendário ou estabelecer um cronograma, é assim uma das mais bem sucedidas alternativas de que se pode fazer uso no país para dar mais celeridade e efetividade ao processo. Ela faz com que a caminhada processual ocorra sobre um trilho e sob um ritmo definidos, abandonando-se, na feliz expressão de Eduardo José da Fonseca Costa, o *laissez faire*, *laissez passer* que sempre caracterizou o sistema adversarial: “Em verdade promove-se a delimitação imediata de uma expectativa temporal para a prolação da sentença e a partir daí, todas as etapas do procedimento passam a ser orientadas em função dessa expectativa”⁴.

Há que se fazer, ao final, uma distinção entre o *acordo de calendarização* e o *acordo de procedimento*. No acordo de procedimento, as partes definem quais atos praticarão, bem como a forma e a sequência desses atos, mas não vinculam necessariamente cada um deles a uma data-limite. Trata-se de algo similar a um “compromisso

3 YARSHEL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª ed. Salvador: JusPodium, 2016. p. 92.

4 COSTA, José Eduardo da Fonseca. Calendarização Processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª ed. Salvador: JusPodium, 2016. p. 480.

para-arbitral em juízo”, em que as partes chegam a um acordo acerca do procedimento que será adotado no processo. Por meio desse acordo, portanto, as partes celebram um negócio jurídico constitutivo de um formato procedimental. Daí por que o procedimento criado pelas partes é *especial*, mas não se tratando de um procedimento especial *in abstracto*, isto é, desenhado pela lei para situações gerais e abstratas, como por exemplo, Mandado de Segurança ou a própria Recuperação Judicial, mas de um procedimento especial *in concreto*, ou seja, construído episodicamente para um único caso determinado e singular.

Já o acordo de calendarização funciona muitas vezes como *pacto adjeto* a um acordo de procedimento, ou seja, após as partes inventarem um procedimento, podem elas submetê-lo a um cronograma e vincular a realização de cada ato a uma data-limite preestabelecida. Não por outra razão, o CPC de 2015 traz o acordo de procedimento no artigo 190 e a calendarização no artigo 191. Ainda assim, podem as partes decidir por não criar procedimento, mas aproveitar o procedimento padrão previsto em lei e vincular cada um dos seus atos a datas precisas.

Do que se conclui que a adoção do calendário é uma técnica de aceleração processual simples, de baixo custo normativo e de alta eficiência: simples, porque se consubstancia num mero ato inaugural fundante em que esteja previsto todo o cronograma do procedimento. De baixo custo normativo, pois não depende de lei para ser aplicada e de alta eficiência, visto que produz considerável celeridade eliminando os despachos de movimentação processual e as publicações na imprensa oficial.

3. Da adoção do calendário processual na Recuperação Judicial: vantagens.

As partes (por acordo) ou o juiz (por resolução) agendam a prática dos atos processuais para datas-limites, ao invés de serem as partes intimadas pelo juízo. E isto se dá em audiência de saneamento

em cooperação, ou antes, sob acordo dirigido à homologação. O término de um prazo automatiza a abertura do subsequente. Eliminam-se os tempos mortos e as sucessivas publicações.

Uma única intimação de todos os trâmites procedimentais, relativamente a cada sujeito processual. Esta é a vantagem do calendário!

O acordo em audiência propicia o controle dos riscos, mediante gestão compartilhada, podendo eventual dilatação de prazo ser neutralizada pela eliminação de tempos mortos. Como não pode, porém, qualquer das partes ser compelida a acordo, pode o juiz fixar unilateralmente o calendário. Pode-se ainda impor multa, pelo atraso total ou parcial.

Observa-se que o julgamento em ordem cronológica convive, no CPC de 2015, com o calendário. A nosso ver, e até pelo Projeto de Reforma da Lei nº 11.101/2005, que cogita de responsabilizar o administrador judicial por atraso no cumprimento de suas obrigações legais – a matéria da LRE refoge à ordem cronológica, podendo adiantar-se a esta. Até porque tal ordem cronológica não é absoluta, nem afasta prioridades.

Este é um conjunto de razões a se ponderar no estudo da calendarização.

Cuida-se de negócio jurídico processual típico (artigo 191, CPC de 2015). E, como tal, dirigido pela causa final – o cumprimento tempestivo do plano, a desincumbência das funções do administrador judicial, com o término útil do procedimento em primeira instância. Permite-se a modificação excepcional do calendário, novamente por acordo entre as partes e o juiz, sem prejuízo do resultado global.

4. Da adoção do calendário processual na Recuperação Judicial: obstáculos.

Há, porém, obstáculos diversos a serem sobrepujados na implementação e operacionalização do calendário. Como afirma Carlos

Alberto Carmona⁵: “Mais uma vez, antevejo dificuldade para que o juiz possa participar de modo proativo na – útil – empreitada de fixar um cronograma para o processo”.

O primeiro deles, já em parte, assinalado anteriormente, é o do parágrafo 2º, do artigo 12, do CPC de 2015, com o seu rol de exceções à observância da *ordem cronológica do julgamento dos processos*. Uma das soluções – que não preferimos – seria a exclusão do ato sentencial dos limites temporais calendarizados. Haveria flagrante violação à norma fundamental do artigo 4º do CPC – aplicável ao procedimento especial. Não haveria como se excluir do calendário processual a solução de mérito, direito das partes de fonte constitucional ligada à própria garantia da jurisdição e repetida no *artigo 4º* do CPC de 2015.

Interprete-se, pois, o parágrafo 2º, do artigo 12, do CPC, como alusivo a outros casos previstos em lei para a quebra da ordem cronológica da conclusão.

O segundo obstáculo à implantação e operacionalização do calendário seria de ordem cartorária, dado o múltiplo número de feitos. Há de ser pensado o aspecto formal do calendário, isso porque além das partes e do juiz, os auxiliares da justiça também deverão observar o modo de cumprimento dos prazos, especialmente o escrivão ou chefe de secretaria, que é responsável pelos diversos atos elencados no artigo 152 do CPC de 2015, como comparecer às audiências, dar vista dos autos, fornecer certidões, entre outros.

Cogita-se, porém, de estabelecimento de duas esferas de atuação da serventia. Uma, a dos feitos de prazos de intimação para cursos individualizados. Outra, a dos feitos calendarizados. Haveria dupla numeração destes últimos e escaninhos próprios ou dados eletrônicos diversos.

5 CARMONA, Carlos Alberto. O Novo Código de Processo Civil e o Juiz Hiperativo. In: Vários autores. *O Novo Código de Processo Civil*: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 71.

Para tanto, não basta a existência de um documento ou termo de audiência contendo os prazos fixados para a prática dos atos processuais. Se os autos forem físicos, fazemos nossa a sugestão de Trícia Navarro Xavier Cabral, no sentido de que os prazos sejam fixados na contracapa para que todos tenham uma rápida visualização. “Por sua vez, se os autos forem eletrônicos, seria importante criar-se uma ferramenta distintiva no programa alertando para a existência do calendário processual”⁶.

Esta iniciativa permitiria que todos, inclusive terceiros interessados possam ter conhecimento do calendário, até porque o parágrafo 2º, do artigo 191, dispensa, como vimos, a intimação para os atos e audiências inseridas no calendário.

Não nos parece que o calendário seja um complicador. Reduzirá drasticamente as intimações e as consultas de autos para tal fim. O administrador judicial passará a ter contato com um servidor da serventia, incumbido dos feitos calendarizados.

O terceiro obstáculo é ligado à possível preferência de advogados pelo procedimento comum em autos eletrônicos. Embora esta seja uma questão de tempo, mas já há sinais de que a advocacia se interessa para o exercício do princípio de cooperação, segundo vozes equilibradas⁷, como exigência do próprio direito de ação.

5. Da adoção do calendário processual na Recuperação Judicial: soluções.

Registre-se que o texto legal não estabelece um momento específico para que se estabeleça o calendário e nem o condiciona a fases ou atos processuais.

6 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. 2ª ed. Salvador: JusPodium, 2016. p. 322.

7 FARIA, Guilherme Henrique Lage. Op. cit. p. 537.

Trata-se de alteração trilateral. Temos a possibilidade de sua adoção ao início do processo ou, como no modelo italiano, após a fixação dos pontos controvertidos e definição das provas cabíveis. No âmbito judicial, verificada a possibilidade ou a necessidade de fixação de um calendário, a iniciativa pode ser de qualquer das partes ou do próprio juiz, possuindo, ainda, como vimos, caráter vinculativo para todos os sujeitos processuais envolvidos.

Embora seja possível o ajuste por meio de manifestações escritas, o ideal é que as partes requeiram ou o próprio juiz designe, de ofício, uma audiência de conciliação (artigo 334) para que os termos do calendário sejam esclarecidos e para que todos possam efetivamente contribuir para a formação do acordo.

Há ainda a hipótese da audiência do artigo 357, que é de saneamento e organização do processo. Qualquer dos interessados (credores diversos, comitê de credores e devedor) pode propor a forma de calendário e os demais sujeitos (inclusive o juiz) aderirem ao calendário.

Aliás, o Processo de Recuperação já tem toda a feição de calendário, pelo que o procedimento calendarizado é de sua essência, como o Plano de Recuperação que resulta da execução de obrigação de fazer, *ex vi* dos artigos 814 e 815, combinados com o parágrafo 8º, do artigo 357, do CPC de 2015. A Lei (artigo 357, parágrafo 8º) já juspositivou para as perícias o calendário, impositivo pelo juiz. A previsão de etapas de trabalho combina com o feito da Recuperação, ao qual aproveita também a fixação pelo juiz, do prazo para cumprimento de obrigação de fazer (artigos 814 e 815, do CPC de 2015): é pensar na execução em etapas, de tal obrigação, a imposição de prazos judiciais.

Eis o campo de justificativa juspositiva do calendário na recuperação, que não fere direito algum das partes ou prerrogativa do juízo.

É verdade que o calendário processual se destina à aceleração do processo (*rectius* do procedimento), em nossa visão, que se faz contrária à de parte da doutrina⁸.

A causa final do processo de recuperação é a aprovação ou não do plano, que informa, aliás, todos os prazos do procedimento, porque o princípio de duração razoável é renovado a cada prazo, a contar da prática do ato anterior – não podendo a instituição do calendário servir a fins dilatatórios, o que decorreria da perda das sobras do tempo a cada ato praticado antes do termo final.

Não se pode conceber estes outros tempos mortos, já no curso do processo criados pelos atos das partes e não pela espera em escaninhos cartorários ou paralisação do processo em autos eletrônicos.

Há uma regra de revisão automática do calendário. Estamos em que o calendário é dinâmico, no processo de recuperação.

Insta salientar que para que o calendário tenha a máxima efetividade, é importante que seja conjugado com outros atos de otimização do processo, como a fixação de pontos controvertidos, a delimitação de fatos, questões de direito e das provas, tudo para que os prazos sejam cumpridos sem obstáculos e sem a necessidade de alterações.

Outra questão relevante é saber se o calendário vincularia terceiros que eventualmente fossem inseridos no processo. Nesse ponto, tem-se que, nos casos de inclusão, sucessão ou de substituição das partes, de seu representante ou de seu procurador, ou mesmo do juiz, o calendário deve seguir as características de cada uma dessas figuras processuais para fins de vinculação ou não do calendário.

8 A exemplo de CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Op. cit. p. 320.

6. Das funções do Administrador Judicial na Recuperação Judicial de Empresas.

Compete ao administrador judicial, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, o dever geral de fiscalização das atividades do devedor, do cumprimento do plano de recuperação e de todo e qualquer interesse ao normal andamento da recuperação. É ele nomeado na abertura do processo, no despacho que manda processar o pedido de recuperação judicial e exercerá, ainda, a própria administração, embora temporária, da empresa em reorganização, na hipótese de afastamento do devedor (artigo 64).

O juiz fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração do administrador judicial, observados a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes. Em qualquer hipótese, não poderá o total pago ao administrador exceder a 5% (cinco por cento) do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial ou do valor de venda dos bens da falência.

Cumpra ao devedor efetuar esse pagamento ao administrador judicial, bem como assumir as despesas referentes às pessoas contratadas para assessorar sua atuação. Cabe o registro de que a então Súmula 219 do STJ dava à remuneração do então síndico, agora administrador judicial, o mesmo tratamento dos créditos trabalhistas. Em face do artigo 84 da Lei, a remuneração do administrador e seus auxiliares são créditos extraconcursais, devendo ser pagos na falência com preferência sobre os demais.

No caso de afastamento do devedor, nas hipóteses dos incisos do artigo 64, o juiz convocará a assembleia geral de credores para deliberar sobre o nome do gestor judicial que assumirá a administração das atividades do devedor, aplicando-se-lhe, no que couber, todas as normas sobre deveres, impedimentos e remuneração do administrador judicial. Contudo, enquanto não escolhido o gestor judicial, cumprirá suas funções o administrador judicial, conforme prevê o pa-

rágrafo 1º, do artigo 65 da Lei nº 11.101/2005, demonstrando com isso, o legislador, que o administrador cumpre função primordial ao andamento do processo, que não pode ficar sem movimentação. Nesse caso, sua principal atribuição será a de gerir a administração da sociedade em recuperação.

Vê-se, portanto, que o legislador sempre conferiu ao administrador judicial papel de destaque no processo de recuperação, seja como auxiliar do Juízo, seja como fiscal do bom andamento do processo e do próprio devedor, substituindo-o, inclusive no caso de afastamento.

Ao se cogitar, portanto, que se possa prever a possibilidade de o administrador judicial propor a adoção do calendário processual, no caso de não ter sido constituído o comitê de credores, ou se este se mostrar inerte em tal mister, a lei recuperacional estará a fixar um caso de substituição processual, que ao nosso ver, tem supedâneo no artigo 18 do CPC de 2015.

A substituição processual ocorre nos casos nos quais a lei autoriza alguém a realizar, em nome próprio, atos relacionados com o direito de outrem. Enfocando o tema da substituição processual, pela ótica do processo civil, Cândido Dinamarco o posiciona no campo da *legitimatío ad causam*⁹:

[S]endo há muito tempo notório que, segundo a lei o sujeito da relação processual não é necessariamente o sujeito da relação substancial deduzida em juízo, como se sabe o CPC pátrio abre caminho para que possa alguém, com permissão legal, pleitear em nome próprio direito alheio. Quem pleiteia em nome próprio um direito ou interesse alheio é substituto processual e a qualidade para agir, conferida pela lei nesses casos, é a legitimidade extraordinária.

9 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Processo Civil Empresarial*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 607.

A legitimidade é extraordinária quando não coincidem o titular do direito ou da obrigação afirmada em juízo e o titular do direito de estar em juízo para defesa desse direito ou obrigação¹⁰. É dessa premissa que decorre o emprego do vocábulo substituição porque se entende que o sujeito ao qual a lei confere legitimidade, sem ser titular do direito ou da obrigação no plano material, substitui o titular ao atuar em juízo em seu benefício.

Quando a lei institui casos de substituição processual, ela o faz na consideração de algum interesse relevante a ser preservado – seja do substituto processual, seja do próprio substituído – sendo esta excepcionalidade um dos esteios que conferem legitimidade ao próprio instituto da substituição processual e justificam a projeção de efeitos de uma sentença sobre a esfera de direitos de quem não haja sido parte no processo.

É este exatamente o caso da proposta de se outorgar ao administrador judicial a iniciativa de adoção do calendário no processo de recuperação de empresas, como substituto processual dos credores e do próprio comitê. O interesse relevante a ser preservado é o interesse social que permeia todo o processo recuperacional.

O objetivo maior da recuperação é a preservação da empresa, como bem mostra o artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, para tanto, a celeridade do procedimento, que conduza à aprovação do Plano, no menor tempo possível, é essencial para todas as partes envolvidas. Não há dúvida de que a adoção do calendário processual, sem as inúmeras intimações e publicações no processo, irá contribuir para este resultado almejado.

7. Conclusão.

O sistema de datas-limite tem sido questionado por grande parte da doutrina¹¹, como insuscetível de verificação prática por in-

10 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*, apud Ibidem. p. 608.

11 CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit. p. 71.

fenso ao juiz da causa, premido entre inúmeros feitos a decidir, e por inadequado à organização cartorária, possivelmente dispersa em meio ao caos que provocaria a distinção de tarefas de acompanhamento diverso entre processos calendarizados e comuns.

O ceticismo chega a imperar na visão de alguns doutrinadores. Deve-se dizer, todavia, que a tarefa do intérprete nunca seria a de concorrer para esvaziar o texto legal, mas, sempre para revelar-lhe o objeto, isto é, torná-lo aplicável.

Importa considerar a classificação dos prazos processuais em dilatatórios e aceleratórios, na original visão do tempo processual do *sistema carneluttiano*¹², que destaca os *termini per comparire*, prazos máximos.

De tal natureza, diga-se, participam todos os prazos do processo de recuperação, que podem ser assim considerados. Todos eles são independentes da atuação do juiz da causa, que poderia listá-los em cadeia na única intimação inicial.

É o que ocorre, por exemplo, em processos (ditos, já uma vez, “administrativos”) de Inventário, senão Inventário e Partilha, ao menos, esta última, entre capazes.

O administrador judicial (a exemplo do inventariante) tem a função de acelerar a prática dos atos processuais, no escopo, sempre presente, de evitar o uso dos prazos máximos. E a cada ganho de tempo, adiantar a prática dos atos subsequentes. A revisão do calendário é ínsita, portanto, a sua manifestação processual.

Assim como o Inventário e Partilha entre capazes passou para o foro extrajudicial (o que de facultativamente utilizado certamente passará a única via legal), assim a maioria das tarefas do feito de recuperação não devem depender do juiz, que não se ocupa de questões internas às empresas.

12 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Tomo I, Padova: Cedam, 1936, passim.

Se o legislador quis prevenir a falência e rever o instituto da concordata (que de acordo, só conhecia o nome), se quis, portanto, tornar factível a satisfação dos credores, evitou a formação da massa.

Há a comunidade de trabalho, do princípio da cooperação processual (artigo 6º do CPC de 2015), a justificar a consecução do resultado em prazo razoável. Só que o razoável não é indeterminado, nem é fixo, deve ser buscado no caso concreto, em face do direito material.

LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL COMO FATOR DE PROTEÇÃO AO INVESTIMENTO: RAZÕES E PROPOSTAS PARA UMA MISSÃO DE RESGATE¹

LIMITATION OF LIABILITY AS INVESTMENT PROTECTION FACTOR: REASONS AND PROPOSALS FOR A RESCUE MISSION

Marcelo Lauar Leite

Resumo: No contexto da maior crise econômica nacional do século XXI, um quadro de segurança jurídica é indispensável para incentivar e atrair investimentos produtivos. No espectro societário, a principal representação dessa segurança – a limitação da responsabilidade patrimonial – se encontra sob progressiva e ostensiva relativização. Tendo o objetivo de resguardar o patrimônio pessoal de cada sócio pela responsabilidade frente a dívidas oriundas da organização mercantil, esse instituto vive um estado quase folclórico. Cada vez mais relativizado, o desdém legislativo e judiciário para consigo revela a ignorância de seus fundamentos, de sua importância no marco regulatório nacional e de seu papel na prospecção de investimentos. Face esse cenário, e sob a base metodológica *popperiana* aplicável às ciências sociais, o objetivo e mérito deste trabalho consiste em oferecer encaminhamentos de ordem legislativa e jurisdicional que possam servir de base pragmática para a proteção do investimento produtivo no Brasil. Para tanto, debate-se os paradigmas da limitação da

¹ Artigo recebido em 26.09.2017 e aceito em 29.12.2017.

responsabilidade patrimonial, analisando-se como o papel garantidor do capital social foi esquecido em prol de uma dilatada e ilegal aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Outrossim, revela-se a criação de uma “escola de desincentivo ao investimento”, com reflexos claros no âmbito das sociedades limitadas e das sociedades em conta de participação. Por fim, observa-se que os custos sociais da relativização da limitação da responsabilidade patrimonial são maiores que os de sua garantia, reforçando-se a necessidade de reformas legislativas e do realinhamento da legitimidade democrática dos juízes.

Palavras-chave: Responsabilidade limitada. Autonomia patrimonial. Proteção ao investimento. Propostas.

Abstract: In the context of the greatest national economic crisis of the 21st century, a framework of legal security is indispensable to encourage and attract productive investment. In the corporate spectrum, the main representation of this security – the limitation of patrimonial responsibility – is under progressive and ostensible relativization. With the purpose of safeguarding the personal property of each partner for the responsibility of debts arising from the mercantile organization, this institute lives an almost folkloric status. With each day more relative, the legislative and judicial disdain for itself reveals the ignorance of its fundamentals, its importance in the national regulatory framework and its role in the prospecting of investments. In view of this scenario, and under the *popperian* methodological basis applicable to the social sciences, the objective and merit of this work is to offer legislative and jurisdictional referrals that can serve as a pragmatic basis for the protection of productive investment in Brazil. For this, the paradigms of the limitation of the patrimonial responsibility were debated, analyzing how the guarantor role of the share capital was forgotten in favor of an extended and illegal application of the disregard doctrine. It also reveals the creation of a “school of investment disincentives”, with clear repercussions on companies with limited liability in Brazil. Finally, it is observed that the social

costs of relativizing the limitation of patrimonial responsibility are greater than those of their guarantee, reinforcing the need for legislative reforms and the realignment of the democratic legitimacy of the judges.

Keywords: Limited liability. Patrimonial autonomy. Protection of investment. Proposals.

Sumário: 1. Introdução. 2. Paradigmas da limitação da responsabilidade patrimonial. 2.1. O papel do capital social. 2.2. Sociedade limitada enquanto padrão de associação mercantil nas microempresas e empresas de pequeno porte. 2.3. Relativização da limitação da responsabilidade patrimonial: das raízes (legislativas) aos frutos (judiciais). 3. Sociedade em conta de participação e proteção ao investimento. 3.1. Fronteiras da salvaguarda patrimonial dos investidores. 3.1.1. O rompimento estimulado pela doutrina. 3.1.2. O rompimento executado pelas Cortes trabalhistas. 4. Propostas para a proteção do investimento produtivo. 4.1. Legal: redimensionando a desconsideração da personalidade jurídica. 4.2. Jurisdicional: realinhamento da legitimidade democrática e previsibilidade decisória. 5. Considerações finais.

1. Introdução.

Esse trabalho trata do resgate da responsabilidade limitada e da autonomia patrimonial como fatores de proteção ao investimento produtivo no Brasil. Refiro-me, naturalmente, ao aporte direto de capital em atividades econômicas de múltiplas naturezas, seja da indústria, comércio ou serviços, notadamente ao realizado por pessoas físicas em favor de sociedades empresárias².

2 Doravante, subtenda-se que menções a “investimento” ou “investidor” estarão implicitamente qualificadas como relacionadas diretamente a atividades produtivas tomadoras de risco empresarial, em oposição à rentabilização passiva do capital por meio do depósito em produtos

A oportunidade desse debate acadêmico se dá por razões sistêmicas, a começar pela vivência da maior crise econômica nacional neste século. Os alarmantes dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (“IBGE”) revelam que, no último biênio, nosso Produto Interno Bruto (“PIB”) registrou uma recessão acumulada de 7,4%, percentual sem precedentes históricos³. No mesmo período, a taxa de desocupação da população economicamente ativa aumentou em mais de 100%⁴ – saltando de 6,5% para 13,7% do universo de desempregados –, e o número de pedidos de recuperação judicial registrou crescimento de 114,14%⁵.

Em meio a esse caldeirão de números negativos, vem sendo inexorável a rediscussão de meios de atração e incentivo ao investimento no Brasil – um dos motes, por exemplo, das reformas trabalhista e previdenciária. Além da macroestabilidade fiscal, a segurança jurídica do investidor é vista como um dos pilares para o progresso desenvolvimentista que catalisará a superação do péssimo quadro

financeiros – *v.g.*, poupanças, certificados de depósito, letras de crédito agrícola ou imobiliário, entre outras atividades típicas de poupadores. Essa diferenciação foi tratada por Page e Ferguson, ao apontarem o menor – embora não nulo – grau de risco como fator de diferenciação nessas práticas (PAGE, A. C.; FERGUSON, R. B. *Investor protection*. London: Weidenfeld & Nicolson, 1992, p. 5).

3 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Contas nacionais trimestrais*: indicadores de volume e valores correntes. – Outubro e Dezembro de 2017. Disponível em: “ftp://ftp.ibge.gov.br/Contas_Nacionais/Contas_Nacionais_Trimestrais/Fasciculo_Indicadores_IBGE/pib-vol-val_201604caderno.pdf”. Acesso em: 31 mai. 2017. p. 13-18.

4 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios contínua* – 1º Trimestre de 2017. Disponível em: “ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Trimestral/Comentarios_Sinteticos/pnadc_201701_trimestre_comentarios_sinteticos_Brasil.pdf”. Acesso em: 31 mai. 2017.

5 SERASA EXPERIAN. *Pedidos de recuperações judiciais aumentam 61,2% no acumulado de 2016, revela Serasa Experian*. Disponível em: “<http://noticias.serasaexperian.com.br/blog/2016/08/08/numero-de-recuperacoes-judiciais-supera-mais-de-1-000-ocorrencias-no-a-no-revela-serasa-experian/>”. Acesso em: 31 mai. 2017.

econômico no qual o país está inserido. Nesse sentido, pronunciavam-se agentes políticos⁶, jornalistas⁷ e representantes industriais⁸.

A insegurança jurídica do ambiente de negócios no Brasil tem uma capilaridade impressionante. Na seara consumerista, intervenções parlamentares impõem súbitas, desnecessárias e inadequadas condutas omissivas ou comissivas aos agentes econômicos⁹. O elemento mais básico do Direito do Trabalho – a configuração da relação de emprego – ainda sofre incertezas sobre conceitos como “habitualidade” e “subordinação”¹⁰. No âmbito tributário, os incontáveis atos normativos primários e secundários reunidos contavam com mais de 41.200 páginas em 2008, pesando um incognoscível “par de hipopótamos”¹¹. Ambientalmente, as competências dos órgãos que compõem o Sistema Nacional do Meio Ambiente são confusas e atra-

6 CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Lei trabalhista deve dar segurança jurídica a pequeno empreendedor*. Disponível em: “<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/528110-LEI-TRABALHISTA-DEVE-DAR-SEGURANCA-JURIDICA-A-PEQUENO-EMPREENDEDOR,-DIZ-MINISTRO.html>”. Acesso em: 8 jun. 2017.

7 O GLOBO. *Segurança jurídica*. Disponível em: “<https://oglobo.globo.com/opiniao/seguranca-juridica-20256815>”. Acesso em: 8 jun. 2017.

8 FIESP. Para 77% dos empresários, reforma trabalhista trará mais segurança jurídica. Disponível em: “<http://www.fiesp.com.br/noticias/para-77-dos-empresarios-reforma-trabalhista-trara-mais-seguranca-juridica/>”. Acesso em: 8 jun. 2017.

9 Cf. LEITE, Marcelo Lauar. Regulação (anti)consumerista. *Revista Jurídica da UFERSA*, Mosoró, v. I, n. 1, p. 33-52, jan./jun. 2017, p. 40-46.

10 Nesse sentido, veja-se o debate relativo a criação de vínculo empregatício entre o *Uber* e os motoristas nele cadastrados. Pela negativa de vínculo (Processo nº 1002101-88.2016.5.02.0086), a 86ª Vara do Trabalho de São Paulo entendeu que não haveria como se conceber qualquer forma de subordinação quando o prestador não estiver, ao menos de forma remota, cotidianamente à disposição do tomador. Pelo reconhecimento, a 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte (Processo nº 0011359-34.2016.5.03.0112) entendeu haver subordinação, dado que os motoristas estariam sujeitos “a ordens sobre o modo de desenvolver a prestação dos serviços e a controles contínuos”.

11 EXAME. *Livro com toda lei tributária do Brasil pesa 2 hipopótamos*. Disponível em: “<http://exame.abril.com.br/brasil/livro-gigante-revela-peso-de-impostos-no-pais-2-hipopotas>”. Acesso em: 8 jun. 2017.

sam a obtenção de licenças. Na administração local, Prefeituras desestruturadas concedem e cassam autorizações de funcionamento arbitrariamente, criando novos requisitos ou embaraçando atividades por interesses escusos.

Nesse mar de dificuldades, defender relações juridicamente estáveis para quem cogita investir não pode ser um mero jargão. Não – pelo menos – quando em torno de dez milhões de brasileiros estejam se preparando para disputar vagas em concursos públicos ao invés de aportar seus intelectos, talentos, ideias e forças de trabalho em prol da inovação e geração de riquezas¹²; não quando o Tesouro Nacional garante, com risco irrisório¹³ e simplificado¹⁴, o pagamento de juros anuais de 11% a quem lhe emprestar dinheiro¹⁵.

Para atrair pessoas e capitais ao investimento produtivo, os atores do Direito precisam repensar modelos e práticas, adequando sua estrutura legislativa e aplicativa aos novos tempos. Como fazê-lo?

Embora seja tentador navegar por tantos assuntos de interesse, esta investigação se restringirá à análise e proposição de soluções no principal espectro societário da insegurança jurídica: a limitação da responsabilidade patrimonial.

Criada com o objetivo de resguardar o patrimônio pessoal de cada sócio pelos encargos frente a dívidas oriundas da organização mercantil, a limitação da responsabilidade patrimonial vive um estado quase folclórico. Cada vez mais relativizada, o descêdo dos julga-

12 ISTO É. *Concurso: o sonho da estabilidade*. Disponível em: “http://istoe.com.br/46397_CONCURSO+O+SONHO+DA+ESTABILIDADE/”. Acesso em: 8 de jun. 2017.

13 V.g. o de moratória, sem precedentes na história recente da União.

14 Bastando um dispositivo com acesso à internet, qualquer cliente cadastrado pode negociar títulos do Tesouro Nacional com comandos rápidos e intuitivos.

15 Taxa garantida na data pesquisada para os adquirentes de Letras do Tesouro Nacional com vencimento em 2023. TESOURO DIRETO. *Rentabilidade dos títulos públicos*. Disponível em: “<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/tesouro-direto-precos-e-taxas-dos-titulos/>”. Acesso em 8 de jun. 2017.

dores para consigo revela não apenas a ignorância de seus fundamentos, mas também de sua importância no marco regulatório nacional e de seu papel na prospecção de investimentos.

Face a esse cenário e sob a base metodológica *popperiana* aplicável às ciências sociais¹⁶, o objetivo deste trabalho é oferecer encaminhamentos de ordem legislativa e jurisdicional que possam servir de base pragmática para a proteção do investimento no Brasil. Nesse afã, serão inicialmente debatidos os paradigmas da limitação da responsabilidade patrimonial, analisando-se como o papel garantidor do capital social foi esquecido em prol de uma dilatada e ilegal aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, criando-se uma escola de desincentivo ao investimento. Mostrar-se-á que, para além do modelo-padrão de associação mercantil – as sociedades limitadas –, essa escola gera reflexos até mesmo nas seculares sociedades em conta de participação. Ao final, serão detalhadas as propostas supracitadas, enfatizando-se: (i) o necessário redimensionamento legislativo e (ii) o realinhamento da legitimidade democrática jurisdicional.

2. Paradigmas da limitação da responsabilidade patrimonial.

Designar uma sociedade como empresária implica reconhecer a existência preponderante de capital operacional em risco. Como leciona Romano Cristiano, é ínsita à atividade empresarial a incerteza de se enfrentar problemas jurídicos registrares, falimentares, recuperacionais e tributários que possam levar um negócio ao colapso¹⁷. A

16 A construção pretendida se baseia na metodologia epistemológica de Karl Popper (POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004), pela qual o conhecimento se começa a partir de *problemas* criados pela observação.

17 CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco: como interpretar a nova definição*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 192-193.

elas, associam-se âleas gerenciais, econômicas ou mercadológicas representadas pela tomada de decisões ruins, endividamento, conflitos intrassocietários, surgimento de novos concorrentes, produtos ou tecnologias – para além de exigências legislativas, administrativas ou judiciais – que podem inviabilizar a permanência de um *player* no mercado.

Assustador? Não para os empreendedores, afinal, o risco de perda total ou parcial de um aporte financeiro faz parte do investimento¹⁸. Entretanto, é quando não há segurança jurídica sobre as fronteiras dessa perda que a questão se torna substancialmente mais perigosa.

Tradicionalmente, a fronteira estabelecida como forma de delimitação das perdas é ligada à personalidade jurídica. A pessoa jurídica, enquanto centro autônomo de imputação, possui direitos e deveres dissociados das pessoas de seus membros¹⁹ e, consequentemente, autonomia patrimonial²⁰.

18 “Do ponto de vista econômico, o empresário exerce três funções: (a) organizar os fatores de produção, com a constituição ou expansão da empresa; (b) administrar e gerir a empresa, com a direção das atividades sociais, organizadas com maior ou menor complexidade numa estrutura hierarquizada; e (c) assumir os riscos empresariais, inerentes à produção e à incerteza da receita auferida com a venda de bens e serviços produzidos” (LORIA, Eli; MENDES, Hélio Rubens de Oliveira. Capital social: noções gerais. *Revista de direito bancário e mercado de capitais*, São Paulo, v. 58, p. 349-382, 2012, p. 350).

19 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. 97.

20 GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Regime jurídico do capital autorizado*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 6-7; GONÇALVES, Oksandro. Os princípios gerais do Direito Comercial autonomia patrimonial da pessoa jurídica, limitação e subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, v. 58, p. 183-202, 2012, p. 185-188; CORREIA, A. Ferrer. A autonomia patrimonial como pressuposto da personalidade jurídica. In: CORREIA, A. Ferrer (org.). *Estudos vários de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1982, p. 548: “O conceito de autonomia patrimonial assume significações várias. Na mais corrente, ele exprime um determinado comportamento de certa massa de bens quanto à responsabilidade pelas dívidas assumidas na sua administração ou exploração. Depois, uma tal autonomia é ainda susceptível de gradações diversas. Na sua modalidade mais perfeita, ela traduz um duplo fenómeno: por um lado, o da insensibilidade

Levando esse raciocínio ao contexto mercantil, a sociedade empresária é formada a partir de um processo de separação de capital: sócios apartam, de seu próprio patrimônio pessoal, os bens²¹ necessários para o desempenho profissional de atividade econômica organizada visando à prestação de serviços ou à produção ou circulação de mercadorias²², moldando o chamado capital social.

2.1. O papel do capital social.

Em que pese o aperfeiçoamento ao longo do tempo, a ideia de capital social já surgiu remontando às suas funções interna e externa. Como descrito por Fulgêncio Peixoto²³, pela primeira, ele fixa a relação patrimonial entre os sócios e regula a participação destes nos lucros e nos riscos, conforme sua contribuição, por meio de quotas; pela segunda, confere segurança patrimonial dos terceiros que entabulem negócios jurídicos com a sociedade. Mostra-se, portanto, como um índice de solvabilidade social²⁴.

dos bens em causa a outras dívidas, que não as relacionadas com o fim especial a que eles se encontram afectados; por outro lado, o da insensibilidade às referidas obrigações de qualquer outro património”.

21 Assim considerados os economicamente apreciáveis – *v.g.*, dinheiro, móveis, imóveis, créditos, etc.

22 CRISTIANO, Romano. *Op. cit.*, p. 109; FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, v. III, p. 73; 107 “Desde êsse momento, a nenhum sócio assiste mais qualquer parcela dominical, nem mesmo idealmente, sôbre o novo patrimônio, ou seja, o patrimônio social [...] O patrimônio social é, pois, da sociedade. Só e exclusivamente, dela. E ela, inteiramente distinta de seus sócios, investe-se de poder autodeterminativo, como senhora de seus direitos e escrava de suas obrigações. Movimenta-se livremente. Age. Contrata. Adquire. Onera. Alinea. Tem ádito em juízo, como autora, ré, ou interveniente, para litigar até contra seus próprios sócios, de tal modo sua personalidade da de todos êles se distingue, marcada e inconfundivelmente”.

23 PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *A sociedade por cota de responsabilidade limitada*: doutrina, jurisprudência, legislação e prática. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. I, p. 122.

24 CAVALLI, Cássio. Notas sobre a disciplina do capital social nas sociedades limitadas. *Revista de Direito Empresarial*, Belo Horizonte, a. 10, n. 2, p. 63-84, mai./ago. 2013, p. 67-68: “Diz-se

Seis décadas após essa clássica contribuição à dogmática jurídica, ela segue sendo útil, merecendo poucos retoques – *v.g.* o acréscimo de suas funções políticas²⁵ e de autofinanciamento. De mais a mais, ao regular a participação nos lucros e riscos, o capital social também atribui aos sócios uma segurança patrimonial recíproca e interna, indispensável à formulação de métricas adequadas de governança.

Essa segurança interna não é privilégio de um ou outro tipo societário. Vejamos o caso das esquecidas sociedades em nome coletivo. Nelas, todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais²⁶. Onde estaria, então, a segurança? Precisamente no respeito a acordos societários que tratem de limites internos sobre a responsabilidade de cada quotista²⁷, legitimando demandas regressivas que redistribuam, na forma capitulada pelos consócios, eventuais condenações à guisa da solidariedade.

Apesar disso, é de se reconhecer que acionar mecanismos convencionais internos para o reequilíbrio de ônus não é algo que se possa reputar simples, tampouco econômico. Outrossim, a inexistên-

índice de solvabilidade apenas pela seguinte razão: as sociedades personificadas possuem patrimônio, entendido como a universalidade jurídica formada por todas as suas relações jurídicas dotadas de valor econômico. Por este motivo, as sociedades responderão por suas dívidas com todos os seus bens, presentes e futuros, consoante a regra da responsabilidade patrimonial (CC, art. 391; CPC, art. 591). Os bens que, a título de integralização do capital, foram transferidos para a sociedade integram o patrimônio da sociedade e, portanto, respondem pelas obrigações sociais”. Cf., ainda, GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Op. cit.*, p. 28-32. Para uma ponderação mais crítica desse aspecto, cf. TOKARS, Fábio. *Sociedades limitadas*. São Paulo: LTr, 2007, p. 175-178.

25 CAVALLI, Cássio. *Op. cit.*, p. 67-68; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Op. cit.*, p. 275-276. Para Carvalho de Mendonça, esse atributo seria pertencente a cada fração do capital social – quota ou ação –, não a ele em si (MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. III, p. 71).

26 Código Civil: “Art. 1.039. Somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais”.

27 Código Civil: “Art. 1.039. [...] Parágrafo único. Sem prejuízo da responsabilidade perante terceiros, podem os sócios, no ato constitutivo, ou por unânime convenção posterior, limitar entre si a responsabilidade de cada um”.

cia do benefício de ordem e o impacto inicial sobre os bens dos sócios com patrimônio mais líquido ou liquidável são fatores desabonadores da contratação das sociedades em nome coletivo – mal parecido com o ocorrente no âmbito dos comanditados das sociedades em comandita simples e por ações²⁸.

Paralela e historicamente, a criação de sociedades anônimas sempre foi burocrática e custosa, dependendo, por muitas décadas, de autorização governamental²⁹. Nesse ambiente propício, o Brasil, a exemplo de outras nações³⁰, importou da Inglaterra a ideia e parcela do desenvolvimento jurídico das hoje chamadas sociedades limitadas.

Legalizado este novo modelo societário³¹, parecia finalizado

28 Código Civil: “Art. 1.045. Na sociedade em comandita simples tomam parte sócios de duas categorias: os comanditados, pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais; e os comanditários, obrigados somente pelo valor de sua quota”; “Art. 1.091. Somente o acionista tem qualidade para administrar a sociedade e, como diretor, responde subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações da sociedade. § 1º Se houver mais de um diretor, serão solidariamente responsáveis, depois de esgotados os bens sociais”. Como se vê, na sociedade em comandita por ações, a responsabilidade solidária se dá apenas entre os sócios, não entre estes e a sociedade – há, pois, benefício de ordem.

29 Decreto nº 575/1849: “Art. 1º Nenhuma Sociedade anonyma poderá ser incorporada sem autorização do Governo, e sem que seja por elle approvedo o Contracto, que a constituir. Art. 2º As pessoas que quizerem fundar huma Sociedade anonyma dirigirão sua petição, na Côrte ao Ministro competente, e nas Provincias aos respectivos Presidentes. Esta petição será assignada por todos os interessados, salvo o caso em que o Contracto constitutivo da Sociedade dê para esse fim poderes a hum ou mais d’entre eles”. Código Comercial de 1850: “Art. 295 – As companhias ou sociedades anônimas, designadas pelo objeto ou empresa a que se destinam, sem firma social, e administradas por mandatários revogáveis, sócios ou não sócios, só podem estabelecer-se por tempo determinado, e com autorização do Governo, dependente da aprovação do Corpo Legislativo quando hajam de gozar de algum privilégio: e devem provar-se por escritura pública, ou pelos seus estatutos, e pelo ato do Poder que as houver autorizado”. Na doutrina, cf. FERREIRA, Waldemar. Op. cit. p. 385-387.

30 Notadamente França (1867), Portugal (1901) e Áustria (1906) – MARTINS, Fran. *Sociedades por quotas no direito estrangeiro e brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. I, p. 19-20; FERREIRA, Waldemar. Op. cit., p. 383-385.

31 Pioneiramente no Brasil pelo Decreto nº 3.708/1919 – PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Alfredo de Assis Gonçalves Neto. São

um longo processo de transferência de riscos: a partir de então, estes se limitariam ao montante do capital social³² – desde que integralizado. Assim, se outrora a incerteza poderia ser suportada pelos bens pessoais dos sócios, a formação do capital social – dada por meio de um processo de separação patrimonial –, no seio das sociedades limitadas, passou a acarretar uma importação de riscos para o perímetro de titularidade da pessoa empresária, livrando os bens dos sócios de responsabilidade por dívidas ou ônus oriundos da atividade exercida.

2.2. Sociedade limitada enquanto padrão de associação mercantil nas microempresas e empresas de pequeno porte.

A clara vantagem na limitação da responsabilidade patrimonial, aliada à aparente simplicidade de constituição e funcionamento, alçou a sociedade limitada ao topo das formalizações de associações mercantis no Brasil. Dados do Departamento Nacional de Registro do Comércio (“DNRC”) de 2005³³ apontavam que mais de 99,4% das sociedades empresárias constituídas no Brasil eram limitadas. Quanto às demais, cerca de 0,5% eram sociedades anônimas; 0,1%, outros ti-

Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 434-435 “A criação atendeu à necessidade [...] de se poder concluir contrato de sociedade com restrição de responsabilidade, a fim de que os sócios se pudessem forrar aos riscos do negócio, da atividade dos outros sócios e da própria atividade. [...]. Sem se sair do campo das sociedades pessoais, obteve-se a limitação – melhor, a restrição – da responsabilidade que a sociedade por ações havia obtido. Foi como ponto intermédio entre sociedade em nome coletivo e a sociedade por ações”.

32 Decreto nº 3.708/1919: “Art. 2º O título constitutivo regular-se-há pelas disposições dos, *devido estipular ser limitada a responsabilidade dos sócios à importância total do capital social*”. (grifos do autor). Não poderia deixar de ser assim, afinal, o objetivo maior do sócio de uma sociedade limitada é exercer atividade econômica com a salvaguarda de seu patrimônio particular. Do contrário, esse tipo societário seria inútil (CAMPOS, Aline França. Análise econômica do direito e responsabilidade dos sócios de sociedade limitada. *Revista de Direito Empresarial*, Belo Horizonte, a. 10, n. 2, p. 45-61, mai./ago. 2013, p. 51-52).

33 DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO DE COMÉRCIO. *Sociedades constituídas no Brasil*. Disponível em: “<http://www.dnrc.gov.br/Estatisticas/Caep0100.htm>”. Acesso em: 23 nov. 2011.

pos societários. Com a extinção do DNRC e a assunção de suas atividades pelo Departamento de Registro Empresarial e Integração (“DREI”)³⁴, essas importantes medições foram descontinuadas e substituídas por uma apuração periódica, consolidada na seguinte tabela:

Número de sociedades empresárias constituídas por ano no Brasil

	2015	2016	2017 ³⁵
Sociedade limitada	210.101	174.522	39.776
Sociedade anônima	2.365	1.983	526
Outras sociedades empresárias	1.549	504	140

Fonte: DEPARTAMENTO DE REGISTRO EMPRESARIAL E INTEGRAÇÃO. Relatório estatístico mensal nacional. Disponível em: “<http://drei.smpe.gov.br/assuntos/estatisticas/relatorio-mensal>”. Acesso em 28 de jun. 2017.

Pelos números mais recentes do DREI, vê-se que 98,17% das sociedades empresárias constituídas no Brasil em 2015 foram limitadas. Em 2016, o percentual foi de 98,59%, tendência seguida até o momento em 2017 (98,35%). Tais dados permitem afirmar que as sociedades limitadas seguem sendo o principal modelo de associação mercantil no Brasil, com esmagadora superioridade sobre qualquer outra forma coletiva de exploração empresarial.

A essa supremacia estatística, alie-se o visto na praxe jurídica: microempresas e empresas de pequeno porte, em fase de constituição ou reestruturação, sendo financiadas pela aquisição de quotas por sócios de responsabilidade limitada. Essa percepção particular, deflagrada por um inevitável viés de disponibilidade³⁶, ganha relevo

34 Decreto Presidencial nº 8.001/2013.

35 Até o dia 28.06.2017, os dados disponíveis só abrangiam os meses de janeiro a março.

36 O Nobel de Economia Daniel Kahneman define a heurística da disponibilidade como o processo de julgar a frequência segundo a “facilidade com que as ocorrências vêm à mente” (KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 165-168).

quando ratificada por investigações empíricas, como a realizada pelo Núcleo de Estudos em Mercados e Investimentos da Fundação Getúlio Vargas. Analisando os padrões estatísticos da Junta Comercial do Estado de São Paulo, o grupo de pesquisa concluiu que quase 80% das sociedades limitadas possuem capital social inferior a 50 mil reais.³⁷ Independentemente deste, 52,50% são enquadradas como microempresas; 11%, empresas de pequeno porte³⁸.

Afora o regime de enquadramento fiscal, é certo que, na qualidade de consócio de responsabilidade limitada, o investidor passa a ter um espectro mais claro e seguro de direitos. Dentro da estrutura de poder político-societário, somam-se prerrogativas de fala, voto e informação, além da franca possibilidade de retirada com a subsequente apuração de haveres. Nesse contexto, inegável admitir a potencial influência sobre os rumos da administração societária, exercitável por quem capitaliza o negócio.

2.3. Relativização da limitação da responsabilidade patrimonial: das raízes (legislativas) aos frutos (judiciais).

Obviamente, nem só de flores é trilhado o regime jurídico do investidor que opte pela via da associação mercantil através da constituição ou reestruturação de uma sociedade limitada. Aos direitos supracitados, adere-se um ônus duro e com escala ostensiva nos últimos tempos: o risco ao seu patrimônio particular.

Nas origens do Decreto nº 3.708/1919, poucos fatos justificavam o rompimento da cortina patrimonial que protegia os bens dos sócios com capital integralizado das dívidas constituídas pela socie-

37 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-de-pesquisas/nucleo-de-estudos-mercados-investimentos>". Acesso em: 25 jun. 2015, p. 2.

38 MATTOS FILHO, Ary Oswaldo et al. Op. cit., p. 2.

dade – *v.g.* a prática de atos *ultra vires* pelo administrador³⁹. Acaso o quotista fosse apenas um investidor não gestor, seu risco se resumia à aceitação de deliberações infringentes ao contrato social ou à lei⁴⁰.

Com o passar do tempo, a responsabilidade do sócio não administrador foi ganhando corpo em outros instrumentos normativos. No Código Tributário Nacional (“CTN”), por exemplo, também fez-se constar que os quotistas são solidariamente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos⁴¹. Tanto no CTN quanto no Decreto nº 3.708/1919, a preocupação era a de que a personalidade jurídica e a autonomia patrimonial fossem utilizadas como escudos para o uso fraudulento da sociedade.

A esse valor já positivado, aliou-se a penetração da *disregard doctrine*⁴² anglo-saxã no Brasil, influenciando decisões judiciais des-

39 “Art. 10. Os socios gerentes ou que derem o nome á firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contrahidas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidaria e illimitadamente pelo excesso de mandato e pelos actos praticados com violação do contracto ou da lei”.

40 “Art. 16. As deliberações dos socios, quando infringentes do contracto social ou da lei, dão responsabilidade ilimitada áquelles que expressamente hajam ajustado taes deliberações contra os preceitos contractuaes ou legaes”. Na doutrina, cf. FERREIRA, Waldemar. Op. cit., p. 455-456.

41 “Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: [...] VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas. [...] Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I – as pessoas referidas no artigo anterior; [...]”

42 No direito brasileiro e comparado, muitas expressões a designam: desconsideração da personalidade jurídica; desestimação da forma da pessoa jurídica; *disregard of legal entity*; *lifting the corporate veil*; *teoría de la desestimación*; *missachtung der rechtsform der juristischen person*; *durchgriff der juristischen personen* (REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). *Revista dos Tribunais*, v. 803, p. 751-764, 2002, p. 753-759; BLOK, Marcella. Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 59, p. 91-167, jan./mar. 2013, p. 140-142; COX, James D.; HAZEN, Thomas Lee. *On corporations: including unincorporated forms of doing business*. 2. ed. New York: Aspen Publishers, 2003, v. I, p. 274-282).

de a década de 60⁴³. Seus frutos mais simbólicos foram, sem dúvida, os constantes do Código de Defesa do Consumidor (“CDC”) e do Código Civil (“CC”). Enquanto pela lei geral⁴⁴ a desconsideração pode ser declarada no caso de abuso da personalidade jurídica – caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão entre os patrimônios dos sócios e da sociedade –, o estatuto consumerista elenca uma série de fenômenos⁴⁵ passíveis de gerá-la para, ao fim, liberá-la sempre que a personalidade jurídica “for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”⁴⁶.

Efetivada a desconsideração, a limitação da responsabilidade dos cotistas não está sequer adstrita à sua participação no capital social⁴⁷. Grosseiramente, o CDC rasgou a cortina da autonomia patrimonial

43 TOMAZETTE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 794, p. 76-94, 2001, p. 82-83: “De imediato, há que ressaltar que a desconsideração prescinde de fundamentos legais para a sua aplicação, existindo inclusive algumas manifestações jurisprudenciais como o julgamento da 11.ª Vara Cível do Distrito Federal em 25.02.1960, Juiz Antônio Pereira Pinto, anteriores a qualquer positivação da doutrina. Não se trata da aplicação de um dispositivo que autoriza a desconsideração, mas da não aplicação no caso concreto da autonomia patrimonial da pessoa jurídica que está indevidamente usada. Nada mais justo do que conceder ao Estado, através da Justiça, a faculdade de verificar se o privilégio, que é a personificação, e conseqüentemente a autonomia patrimonial, é direito que está sendo adequadamente realizado, pois assim obsta-se o alcance de resultados contrários ao direito”.

44 Art. 50.

45 “Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração; Nesse mesmo sentido, veja-se o diploma normativo concorrencial brasileiro (Lei Federal nº 12.529/2011): Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

46 Redação do seu art. 28, § 5º.

47 ABRÃO, Nelson. *Sociedades limitadas*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 254.

nial protetiva e incentivadora de investimentos. Por seu art. 28, § 5º, sempre que a sociedade não tenha como cobrir débitos originados em relações consumeristas, lá estará o patrimônio dos sócios – ainda que investidores sem funções administrativas – à disposição jurisdicional.

Pior. Ao demandar a pura existência de “obstáculos ao ressarcimento”, o CDC abriu mão da necessidade de esgotamento dos bens societários, de modo que fatos como a iliquidez patrimonial, o desinteresse em adjudicação ou a falta de arrematantes se encontram perfeitamente aderidos a seu comando normativo, suscitando a chamada dos quotistas à responsabilização pessoal quando este for o meio mais fácil. Nesse sentido, é franca a jurisprudência⁴⁸, ao arrepio de

48 “RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. SHOPPING CENTER DE OSASCO-SP. EXPLOSÃO. CONSUMIDORES. DANOS MATERIAIS E MORAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PESSOA JURÍDICA. DESCONSIDERAÇÃO. TEORIA MAIOR E TEORIA MENOR. LIMITE DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS.. REQUISITOS. OBSTÁCULO AO RESSARCIMENTO DE PREJUÍZOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES. ART. 28, § 5º – Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum – A teoria maior da desconconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconconsideração) – A teoria menor da desconconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. – Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica – A aplicação da teoria menor da desconconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do art., do, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores – Recursos especiais não conhecidos”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 279273/SP. Terceira

boa parte da doutrina que, ignorando o papel da limitação da responsabilidade patrimonial, aceita ou tolera esse mecanismo como uma grande conquista consumerista⁴⁹.

Infelizmente, o descêdo do Direito do Consumidor para com a limitação da responsabilidade patrimonial nas sociedades personificadas criou uma escola de desincentivo ao investimento repercutida na seara ambiental. Sem pudores, ao disciplinar as responsabilidades civil, administrativa e penal de quem comete infrações dessa ordem, a Lei Federal nº 9.605/1998 também prevê que a pessoa jurídica pode ser desconsiderada “sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”⁵⁰. Colhendo essa semente legislativa, há decisões judiciais que

Turma. Relator: Min. Nancy Andriighi. Data de Julgamento: 4 dez. 2003. Data de Publicação: 29 mar. 2004); Cf., ainda, BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0005949-15.2014.8.19.0000. Décima Sexta Câmara Cível. Relator: Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo. Data de Julgamento: 26 mar. 2014. Data de Publicação: 28 mar. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Agravo de Instrumento nº Quarta Câmara Cível. Relator: Des. Francisco Manoel Tenório dos Santos. Data de Julgamento: 20 jan. 2011. Data de Publicação: 4 fev. 2011; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº Décima Terceira Câmara Cível. Relator: Des. Agostinho Teixeira de Almeida Filho. Data de Julgamento: 14 mai. 2013. Data de Publicação: 27 mai. 2013; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº Sétima Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Mendes Pereira. Data de Julgamento: 4 dez. 2013. Data de Publicação: 4 dez. 2013; BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº Câmara Especial Regional de Chapecó. Relator: Des. Luiz Felipe Schuch. Data de Julgamento: 21 mar. 2016. Data de Publicação: 31 mar. 2016, entre inúmeros outros julgados.

49 Cf. NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 471; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de Direito do Consumidor*. 8. ed. Salvador: Juspodvm, 2013, p. 256-257; BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 78-82. Contra, embora por fundamentos no âmbito da construção do conceito da *disregard doctrine*, e não da limitação da responsabilidade patrimonial, cf. TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 388-389. Ressaltando a importância da “pessoa jurídica”, cf. TO-MAZETTE, Marlon. Op. cit., p. 90-91.

50 Redação de seu art. 4º. Curioso como a doutrina ambiental se mostra perdida quando trata da desconsideração da personalidade jurídica constante da Lei Federal nº 9.605/1998. Em que pese o diploma normativo tratar, como faz o CDC, da quebra da autonomia patrimonial ante

apontam, com fundamento no dispositivo sobredito, a solidariedade dos quotistas para com a sociedade no que tange ao cumprimento de suas obrigações relacionadas à sua área de regulamentação⁵¹.

Conscientemente ou não, o direito brasileiro transbordou os limites da *disregard doctrine*. As amplas autorizações consumeristas e ambientais superaram as clássicas teorias maior e menor,⁵² criando uma versão tupiniquim da desconsideração da personalidade jurídica: a “teoria do obstáculo”⁵³! Por ela, não há sequer como se falar em

tão somente a existência de obstáculos – sem qualquer requisito subjetivo –, os autores supõem (expressa ou tacitamente) ser necessária a existência de abuso de direito. Cf. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Chirstiany Pegorari. *Crimes ambientais*. Ebook. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54-56; ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 460; ALBERGARIA, Bruno. *Direito ambiental e a responsabilidade civil das empresas*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 144-145.

51 “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DANO AMBIENTAL. PESSOA JURÍDICA. OBSTÁCULO AO RESSARCIMENTO. CASO DE DESCONSIDERAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE TODOS OS SÓCIOS. REDIRECIONAMENTO. PRECEDENTE DO STJ. EXEGESE DO ART.DA LEI/98. RECURSO PROVIDO” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70047445424. Primeira Câmara Cível. Relator: Des. Irineu Mariani. Data de Julgamento: 8 ago. 2012. Data de Publicação: 23 ago. 2012); Cf., ainda, BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 10110090218204001 Segunda Câmara Cível. Relator: Des. Afrânio Vilela. Data de Julgamento: 2 abr. 2013. Data de Publicação: 15 abr. 2013; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2013065-77.2013.8.26.0000. Primeira Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Relator: Des. Torres de Carvalho. Data de Julgamento: 1 out. 2013. Data de Publicação: 1 out. 2013; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Agravo de Instrumento nº 1401426-86.2015.8.12.0000. Primeira Câmara Cível. Relator: Des. Divoncir Schreiner Maranhão. Data de Julgamento: 30 jun. 2015. Data de Publicação: 6 jul. 2015, entre inúmeros outros julgados.

52 Em linhas gerais, a teoria maior é a desenvolvida no Código Civil, exigindo a existência de abuso da personalidade jurídica para a declaração da *disregard doctrine*. Por sua vez, a teoria menor seria a prevista no CDC, embora sujeita à insuficiência de bens no patrimônio da pessoa jurídica. Por todos, cf. COELHO, Fábio Ulhoa. A teoria maior e a teoria menor da desconsideração. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais* São Paulo, v. 65, p. 21-30, 2014, p. 25-27; GALLO, Giovanna Mazetto; CRUZ, Pedro Santos. Princípio da separação patrimonial. Desconsideração da personalidade jurídica. Observância aos requisitos do art. 50 do CC/2002 – comentários ao AgIn 667.552-4/8-00 do TJSP. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, v. 50, p. 276-283, 2010, p. 282-283.

53 Como aponta Warde Júnior sobre o art. 28, § 5º, do CDC, “[...] não é possível encontrar-se

subsidiariedade na responsabilidade dos quotistas, afinal, não é preciso prévio esgotamento dos bens societários suscetíveis de quitar a dívida. Basta, tão somente, dificuldade em consegui-los.

Um dos reflexos mais marcantes desse fenômeno se verifica no âmbito das decisões trabalhistas. Com efeito, a Consolidação das Leis do Trabalho (“CLT”) não contempla norma específica acerca da desconsideração da personalidade jurídica como meio para a satisfação dos créditos laborais. Apesar disso, seu art. 8º, parágrafo único⁵⁴, admite o manejo do direito comum como fonte subsidiária naquilo que não lhe for incompatível, encurtando o acesso integrativo dos tribunais à fonte geral da *disregard doctrine*: o art. 50 do CC.

Já vimos que o Código Civil estabelece um requisito claro para a declaração da desconsideração da personalidade jurídica: seu uso abusivo caracterizado por (i) desvio de finalidade ou (ii) confusão patrimonial. Pois bem. Há anos, a Justiça do Trabalho ignora solenemente a necessidade de demonstração das hipóteses requeridas pela lei geral, adotando uma presunção de abuso da personalidade jurídica e transferindo o ônus dessa prova aos quotistas, que têm a execução redirecionada contra seu patrimônio pessoal. Independentemente da causa, as Cortes trabalhistas não aplicam o art. 1.052 do CC⁵⁵, fazendo que a responsabilidade patrimonial dos sócios de LTDAs seja, em regra e contraditoriamente, ilimitada⁵⁶. Para tanto,

no suporte fático da norma em tela as características da teoria da desconsideração” (WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. Op. cit., p. 297).

54 “Art. 8. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”.

55 “Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”.

56 WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. Op. cit., p. 292-293.

chegam a se albergar do art. 28 do CDC⁵⁷ – uma norma especial –, em afronta ao art. 8º, parágrafo único, da CLT.

É claro que a redistribuição do ônus da prova, da forma como é feita pelos magistrados laborais, é *contra legem*⁵⁸. Até mesmo as exceções processuais que a permitiriam⁵⁹ são inaplicáveis, uma vez tratar-se de prova negativa de difícil ou impossível produção, com raríssima ilidibilidade – mesmo quando os quotistas demonstram que a insuficiência dos bens societários se deve à descapitalização originária do negócio ou, até mesmo, a decisões administrativas que, embora ruinosas, sejam insindicáveis pela *business judgement rule*⁶⁰.

57 “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. DIREITO DE PROPRIEDADE. SÓCIO. GRUPO ECONÔMICO. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Decisão regional mantenedora da desconsideração da personalidade jurídica, à conta da caracterização do grupo econômico, da insuficiência patrimonial da executada principal à satisfação do crédito trabalhista e do esgotamento das vias executórias. A manutenção de gravame judicial em patrimônio de sócio da agravada, nada obstante firma individual, incluído no pólo passivo na fase de execução, não caracteriza ofensa direta e literal ao direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII), respaldada a desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico (CPC, art. 592 c/c Lei nº 8.078/90, art. 28) [...]”. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 402401920045120006 40240-19.2004.5.12.0006. Sexta Turma. Relator: Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Data de Julgamento: 12 set. 2007. Data de Publicação: 28 set. 2007); Cf., ainda, BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 254900-50.2000.5.05.0012. Quarta Turma. Relator: Juiza Conv. Helena Sobral Albuquerque e Mello. Data de Julgamento: 19 fev. 2003. Data de Publicação: 7 mar. 2003; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 7105140-82.2004.5.09.0002. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de Julgamento: 17 mai. 2006. Data de Publicação: 2 jun. 2006, sem falar em inúmeras decisões no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho.

58 Código de Processo Civil: “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; [...]”.

59 Código de Processo Civil: “Art. 373. [...] § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos docaputou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

60 PÁDUA, José Elias Alvarenga de. Responsabilidade patrimonial dos sócios e dos eventuais

Nesse ambiente de ataques multilaterais à limitação da responsabilidade patrimonial, a promulgação do novo Código de Processo Civil (“CPC”) trouxe uma nova esperança de segurança jurídica aos investidores, disciplinando o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. Instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, o rito suspende o processo e é cabível em todas as suas fases, inclusive as executivas⁶¹.

Diante dessa inovação, o próprio Plenário do TST – que sempre adotou a teoria menor da desconconsideração da responsabilidade jurídica – editou Instrução Normativa expressando a aplicabilidade do incidente ao processo do trabalho⁶². Adaptando as normas especiais da CLT aos comandos do CPC, aquele ato normativo consignou apenas uma ressalva: a iniciativa executiva do juiz laboral segue mantida, por força do art. 878, *caput*⁶³, da lei trabalhista.

Surpreendentemente, o combo “CPC + Instrução Normativa” ainda não foi suficiente para forçar a totalidade dos magistrados trabalhistas a cumprir o Direito posto. O resultado pode ser aferido em

ex-sócios pelas obrigações trabalhistas contraídas pela sociedade. *Revista de direito mercantil, industrial e econômico*, São Paulo, n. 148, p. 59-89, 2007, p. 76-77.

61 Código de Processo Civil: “Art. 133. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo [...] Art. 134. O incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial [...] § 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica. § 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º. § 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconconsideração da personalidade jurídica”.

62 Instrução Normativa nº 39/2016, veiculada na Resolução nº 203/2016: “Art. 6. Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878)”.

63 “Art. 878. A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou ex officio pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior [...]”.

alguns precedentes regionais, que seguem firmes na fé cega de que a iniciativa executiva do juiz do trabalho o isentaria de instaurar o incidente de desconsideração de personalidade jurídica⁶⁴.

Não se trata disso.

Sem margem a dúvidas, o atual retrato normativo indica que, na fase executiva, o magistrado pode instaurar o incidente de ofício, somando-se a legitimidade ativa da CLT (art. 878, *caput*) à do CPC (art. 133, *caput*). Em que pese ser este o sentido para o qual vem se reorientando a maioria dos arestos⁶⁵, a resistência ainda é forte, che-

64 Confira-se trecho do inteiro teor de acórdão proferido no âmbito Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, o qual, mesmo fazendo referência à Resolução TST nº 203/2016, confere-lhe interpretação diametralmente oposta: “Irresignados, os executados arguem a nulidade da r. decisão de 1º grau, alegando violação ao devido processo legal, por desrespeito ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 e seguintes, do CPC. Sem razão. A possibilidade da execução de ofício singulariza o processo do trabalho desde seu surgimento. O impulso oficial em sede de execução articula-se com o princípio que consagra o direito à razoável duração do processo como uma das garantias fundamentais do cidadão, inscrito no Texto Constitucional em vigor [...] Também o Diploma Consolidado (artigo 878, *caput*) confere ao juiz o poder-dever de promover a execução de ofício, em perfeita harmonia com o artigo 765, que faculta ao juiz a adoção de todas as medidas necessárias à efetividade processual, dentre as quais se incluem as providências executivas aptas a cumprimento de decisão judicial transitada em julgado. Nessa ordem, pode e deveo magistrado proferir decisão interlocutória fundamentada, quando comprovada a insuficiência de bens da sociedade executada, a fim de desconsiderar a personalidade jurídica do ente empresarial e direcionar a execução para os bens patrimoniais dos sócios. No mesmo sentido, a Instrução Normativa nº 39, que em seu artigo 6º prevê: Art. 6º – Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878)” (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 1ª Região. Agravo de Petição nº 0002100-17.2007.5.01.0005. Quinta Turma. Relator: Des. Marcia Leite Nery. Data de Julgamento: 30 mai. 2017. Data de Publicação: 13 jun. 2017). Em sentido congêneres, cf. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região. Agravo de Petição nº 00005364320135040802. Seção Especializada em Execução. Relator: Des. Cleusa Regina Halfen. Data de Julgamento: 13 jun. 2017. Data de Publicação: 20 jun. 2017.

65 “AGRAVO DE PETIÇÃO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INICIATIVA DE OFÍCIO NA FASE DE EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. A iniciativa do Juiz do trabalho para instaurar incidente de desconsideração da personalidade jurídica do devedor, na fase de execução, está assegurada no art. 878 da CLT c/c o art. 6º da IN nº 39/2016 do TST. Existindo previsão expressa na legislação trabalhista cuidando da legitimidade ativa para a

gando ao cúmulo de um órgão colegiado negar a aplicação do incidente por considerá-lo um “contribuidor da morosidade processual” e um “desserviço à efetividade da prestação jurisdicional”⁶⁶. *Au revoir*, garantias processuais!

execução, incluindo a atuação de ofício do próprio juiz responsável pelos atos executórios, não há porque se questionar a sua aplicabilidade em razão do novo regramento processual civilista. Agravo de petição conhecido e não provido” (PARAÍBA. Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região. Agravo de Petição nº 0130201-62.2014.5.13.0015. Segunda Turma. Relator: Des. Wolney de Macedo Cordeiro. Data de Julgamento: 13 dez. 2016. Data de Publicação: 25 jan. 2017). Cf., ainda, MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Agravo de Petição nº 0001727-90.2013.5.03.0143. Décima Turma. Relatora: Des. Taisa Maria Macena de Lima. Data de Julgamento: 31 mai. 2017. Data de Publicação: 6 jun. 2017; PERNAMBUCO. Tribunal Regional do Trabalho 6ª Região. Agravo Regimental nº 0000191-62.2017.5.06.0000. Tribunal Pleno. Relator: Des. Fabio Andre de Farias. Data de Julgamento: 6 jun. 2016. Data de Publicação: 12 jun. 2017; SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho 12ª Região. Agravo de Petição nº 00260-1996-030-12-00-2. Segunda Turma. Relator: Des. Roberto Luiz Guglielmetto. Data de Julgamento: 29 jun. 2016. Data de Publicação: 12 jul. 2016; SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região. Agravo de Petição nº 00088007220015020043. Décima Quarta Turma. Relator: Des. Francisco Ferreira Jorge Neto. Data de Julgamento: 4 ago. 2016. Data de Publicação: 11 ago. 2016; PARAÍBA. Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região. Agravo de Petição nº 0131170-76.2015.5.13.0004. Segunda Turma. Relator: Des. Wolney de Macedo Cordeiro. Data de Julgamento: 19 dez. 2016. Data de Publicação: 27 jan. 2017; RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho 1ª Região. Mandado de Segurança nº 01007864420165010000. SEDI-2. Relator: Des. Volia Bomfim Cassar. Data de Julgamento: 15 set. 2016. Data de Publicação: 28 set. 2016; MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Sétima Turma. Agravo de Petição nº 0001727-90.2013.5.03.0143. Relatora: Des. Sabrina de Faria Fróes Leão. Data de Julgamento: 24 nov. 2016. Data de Publicação: 2 dez. 2016.

66 “INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. O rito do incidente de desconsideração da personalidade jurídica doapenas contribui para a morosidade processual, além de ser um desserviço à efetividade da prestação jurisdicional. O incidente só interessa ao mal pagador, que no caso do processo do trabalho é uma empresa ou um empresário que explorou, de forma irresponsável, o trabalho alheio, ferindo, por consequência, normas de direitos fundamentais. Não tem o menor sentido falar em garantias de direitos fundamentais processuais ao infrator da ordem jurídica quando essas garantias destroem a eficácia de direitos fundamentais materiais, até porque na desconsideração da personalidade seguida da penhora de bens não se nega o contraditório apenas este é postergado para que as medidas processuais, que visam a garantir o direito fundamental material, tenham eficácia. Agravo desprovido” (ESPÍRITO SANTO. Tribunal Regional do Trabalho 17ª Região. Agravo de Petição nº 01910003419935170003. Primeira Turma. Relator: Des. Cláudio Armando Couce de Menezes. Data de Julgamento: 7 mar. 2017. Data de Publicação: 13 mar. 2017).

No galope da escola de desincentivo ao investimento, a jurisdição fiscal não ficou para trás. A disciplina do CTN, pensada como um elemento de proteção contra o uso fraudulento da pessoa jurídica, passou a ser aplicada como uma solução punitiva pelo simples inadimplemento societário.

Na primeira década de funcionamento do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), considerava-se como “fraude à lei” o simples inadimplemento das dívidas de cunho tributário, abrindo a via da responsabilidade dos quotistas pelas dívidas societárias⁶⁷. Só após o Código Civil de 2002 houve mudança no entendimento da Corte, quando inúmeros julgados⁶⁸ ressaltaram a possibilidade de redirecionamento da execução fiscal apenas quando houvesse culpa do sócio-administrador.

Nesse novo contexto de responsabilidade subjetiva, o STJ editou a Súmula nº 430, pela qual “o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”. Com isso, a Fazenda Pública precisava criar uma maneira de contornar a análise de mérito das demandas fiscais,

67 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Medida cautelar fiscal – responsabilidade tributária do sócio-gerente (CTN, art. 135). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 739, p. 115-131, 1997, p. 125-126; MORAES, Fabrício Machado de. Responsabilidade patrimonial pessoal de sócios e administradores na sociedade limitada: análise com maior referência à responsabilidade tributária. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 86, p. 73-108, 2009, p. 94-96.

68 V.g., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 513.912/MG. Segunda Turma. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Data de Julgamento: 7 jun. 2005. Data de Publicação: 1 ago. 2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 573.849/PR. Segunda Turma. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Data de Julgamento: 26 set. 2006. Data de Publicação: 20 out. 2006; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 801.659/MG. Segunda Turma. Relator: Min. Eliana Calmon. Data de Julgamento: 10 abr. 2007. Data de Publicação: 20 abr. 2007; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo nº 1.093.097/MS. Segunda Turma. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Data de Julgamento: 9 jun. 2009. Data de Publicação: 23 jun. 2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo nº 1.247.879/PR. Primeira Turma. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Data de Julgamento: 18 fev. 2010. Data de Publicação: 25 fev. 2010, entre outros.

o que fora feito pelo nada parcial mecanismo da Certidão de Dívida Ativa (“CDA”).

Como autoridade constituidora da CDA, a Administração Pública passou a lançar sorrateiramente não apenas a sociedade empresária como devedora, mas também seus sócios – administradores ou não – enquanto corresponsáveis, desdenhando da limitação da responsabilidade patrimonial⁶⁹. Gerada pelo ente fazendário e em seu próprio interesse, a CDA possui presunção legal de certeza e liquidez, efeito de prova pré-constituída⁷⁰ e força de título executivo extrajudicial⁷¹.

Com tantos atributos, não é estranho perceber porque, também na seara fiscal, ignora-se a *business judgment rule* em prol da satisfação do crédito estatal, pouco importando se o patrimônio de eventuais investidores sem ingerência administrativa será atingido.

69 MORAES, Fabrício Machado de. Op. cit., p. 98-104; CAMPOS, Aline França. A responsabilidade do sócio de sociedade limitada no direito tributário. *Revista de Direito Empresarial*, Belo Horizonte, a. 11, n. 3, p. 197-214, set./dez. 2014, p. 209-210; CHAVES, Rodrigo de Moraes Pinheiro. *A importância do devido processo legal administrativo na atribuição de responsabilidade tributária aos sócios e administradores*. 2010. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2010, p. 54; Curioso também perceber como essa prática fazendária é reconhecida e admitida pelos tribunais, como mostra o STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.326.221 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.326.221/DF. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Data de Julgamento: 6 jun. 2013. Data de Publicação: 7 jun. 2013), *in verbis*: “[...] percebe-se, contudo, que a parte recorrente tenta atribuir ao recorrido a responsabilidade pelo pagamento dos tributos não realizado pela empresa, partindo da presunção de que, se o nome do ex-sócio consta da CDA, é porque a cobrança é legítima; nada mais enganoso, pois o que se observa, na prática, é que o Fisco trata os responsáveis pelas pessoas jurídicas como devedores solidários das obrigações tributárias, incluindo seus nomes na CDA indiscriminadamente sem qualquer apuração prévia acerca da existência de atos ilícitos”.

70 Código Tributário Nacional: “Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída [...]”. Lei de Execuções Fiscais: “Art. 3º. A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez [...]”.

71 Código de Processo Civil: “Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: [...] IX – a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; [...]”.

Aliado a isso, a fé pública da CDA inverte o ônus da prova em desfavor dos cotistas⁷², onerando-os em prol de uma impossível e leonina prova negativa.

Pelo visto até aqui, as demandas fiscais representam apenas mais um flanco de risco ao patrimônio de investidores. A imprevisibilidade dos ataques não se restringe à quantidade de bens que podem ser chamados a cobrir dívidas societárias, mas também à fonte dessa responsabilidade – tributária, civil, concorrencial, ambiental, consumerista e trabalhista. Sopesando tantas incertezas, a busca por uma via de segurança jurídica para o investidor se tornou uma agenda prioritária para os advogados mercantis. Na tentativa de superar os descompassos legislativos e judiciários da escola de desincentivo ao investimento, um antigo modelo societário voltou a ganhar força: a conta de participação.

3. Sociedade em conta de participação e proteção ao investimento.

É no mínimo curioso perceber o atual status inovador da sociedade em conta de participação (“SCP”) na praxe jurídica⁷³. Com

72 “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA, CUJOS NOMES CONSTAM DA CDA, NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DE DEFESA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art.do, ou seja, não houve a prática de atos “com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1104900/ES. Primeira Seção. Relator: Min. Denise Arruda. Data de Julgamento: 25 mar. 2009. Data de Publicação: 1 abr. 2009).

73 Ilustrando essa afirmação, cf. SION, Alexandre; PELUCI, Giovanni. Sociedade em conta de participação: instrumento para investimentos. *Revista jurídica Consulex*, a. XVIII, n. 427, 2014, p. 46-47; GABRICH, Frederico de Andrade; SIMÕES, Lorena Arantes. Sociedade em conta de

efeito, os registros desse mecanismo de associação mercantil remontam aos contratos de comandita do final da Idade Média. Expandido o comércio marítimo, comendadores aportavam dinheiro e/ou mercadorias aos tratadores de navios, que geriam e efetivavam os empreendimentos acordados nas jornadas ultramarinas semeadoras do processo de globalização, repartindo os lucros auferidos⁷⁴.

O modelo de negócio no qual uma parte organizava os fatores de produção e outra contribuía “somente” com o capital tornou-se um generalizado instrumento de captação de recursos, expandindo-se no começo da Idade Moderna. Ademais, a vedação do comércio aos nobres e a força religiosa contra a usura contribuíram com o desenvolvimento de uma marca que, até hoje, acompanha muitas SCPs: o caráter sigiloso do vínculo entre as partes⁷⁵.

Dali em diante, razões variadas fizeram oportuno a muitos indivíduos omitirem-se nas relações com os destinatários finais da mercancia, apenas interessando-lhes os resultados das empreitadas. Com o movimento pós-napoleônico das codificações, as SCPs foram positivadas na França (1807), na Espanha (1829) e em Portugal (1833), desembarcando no Brasil juntamente com o Código Comercial de 1850⁷⁶.

participação: estratégia e inovação. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 14, n. 28, jul./dez. 2011, p. 111-133.

74 GALIZZI, Gustavo Oliva. *Sociedade em conta de participação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 21-22; BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial terrestre*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 288-289. Navarrini e Fagella vão além, aproximando-os às formas primitivas de sociedade, haja vista a grande liberdade de sua constituição e dissolução. Apesar de afirmarem que historiadores encontraram essa forma de associação mercantil desde a Atenas clássica, admitem que Poulle, após muitos esforços, não encontrou fontes seguras ou concludentes a esse respeito (NAVARRINI, U.; FAGELLA, G. *Das sociedades e das associações comerciais*. Traduzido por Valentina Borgerth Loehnefinke. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, v. III, 1950, p. 266-269). A seu turno, Carvalho de Mendonça assevera uma origem romana, à época dos imperadores Deocleciano e Maximiano (CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Traçado de Direito Comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. IV, 1954, p. 224).

75 GALIZZI, Gustavo Oliva. Op. cit., p. 22.

76 Ibidem, p. 23.

Hoje revogado, o art. 326 do Código Comercial categorizava o sócio ostensivo – antigo tratador – como “o único que se obriga para com terceiros”. Os outros sócios – antigos comendadores –, ficavam obrigados unicamente para com o primeiro “por todos os resultados das transações e obrigações sociais empreendidas nos termos precisos do contrato”.

Passado um século e meio, essa ideia remanesceu imutável no art. 991 do Código Civil de 2002⁷⁷. Aqui, expressou-se que o sócio ostensivo (i) é o único que exerce a atividade constitutiva do objeto social, fazendo-o (ii) em nome individual e (iii) sob sua própria e exclusiva responsabilidade. Em seu parágrafo único, o mesmo dispositivo consignou que o sócio ostensivo é o único obrigado perante terceiros e que os demais consócios – chamados de participantes ou ocultos – respondem exclusivamente perante o primeiro.

A prolixidade existe, mas tem sua razão. Ora, se o *caput* do art. 991 já anunciava a responsabilidade “própria e exclusiva” do sócio ostensivo, é óbvio que ele é o único obrigado perante terceiros. No entanto, longe de ser mera atecnia, esse *bis in idem* legislativo simboliza o clamor por segurança jurídica nas relações entre *share* e *stakeholders* das SCPs.

O propósito da regulação vigente das SCPs é bastante claro: estimular que *investidores* adiram a empreendimentos que dinamizem a economia e ofertem produtos ou serviços. Nesse formato, cabe ao interessado a capitalização do sócio ostensivo, sobremaneira por meio do aporte de dinheiro ou bens para a formação do patrimônio especial. Como regra-geral, a condução do negócio fica a cargo de quem, ostensivamente, exercerá empresa.

77 Código Civil: “Art. 991. Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes. Parágrafo único. Obriga-se perante terceiro tão-somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social”.

3.1. Fronteiras da salvaguarda patrimonial dos investidores.

Como aponta Galizzi⁷⁸, quando o sócio ostensivo entra em relações jurídico-obrigacionais com outrem, não o faz na qualidade de presentante de uma SCP, mas em nome próprio. Os terceiros que com ele tratam não possuem qualquer pretensão jurídica em face dos investidores, uma vez que o contrato social, embora exista juridicamente⁷⁹, não produz efeitos para além dos *shareholders*.

A motivação jurídica para a irresponsabilidade do participante está, precisamente, na ausência de interferência negocial: se o investidor não trata com *stakeholders*, não pode ser responsabilizado pelos danos que o sócio ostensivo vier a causar em nome próprio.

Se esse quadro de abstenção explica a blindagem legal, o oposto também é verdadeiro. Em outras palavras, a proteção patrimonial deixará de existir quando o investidor ultrapasse essa fronteira, passando a tomar parte nas relações com terceiros. Nesses casos, por norma cogente⁸⁰, responderá solidariamente com o sócio ostensivo pelas obrigações em que intervier.

Nesse panorama jurídico, os tribunais têm geralmente atuado da maneira esperada, identificando situações de subsunção tanto à regra-geral das SCPs – adstringindo a responsabilidade patrimonial ao sócio ostensivo⁸¹ –, quanto à sua exceção – alcançando o patrimônio

78 GALIZZI, Gustavo Oliva. Op. cit., p. 110-112. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 417-418.

79 Sobre as peculiaridades do contrato social no âmbito das SCPs, cf. COSTA, José Maria da. *A sociedade em conta de participação no Direito de empresa do Código Civil de 2002*. 2006. 310 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 201-209.

80 Código Civil: “Art. 993. [...] Parágrafo único. Sem prejuízo do direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, o sócio participante não pode tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier”.

81 “DUPLICATA. EMISSÃO POR FORNECEDORA DE MOBILIÁRIO CONTRA O PROPRIETÁRIO DE UNIDADE AUTÔNOMA DE EDIFÍCIO. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO.

de investidores que interferiram nas relações do sócio ostensivo com terceiros⁸².

RESPONSABILIDADE PERANTE TERCEIROS. SÓCIO OSTENSIVO. Na sociedade em conta de participação o sócio ostensivo é quem se obriga para com terceiros pelos resultados das transações e das obrigações sociais, realizadas ou empreendidas em decorrência da sociedade, nunca o sócio participante ou oculto que nem é conhecido dos terceiros nem com estes nada trata. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 192603/SP. Quarta Turma. Relator: Min. Barros Monteiro. Data de Julgamento: 15 abr. 2004. Data de Publicação: 1 jul. 2004). Cf. ainda, SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região. Agravo de Petição nº 00340002220065020006. Oitava Turma. Relator: Des. Rovirso Boldo. Data de Julgamento: 23 out. 2013. Data de Publicação: 28 out. 2013; SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 2011.016785-4. Segunda Câmara de Direito Comercial. Relator: Des. João Batista Góes Ulysséa. Data de Julgamento: 11 out. 2011. Data de Publicação: 25 out. 2011; PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento nº 1554994. Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Roberto De Vicente. Data de Julgamento: 8 jun. 2004. Data de Publicação: 28 jun. 2004; PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 13211420. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Des. Denise Kruger Pereira. Data de Julgamento: 3 jun. 2015. Data de Publicação: 23 jun. 2015; RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho 1ª Região. Recurso Ordinário nº 00524005420095010282. Segunda Turma. Relator: Des. José Geraldo da Fonseca. Data de Julgamento: 30 abr. 2014. Data de Publicação: 9 mai. 2014; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 0119376-96.2008.8.26.0002. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Paulo Alcides. Data de Julgamento: 30 ago. 2012. Data de Publicação: 31 ago. 2012.

82 “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL E EMPRESARIAL. SOCIEDADE EMCONTA-DEPARTICIPAÇÃO.RESPONSABILIDADEDO SÓCIOPARTICIPANTEPERANTE TERCEIROS.RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. UNANIMIDADE. 1. Na sociedade porcontadeparticipação, apenas o sócio ostensivo assume, em seu nome, todas as obrigações perante terceiros, cabendo, ao sócioparticipante, tão somente atividade de financiamento e fiscalização das ações do primeiro; 2. No entanto, segundo a regra do parágrafo único do art. 993 do Código Civil, o sócioparticipanteresponderá pelas obrigações contraídas caso pratique atos inerentes ao sócio ostensivo; 3. O Agravante não poderia tomar parte nas negociações com os condôminos, e, ao fazê-lo, extrapolou a sua esfera de atuação, qual seja, de apenas fiscalizar a ação do sócio ostensivo, passando, então, a responder solidariamente pelas obrigações por este contraídas; 4. Recurso conhecido e desprovido” (ALAGOAS. Tribunal de Justiça de Alagoas. Agravo de Instrumento nº 0001748-90.2010.8.02.0000. Primeira Câmara Cível. Relator: Juiz Conv. Ivan Vasconcelos Brito Júnior. Data de Julgamento: 9 nov. 2011. Data de Publicação: 9 nov. 2011). Cf., ainda, PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. Agravo de Petição nº 18412-2004-8-9-0-0. Seção Especializada. Relator: Des. Luiz Celso Napp. Data de Publicação: 22 abr. 2008; DISTRITO FEDERAL E TOCANTINS. Tribunal Regional do Trabalho 10ª Região. Recurso Ordinário nº 01093-2013-020-10-00-2. Segunda Turma. Relator: Des. Elke Doris Just. Data de Julgamento: 24 set. 2014. Data de Publicação: 10 out. 2014.

3.1.1. O rompimento estimulado pela doutrina.

Apesar do quadro legal, alguns autores vêm reconhecendo ou defendendo vias para o rompimento da proteção patrimonial do sócio participante. Nessa linha, há quem entenda que (i) o sócio ostensivo possui ação regressiva em face dos ocultos⁸³; (ii) o registro da sociedade implica em responsabilidade do sócio participante⁸⁴; e que (iii) o aperfeiçoamento futuro dessa estrutura societária só se dará quando ela – a SCP – puder ser chamada à responsabilidade social⁸⁵.

Definitivamente, é errado afirmar que o sócio ostensivo tem ação regressiva em abstrato contra o participante. O interesse de agir em demandas dessa ordem só existirá se – e somente se – o contrato social da SCP permitir. Omissis este, a regra-geral segue vigente: a responsabilidade do sócio ostensivo é própria e exclusiva (CC, art. 991, *caput*).

Pela segunda linha argumentativa, o fato de o registro conferir publicidade à estrutura societária, revelando a terceiros quem compõe a SCP, poderia trazer benefícios à sociedade em virtude de uma eventual solidez financeira do sócio participante. Por isso, caso o ostensivo realizasse qualquer ato lesivo contra terceiro de boa-fé, o participante não poderia se valer da prerrogativa de não exercer a empresa.

Com efeito, é totalmente equivocado ligar o registro da sociedade a uma pretensa responsabilidade do sócio participante. No âm-

83 AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. *A sociedade em conta de participação no direito brasileiro*. 2014. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 121.

84 ARAÚJO, Hellom Lopes. Sociedade em conta de participação: importância do seu uso originário e estratégico. *Revista Pensar*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 1-21, dez. 2010, p. 16-19.

85 ARAÚJO, Alan Pereira de. Sociedade em conta de participação: passado, presente e futuro. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 49, n. 64, p. 57-83, jul./dez. 2015, p. 78-82.

bito das SCPs, o ato registral serve apenas como meio de segurança probatória entre as partes (CC, art. 992). Ademais, além da própria e exclusiva responsabilidade do ostensivo (CC, art. 991, *caput*), o contrato social só produz efeito entre os sócios, e “a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade” (CC, art. 993). Enfim, o registro não desvirtua a SCP de suas características legais⁸⁶.

Ainda que se admitisse a alegação de desconhecimento de lei imperativa⁸⁷, seria excessivamente generoso com o terceiro atribuir-lhe a qualificante da boa-fé quando, tendo ao trabalho de consultar o registro público para saber quem são os sócios da SCP, fosse-lhe conveniente não ler sobre as responsabilidades externas eventualmente descritas no contrato.

Quanto à proposta derradeira, em substância, ela estimula o rompimento da limitação de responsabilidade patrimonial em prol de uma chamada “responsabilidade social” da SCP, que deveria ser positivada enquanto dever jurídico. Segundo o autor, essa pretensão se justificaria para evitar o uso da sociedade como meio de fraude às legislações trabalhista, tributária e consumerista.

O raciocínio parece-me falível. De pronto, não há responsabilidade – de nenhuma ordem – da SCP, afinal, ela é ente despersonalizado, razão pela qual o ostensivo exerce a atividade social em nome próprio. Outrossim, o legítimo receio de fraudes já é albergado pela

86 ANDRADE, Fábio Martins de. Da sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 33, p. 39-57, jan. 2008, p. 45-46; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.795 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 148-149; ALMEIDA, Amador Paes de. *Execução de bens dos sócios*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 125-127; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 870; DINIZ, Maria Helena. *Lições de direito empresarial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 52; AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. Op. cit., p. 49; BORGES, João Eunápio. Op. cit., p. 151-154; 292-293.

87 Lei de introdução às normas do Direito brasileiro: “Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

lei: para além da nulidade do negócio simulado⁸⁸, quando o participante trata com terceiros e se utiliza da conta de participação apenas para proteger seu patrimônio em prejuízo de *stakeholders* – *v.g.*, colocando algum laranja como ostensivo –, responderá solidariamente nas obrigações em que intervier (CC, art. 993, parágrafo único).

3.1.2. O rompimento executado pelas Cortes trabalhistas.

Até aqui, as linhas argumentativas supracitadas ainda não foram enfrentadas pelos tribunais brasileiros⁸⁹. Por outro lado, no âmbito da jurisprudência laboral, desenvolveu-se uma nova linha de pensamento: a que associa a prática de atos de administração à responsabilidade jurídica. Segundo ela, quando a atuação do sócio participante ultrapassa o mero direito de fiscalização, sua proteção patrimonial se rompe, pois “quem como tal age não pode ficar isento de responsabilidades, sob pena de fomentar práticas indesejáveis juridicamente, em prejuízo de terceiros”⁹⁰.

88 Código Civil: “Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. § 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I – aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II – contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; [...]”.

89 Após exaustiva pesquisa, nada que se alinhasse àqueles argumentos foi encontrado em nos tribunais brasileiros. Utilizou-se como fonte o banco de dados da plataforma Jusbrasil (“<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>”, acesso em: 22 jun. 2017). Foram buscadas as seguintes chaves: “conta de participação” registro; “conta de participação” responsabilidade; “conta de participação” “ação regressiva”; “conta de participação” regresso; “conta de participação” regressiva; e “conta de participação” publicidade.

90 “SÓCIO DE FATO – CARACTERIZAÇÃO. Não é raro no meio empresarial a criação de sociedade em conta de participação (SCP), na qual se depara com a existência do chamado sócio participante (sócio não ostensivo), que não se revela nas relações da sociedade, permanecendo oculto em face de terceiros, mas que participa da administração e dos resultados, ou seja, no âmbito interno da empresa sabe-se da existência de outros sócios, que investem recursos e objetivam retorno. Quem como tal age não pode ficar isento de responsabilidades, sob pena de fomentar práticas indesejáveis juridicamente, em prejuízo de terceiros. O conceito pode ser expandido para o caso concreto com o fito de se alcançar a realidade dos fatos e imputar res-

Impressiona a facilidade com a qual alguns órgãos do Poder Judiciário impõem ideários de justiça não legitimados pelo parlamento. Estamos diante de um caso simbólico. Não importou, para os Tribunais Regionais do Trabalho (“TRTs”), que a lei categorizasse – prolixamente – a responsabilidade exclusiva do sócio ostensivo. Igualmente, ignorou-se que só existe uma única exceção legal a essa diretriz no âmbito dos atos lícitos: a tomada de parte nas relações com terceiros (*stakeholders*).

Vejamos o seguinte exemplo. XX LTDA. (ostensivo) e YY (participante) constituem SCP para o fim específico de desenvolver um loteamento imobiliário. Considerando o know-how de YY na área de recursos humanos, acordam que todo o processo de recrutamento e treinamento de funcionários será desenvolvido por ele. Ao final, XX contratará rigorosamente as pessoas indicadas por YY, que frequentará a sede de XX e o canteiro de obras para averiguar o cumprimento das obrigações pelos trabalhadores e lhes dar ordens. Quanto a XX, lhe caberá exercer a empresa em todos os outros aspectos – marketing, prospecção de clientela, negociações, contratos de fornecimento, insumos, infraestrutura de água, luz, telefone, etc.

Dado o panorama, imagine a propositura de duas demandas judiciais contra XX e YY em litisconsórcio passivo. A primeira, movida por um empregado; a segunda, por um fornecedor de vigas. YY será parte legítima para responder a ambas?

Não. Sua responsabilidade só poderá exsurgir no âmbito trabalhista, na medida em que intervinha nessas obrigações. Em que

ponsabilidades. Agravo de petição conhecido e provido. Grifou-se” (PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. Agravo de Petição nº 18412-2004-8-9-0-0. Seção Especializada. Relator: Des. Luiz Celso Napp. Data de Publicação: 22 abr. 2008); Cf., ainda, RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região. Agravo de Petição nº 30800-02.2013.5.21.0016. Relator: Des. José Barbosa Filho. Data de Publicação: 3 ago. 2015; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Agravo de Petição nº 0146040-13.2003.5.04.0291. Relator: Carlos Alberto Robinson. Data de Publicação: 12 dez. 2007, entre outros julgados.

pese YY desenvolver parte do poder de direção da organização mercantil em prol da SCP – logo, parcela da administração –, remanesce intransponível a sua barreira patrimonial quanto a todas as outras relações jurídicas – entre elas, a firmada com o fornecedor de vigas. E por quê? Porque YY não tratava com eles!

Gostemos ou não, o legislador quis que as relações internas entre o sócio participante e o ostensivo fossem irrelevantes para fins de responsabilização patrimonial. O contrato social é absolutamente livre para discipliná-las, sem transcender seus efeitos para além dos *shareholders*⁹¹, salvo quando, na constância da sociedade, venha o participante a tomar parte nas relações com terceiros⁹².

Mesmo nas relações dos ostensivos com terceiros, a lei⁹³ assegura a intervenção fiscalizadora dos participantes. Logo, se a atuação do participante se restringe à averiguação de conformidades, pedidos de contas e atos congêneres, sua responsabilidade patrimonial segue blindada e restrita ao aporte dos fundos sociais em favor do ostensivo. Em suma, é incorreto pensar que o sócio participante só tem direito à informação, como se infere dos precedentes dos TRTs, uma vez que o destaque legal a essa prerrogativa se cinge à sua interferência nas relações do ostensivo com terceiros.

Atendendo-se à subsidiariedade das normas sobre as sociedades simples⁹⁴, não há como negar aos participantes os direitos de voz

91 Código Civil: “Art. 993. O contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade”.

92 Código Civil: “Art. 993. [...] Parágrafo único. Sem prejuízo do direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, o sócio participante não pode tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier”.

93 *Ibidem*.

94 “Art. 996. Aplica-se à sociedade em conta de participação, subsidiariamente e no que com

e voto nas relações internas⁹⁵ o que pode influenciar diretamente a condução do empreendimento pelo ostensivo. Igualmente, apesar de inusual, o investidor participante tem a faculdade de contribuir na sociedade com seu trabalho⁹⁶, o que pode perfeitamente envolver frações de atividade administrativa⁹⁷. No entanto, quando esta tangencie terceiros e exorbite o múnus de fiscalização, atrai-se a responsabilidade a que alude o art. 993, parágrafo único, do CC.

De fato, a posição *contra legem* de alguns TRTs corrobora com o esvaziamento da limitação da responsabilidade patrimonial. A exemplo do que ocorreu no âmbito da *disregard doctrine*, não é demais antever que os mesmos fundamentos errôneos utilizados pelas Cortes trabalhistas serão, em breve, disseminados entre demandas de outras naturezas.

Quando até um instituto secular como as SCPs passa a ser atingido por um modelo de tutela que ignora os mais comezinhos postulados da autonomia da personalidade jurídica, algo precisa ser feito.

ela for compatível, o disposto para a sociedade simples, e a sua liquidação rege-se pelas normas relativas à prestação de contas, na forma da lei processual”.

95 Cf. AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. Op. cit., p. 131; COSTA, José Maria da. Op. cit., p. 248; GALIZZI, Gustavo Oliva. Op. cit., p. 155; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Op. cit., p. 151.

96 Código Civil: “Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: [...] V – as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços; [...]”

97 BRAGA, Bruno César Maciel. Sociedade de Propósito Específico e Sociedade em Conta de Participação: novas reflexões. *Revista de Direito Empresarial*, Belo Horizonte, a. 9, n. 2, p. 165-188, mai./ago. 2012, p. 172-181; GALIZZI, op. cit., p. 123; 155 “[...] em algumas situações excepcionais, os sócios participantes podem também se vincular externamente. Isso ocorre sempre que os mesmos tomam parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, caso em que responde solidariamente com este pelas obrigações em que intervierem [...] nada impede que os sócios participantes atuem ativamente na vida social, podendo, até, assumir funções de caráter administrativo”. Sem se referir especificamente a atividades administrativas, mas ao trabalho em geral, cf. SPINELLI, Luís Felipe et al. Contrato de investimento coletivo como modalidade de sociedade em conta de participação. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 61, p. 243-296, jul./set. 2013, p. 249-252.

4. Propostas para a proteção do investimento produtivo.

Para que perspectivas concretas sejam desenvolvidas nesse sentido, penso ser necessária a instigação de mudanças sistêmicas em *fronts* legal e jurisdicional.

4.1. Legal: redimensionando a desconsideração da personalidade jurídica.

Urge a eliminação da teoria do obstáculo do direito positivo brasileiro. Deflagrada no CDC (art. 28, § 5º), ela praticamente elimina a autonomia patrimonial nas relações consumeristas. Por incrível que pareça, esse fato foi notado pelo Presidente da República em suas razões de veto, segundo as quais “o caput do art. 28 já contém todos os elementos necessários à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que constitui, conforme doutrina amplamente dominante no direito pátrio e alienígena, técnica excepcional de repressão a práticas abusivas”. Entretanto, por algum engano até hoje mal explicado, errou-se a transcrição do parágrafo vetado: ao invés do § 5º, eliminaram o § 1º, tudo com o omissivo aval parlamentar.

Como visto linhas acima, a confusão ganhou volume. A teoria do obstáculo, que sequer deveria estar no CDC, foi importada pela legislação ambiental e replicada pela jurisdição trabalhista, superando os já elásticos paradigmas da teoria menor.

Historicamente, o Direito Comparado reconhece a fraude ou o abuso como os pontos capitais da *disregard doctrine*, não a simples dificuldade no adimplemento (teoria do obstáculo) ou a prática de atos ilícitos em geral (teoria menor). No *Companies Act* inglês, admite-se expressamente a desconsideração quando, na fase de liquidação societária, descobrir-se a realização de negócios fraudulentos⁹⁸.

98 “332. – (1) If in the course of the winding up of a company it appears that any business of the company has been carried on with intent to defraud creditors of the company or creditors

Nos Estados Unidos, a grande maioria das hipóteses de desconsideração envolvem fraude à lei, ao contrato ou aos credores⁹⁹. Permissões em cenários de *fraude* ou *abuso* também são encontradas na França¹⁰⁰, na Itália¹⁰¹, na Espanha¹⁰², em Portugal¹⁰³ e na Argentina¹⁰⁴. Ausentes, em todos esses países, o emprego da teoria do obstáculo.

Com efeito, desde a primeira sistematização feita por Rolf Serick¹⁰⁵, a aplicação da *disregard doctrine* foi descrita como uma declaração de ineficácia da personalidade jurídica “para determinado

of any other person or for any fraudulent purpose, the court, on the application of the official receiver, or the liquidator or any creditor or contributory of the company, may, if it thinks proper so to do, declare that any persons who were knowingly parties to the carrying on of the business in manner aforesaid shall be personally responsible, without any limitation of liability, for all or any of the debts or other liabilities of the company as the court may direct. On the hearing of an application under this subsection the official receiver or the liquidator, as the case may be, may himself give evidence or call witnesses [...]”.

99 Cf. COX, James D.; HAZEN, Thomas Lee. Op. cit., p. 274-280; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. Op. cit., p. 204-214.

100 PAERELS, Hélène. *Le dépassement de la personnalité morale*. Contribution à l'étude des atteintes à l'autonomie des personnes morales en droit privé et droit fiscal français. 425 f. Tese de Doutorado – Université du Droit et de la Santé. Lille II, 2008, p. 178-180.

101 BRUNO, Ferdinando. *Crisi di impresa e responsabilità da fatto illecito delle società alla luce dell'esperienza dei sistemi di common law*. 171 f. Tese de Doutorado – Università degli Studi di Napoli. Napoli, 2006, p. 111-122 – o autor se restringe ao âmbito das sociedades por ações.

102 BRUSCHI, Gilberto Gomes. Op. cit., p. 60-61.

103 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2004, v. I., t. 3, p. 624-626; 643-649.

104 *Ley de Sociedades Comerciales*: “ARTICULO 54. – [...] Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”. Cf., ainda, RIVERA, Julio César. *Instituciones de derecho civil*: parte general. 3. ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2004, t. 2, p. 259-261.

105 Na tese intitulada “Rechtsform und Realität juristischer Personen: ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person” (CORDEIRO, António Menezes. Op. cit., p. 623, apud SERIK, Rolf).

efeito, em caso concreto, em virtude de o uso legítimo [...] ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude)”¹⁰⁶. Equivale ao que, entre nós, convencionou-se chamar de teoria maior¹⁰⁷, nos termos desenvolvidos pelo art. 50 do CC. No Direito Comparado, suas maiores mudanças se deram em prol de uma objetivação da fraude e do abuso, tornando prescindível a averiguação do elemento subjetivo (ânimo) em executar uma prática desonesta em prejuízo de terceiros¹⁰⁸, retratando escolhas legislativas que, embora questionáveis, se mostram legítimas.

Por outro lado, a teoria do obstáculo não guarda correspondência estrangeira, tal qual não guardava na jurisprudência brasileira anterior à promulgação do CDC. Se antes da trapalhada no processo legislativo a *disregard doctrine* era aplicada no Brasil em situações excepcionais¹⁰⁹, agora pode-se dizer que o rompimento da personalidade jurídica virou a regra. De fato, o atual manejo do instituto leva

106 REQUIÃO, Rubens. Op. cit., p. 759-760.

107 COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 23-25.

108 CORDEIRO, António Menezes. Op. cit., p. 639-640; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. Op. cit. p. 219-220.

109 Tal qual segue sendo no direito estrangeiro. Cf., nesse sentido, BLOK, op. cit., p. 96-97; REQUIÃO, op. cit., p. 760-761: “É uma constante nos julgamentos dos tribunais americanos, como nos germânicos, que o levantamento do véu da personalidade jurídica, pela aplicação da ‘disregard doctrine’, é feito com extrema cautela e em casos excepcionais. Não se transformou, nas várias décadas em que tem sido usada, numa panacéia, aplicável ao talante de paixões, dúvidas e interesses momentâneos e menos graves. Os juízes norte-americanos que se vêm obrigados a aplicar a doutrina não perdem o ensejo de invocar o seu caráter excepcional, após acentuar a regra de que a pessoa jurídica normalmente se distingue da pessoa dos sócios que a compõem e que respeitam essa autonomia. Apenas no caso em que a fraude ou abuso de direito se revelam à calva é que suspendem o véu da personalidade, para colhêr a pessoa do sócio ou os bens envolvidos, para não se consumir a iniquidade [...] Quando propugnamos pela divulgação da doutrina da desconsideração da pessoa jurídica em nosso direito, o fazemos invocando aquelas mesmas cautelas e zelos de que a revestem os juízes norte-americanos, pois sua aplicação há de ser feita com extremos cuidados, e apenas em casos excepcionais, que visem a impedir a fraude ou o abuso de direito em vias de consumação”.

seu propagado caráter casuístico¹¹⁰ a um contraditório estado de expansiva e progressiva repetição.

Diante desse quadro, urge que o Legislativo redimensione os limites da desconsideração da personalidade jurídica para padrões equilibrados, não para tornar a autonomia patrimonial um valor absoluto oitocentista, mas para resgatar sua importância e força enquanto pedra angular do direito societário, tratando a desconsideração como uma exceção¹¹¹. Como fazê-lo? Penso que um caminho importante é o contido nos Projetos de Lei (“PLs”) que pretendem instituir um novo Código Comercial: os de nº 1.572/2011 (Câmara dos Deputados) e 487/2013 (Senado Federal).

Abstendo-me de entrar no polêmico mérito da necessidade de um novo Código, trato aqui apenas das proposições que possam impactar no futuro da limitação da responsabilidade patrimonial. Nesse ponto, ambos os projetos guardam redação semelhante após a apresentação do texto substitutivo ao PL nº 1.572/2011 em 2016¹¹², entre as quais:

(i) na principiologia geral, afirmam a importância, para toda a sociedade, “da proteção jurídica assegurada ao investimento privado feito com vistas ao fornecimento de produtos e serviços, na criação, consolidação ou ampliação de mercados consumidores, na inovação e no desenvolvimento econômico do país”;¹¹³

110 Isto é, ao argumento de que a desconsideração não elimina a personalidade jurídica, mas, tão-somente, a afasta especificamente no caso concreto.

111 COX, James D.; HAZEN, Thomas Lee. Op. cit., p. 271; GONÇALVES, Oksandro. Op. cit., p. 198-199.

112 CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 1572/2011: Histórico de Pareceres, Substitutivos e Votos. Disponível em: “http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos.jsessionid=3F545957B5A66781B74F011E3A0C03E8.proposicoesWebExterno1?idProposicao=508884”. Acesso em: 10 jul. 2017.

113 PL nº 1.572/2011, art. 4º, parágrafo único, III; PL nº 478/2013, art. 6º, III.

(ii) na principiologia societária, contemplam a “autonomia patrimonial” e a “proteção do investidor pela limitação de sua responsabilidade na aplicação de recursos na atividade econômica”;¹¹⁴

(iii) na regulação específica da desconsideração da personalidade jurídica, imputam “exclusivamente ao sócio ou administrador que tiver praticado a irregularidade que deu ensejo à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade”¹¹⁵ e afirmam a insatisfação da “simples insuficiência de bens” como argumento autorizador de sua aplicação do instituto em favor de credores¹¹⁶.

É inconteste que a eventual vigência desses vetores, seja por um novo Código Comercial, seja por alterações pontuais no Código Civil, aperfeiçoaria a segurança jurídica dos investidores. Esse avanço, todavia, ainda seria insuficiente para a superação da teoria do obstáculo, pois as relações específicas atualmente problemáticas continuariam sujeitas às suas normas especiais e, conseqüentemente, ao mesmo *modus operandi* interpretativo. Por essa razão, as positivas mudanças hoje encartadas nos PLs supracitados precisariam ser implementadas direta e sistemicamente nas normas especiais consumérista, ambiental e tributária.

4.2. Jurisdicional: realinhamento da legitimidade democrática e previsibilidade decisória.

No exercício da soberania, o Estado divide-se em funções¹¹⁷ que podem – no que lhes é comum desde Locke e Montesquieu – ser

114 PL nº 1.572/2011, art. 5º, I e III; PL nº 478/2013, art. 10º, I e IV.

115 PL nº 1.572/2011, art. 121, § 1º; PL nº 478/2013, art. 196, § 1º.

116 PL nº 1.572/2011, art. 121, § 4º; PL nº 478/2013, art. 197.

117 Aqui consideradas como manifestação específica do poder político por meio de atos e atividades específicos, duradouros e globalizados (MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 336-339).

classificadas como administrativas, legislativas ou jurisdicionais¹¹⁸. Essas tarefas são exercidas por órgãos como a Presidência da República, o Congresso Nacional e os Tribunais, sob o sistema de *checks and balances*.

O funcionamento harmônico dos órgãos que exercem parcela da soberania é a base fundante do Estado de (ou submisso ao) Direito. Por ele, todos os órgãos estatais devem exercer suas atividades sob o império da lei¹¹⁹. De fato, só o Direito pode dar a segurança esperada por todos os conviventes em sociedade, na medida em que consolida os valores de justiça dominantes em certo tempo¹²⁰.

Afora algumas exceções constitucionais, a criação do Direito pela fonte legislativa é prerrogativa parlamentar. Se, por um lado, essa positivação permite a “livre apreciação das oportunidades políticas, de cotejo de valores, de exame de situações e de contingências”¹²¹ postas em discussão, por outro, sua aplicação não guarda a mesma liberdade. Em outras palavras, com a transformação do valor em lei, não cabe ao magistrado, decidindo o caso concreto, conjecturar sobre a (in)justiça da escolha político-legislativa – como, a propósito, vem fazendo alguns TRTs¹²².

118 MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 219; REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, 352-353; PÉREZ, Francisco Porrúa. *Teoría del Estado*: teoría política. 40. ed. Ciudad de México: Porrúa, 2009, p. 391-392. Embora falando em poderes, e não funções, adotam-na também Paulo Bonavides (BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 149), Arturo Lastra (LASTRA, Arturo. *Teoría del Estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 107) e Reinhold Zippelius (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 2. ed. Tradução de Luís Cabral de Moncada. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984, p. 149-150), acrescentando este autor a função governativa como atividade suprema de direção do Estado.

119 PÉREZ, Francisco Porrúa. Op. cit., p. 375.

120 REALE, Miguel. Op. cit. p. 335.

121 Ibidem., p. 340.

122 Cf. ponto 3.1.2.

Uma atuação jurisdicional legítima demanda fuga dos extremos. Se o juiz que decide “conforme sua consciência” atrai o arbítrio, o juiz “boca da lei” simplesmente não consegue se exprimir, haja vista que a abstração e as lacunas jurídicas sempre demandarão uma hermenêutica de métodos integrados – *v.g.*, sistemático, histórico, teleológico, etc – interpretadora e criadora. Aliás, foi nessa direção que o positivismo evoluiu do estado exegético para o normativo¹²³.

Em que pese esse reconhecimento inevitável, a criatividade do juiz no ato de interpretar não se lastreia em uma liberdade desmedida.¹²⁴ Nesse espírito, o CPC expurgou do ordenamento o princípio do “livre convencimento motivado”, reforçando o necessário amparo das decisões judiciais no Direito posto¹²⁵. Em maior ou menor grau, os limites legais vinculam o juiz, sob pena de não se diferenciar substancialmente sua atividade da desenvolvida pelo legislador¹²⁶.

Pleitear o realinhamento da legitimidade dos juízes não significa vedar-lhes a interpretação, mas exigir que decisões sejam ancoradas nos contornos da lei, e não a partir de critérios pessoais¹²⁷. Só assim o juiz cumpre sua função extraprocessual “pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a senten-

123 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto—decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 87-90.

124 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 23-24.

125 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodvm, 2015, v. II, p. 102-103; THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 222.

126 CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 26-27.

127 Sobre a lei enquanto “moldura” de construção interpretativa, cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 249-250; STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 117. Esse também parece ser o desenvolvimento tacitamente proposto por Hart – HART, H. L. A. *The concept of Law*. 2. ed. New York: Oxford University, 1994, p. 135-136.

ça é pronunciada”¹²⁸. O povo que atribui ao parlamento a legitimidade para autorizar, tolerar ou proibir comportamentos dos sujeitos de direito, também confere aos magistrados – que exercem outra parcela do poder estatal – a legitimidade para decidir em consonância com as escolhas legislativas. Enfim, vigente a lei, as situações por ela criadas devem portar, o tanto quanto possível, as marcas da estabilidade ou continuidade, “ainda que injustas”¹²⁹.

De mais a mais, o respeito às escolhas legislativas traz uma saudável previsibilidade para o comportamento geral. Sem ela, é difícil que as pessoas prevejam as consequências de seus atos¹³⁰, acarretando insegurança quanto à tomada de atitudes sociais ou alocação de recursos, de modo que a garantia de posições jurídicas – propriedade, contratos e imputação de responsabilidade – depende não apenas da clareza da lei, mas também da expectativa de sua aplicação pelos tribunais¹³¹.

128 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p. 315.

129 ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Sentido e valor da jurisprudência. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (separata), Coimbra, v. XLVIII, p. 7-46, 1973, p. 15: “Daí o instituto da prescrição, e também, de certo modo, o princípio da não-retroactividade das leis e a força legal das sentenças transitadas e das decisões administrativas não recorridas”. STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 111: “[...] trata-se de superar as teses convencionalistas e pragmatistas a partir da obrigação de os juízes respeitarem a integridade do direito e a aplicá-lo coerentemente”.

130 Ao lado da certeza e da estabilidade, André Ramos Tavares aponta a “calculabilidade”, isto é, a possibilidade de conhecer, de antemão, as consequências dos próprios atos e atividades, como uma das formas de densificação do princípio da segurança jurídica (TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75). Cf., também, ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Op. cit., p. 16: “[...] pelo seu carácter de generalidade e abstracção, e pela forma escrita das suas disposições, a Lei tende a dar desde logo uma garantia mínima de certeza jurídica; e está nisso uma das grandes razões da sua prevalência como fonte do Direito”.

131 SZTAJN, Rachel. Incerteza legal e custos de transação: casuística jurisprudencial. *Revista de direito mercantil, industrial e econômico*, São Paulo, n. 155/156, p. 40-48, 2010, p. 41; BARROS, Eduardo Bastos de. A função constitucional da limitação da responsabilidade do sócio nas sociedades anônimas e limitadas. *Revista de Direito Empresarial*, Belo Horizonte, a. 12, n. 2, p. 73-90, mai./ago. 2015, p. 74-75.

No que nos interessa diretamente, se um investidor resolve aplicar seu capital como participante de uma SCP porque a lei lhe garante um *status* de irresponsabilidade jurídica frente a terceiros a decisão judicial que vier a afetar seu patrimônio particular em favor destes acarretará óbvios efeitos individuais negativos. Porém, suas consequências mais desastrosas são externas, na medida em que induzem outros investidores potencialmente interessados – ou mesmo participantes em outras operações – a, por exemplo, (i) contratar assessoria jurídica mais qualificada, aumentando custos de transação; (ii) alocar patrimônio em alternativas bancárias menos arriscadas; e/ou (iii) desmobilizar recursos já aportados.

Quando o Poder Judiciário toma decisões que desestabilizam um sistema legal constitucionalmente embasado e, conseqüentemente, a expectativa dos sujeitos frente aos contratos estabelecidos, tem-se um “efeito de descrédito que esvazia sua legitimidade democrática”¹³². Sequer pragmaticamente decisões dessa ordem costumam ser justificáveis, dado que efeitos econômicos negativos na alocação ótima de recursos são repartidos por toda a comunidade¹³³. Apesar disso, a maioria dos juízes acredita ter um papel redistributivista a desempenhar, e que violar contratos se justifica quando o objetivo é favorecer uma parte tida como mais fraca¹³⁴. É preciso, pois, um realinhamento da legitimidade democrática dos juízes, com a aproxima-

132 LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais*: aspectos introdutórios. Brasília: ENFAM, 2010, p. 33. O autor se ampara em Douglas North (In: *Structure and change in economic history*).

133 WILLIAMSON, Oliver E. *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University, 1996, p. 10-11; COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The journal of law & economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, out. 1960, p. 19-44: “[...] we have to bear in mind that a change in the existing system which will lead to an improvement in some decisions may well lead to a worsening of others. Furthermore we have to take into account the costs involved in operating the various social arrangements (whether it be the working of a market or of a government department), as well as the costs involved in moving to a new system. In devising and choosing between social arrangements we should have regard for the total effect”.

134 Cf., em pesquisa empírica, PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, judiciário e economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). *Direito & Economia*: análise econômica do Direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 263-279.

ção entre suas decisões e aquilo previsto em lei quanto à limitação da responsabilidade patrimonial.

5. Considerações finais.

Ao longo dessa investigação, verificou-se as bases legislativas e as tendências jurisdicionais sob as quais a limitação da responsabilidade patrimonial de investidores no Brasil vem se orientando. Sob elas, fez-se críticas e encaminhamentos visando à superação de um quadro de insegurança jurídica que, simultaneamente, afasta o capital das atividades empresárias (*investments*) e estimula a busca por alternativas rentáveis passivas e menos arriscadas (*savings*).

Naturalmente, não existe ambiente de negócios com decisões judiciais totalmente previsíveis. Uma pequena margem de incerteza jurisdicional faz parte do risco do investimento, de modo que desvios simbólicos da expectativa decisória não costumam afetar o destino do capital¹³⁵.

Porém, esse certamente não é o caso da limitação da responsabilidade patrimonial no Brasil. Quando a lei garante a irresponsabilidade do investidor frente a terceiros (*v.g.*, o caso das SCPs) e uma Corte, extrapolando sua legitimidade democrática, o responsabiliza *contra legem*, não se pode falar em desvio simbólico, mas em total quebra de expectativa. Quanto menos seguro o investidor se sentir quanto à abrangência de sua responsabilidade ao aportar capital em uma sociedade empresária, mais atrativo será, por exemplo, emprestar seu capital ao Tesouro Nacional ou a instituições financeiras, mormente ante à garantia soberana e ao lastro do Fundo Garantidor de Créditos (“FGC”)¹³⁶.

135 COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 194.

136 Autorizado pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), o FGC administra mecanismos de proteção a titulares de créditos contra instituições financeiras. Fazem parte da garantia ordinária proporcionada pelo FGC os seguintes créditos, até o valor de R\$250.000,00 por CPF e instituição financeira: depósitos à vista ou sacáveis mediante aviso prévio; depósitos de poupança; letras de câmbio; letras imobiliárias; letras hipotecárias; letras de crédito imobiliário; letras de crédito

Sob a ótica da circulação global dos investimentos, o atual quadro de insegurança quanto à limitação da responsabilidade patrimonial tanto (i) dificulta a entrada de capital estrangeiro quanto (ii) estimula a saída de recursos em geral. Sobre o primeiro aspecto, não surpreende que o Banco Mundial classifique o Brasil na 101ª posição global da facilidade de obtenção de crédito – ao lado de países como Libéria, Irã, Nicarágua, Tunísia e Afeganistão¹³⁷. Acerca do segundo, a remessa de capitais a mercados externos vem progressivamente deixando de ser prerrogativa de corporações multinacionais, passando à realidade de pequenos e médios investidores¹³⁸ que poderiam, houvesse um ambiente menos hostil, aportar recursos em atividades produtivas brasileiras.

Especialmente em um cenário de crise econômica, os custos sociais da relativização da limitação da responsabilidade patrimonial são maiores que os de sua garantia. Mesmo os eventuais prejuízos a credores involuntários – minimizáveis pela via securitária¹³⁹ – pare-

do agronegócio; depósitos a prazo, com ou sem emissão de certificado de Recibo de Depósito Bancário; certificado de depósito bancário; depósitos mantidos em contas não movimentáveis por cheques destinadas ao registro e controle do fluxo de recursos referentes à prestação de serviços de pagamento de salários, vencimentos, aposentadorias, pensões e similares; operações compromissadas que têm como objeto títulos emitidos após 8 de março de 2012 por empresa ligada (FUNDO GARANTIDOR DE CRÉDITOS. *Sobre a garantia FGC*. Disponível em: “<http://www.fgc.org.br/garantia-fgc/sobre-a-garantia-fgc>”. Acesso em: 17 jul. 2017).

137 THE WORLD BANK. *Doing business*. Disponível em: “<http://www.doingbusiness.org/rankings>”. Acesso em: 17 jul. 2017.

138 BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Série histórica dos fluxos de investimento direto*: distribuições por país ou por setor. Disponível em: “<https://www.bcb.gov.br/htms/Infecon/SeriehistFluxoInvDir.asp>”. Acesso em: 17 de jul. 2017.

139 Enquanto credores voluntários (*v.g.* bancos e fornecedores) podem precificar ou aceitar o compartilhamento de riscos em prol de uma responsabilidade jurídica limitada ao capital social, a mesma prerrogativa não poderia ser exigida dos credores involuntários (*v.g.*, titulares de direito a ação por ato ilícito) (WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Op. cit.*, p. 156; 175). Fábio Ulhoa Coelho aponta o grau de negociabilidade da obrigação como diferenciador entre credores voluntários e involuntários (COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 27-28). Calixto Salomão, a seu turno, fala na dicotomia entre credores “profissionais ou institucionais”, para os quais haveria facilidade na obtenção de informação sobre riscos e “os demais” que não teriam dever de se informar ou negociar com a sociedade (SALOMÃO, Calixto. *O novo Direito Societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 272-273).

cem-me ser um ônus pequeno frente às benesses decorrentes do investimento em atividades produtivas. Diretamente, tal investimento repercute positivamente na geração de empregos, tributos e, até mesmo, tecnologia e inovação. Indiretamente, seu resultado – a oferta de mercadorias ou serviços à comunidade – aumenta a competitividade e, conseqüentemente, reduz preços e aumenta a qualidade dos bens em favor dos consumidores¹⁴⁰.

Em outras palavras, cada um dos benefícios diretos ou indiretos advindos da limitação da responsabilidade patrimonial concretiza valores fundamentais da república e da ordem econômica constitucional¹⁴¹. Como bem aponta Eduardo Barros¹⁴², ainda que a lógica econômica não pudesse, isoladamente, servir de justificativa para sua positivação, o instituto representaria uma opção política do legislador também pautada na consideração dos benefícios gerais decorrentes da expansão de atividades econômicas destinadas ao lucro.

De fato, o futuro da limitação da responsabilidade patrimonial passa pelo fortalecimento da autonomia jurídica das pessoas empresárias. Penso que os principais encaminhamentos aqui dados para esse fim – (i) redimensionamento da *disregard doctrine* e (ii) realinhamento da legitimidade democrática dos juízes e da previsibilidade decisória – são aptos a causar impactos positivos em prol, direta ou indiretamente, de toda a sociedade.

140 “One of the consequences of the lack of competition is well know: prices rise and quality decreases” (COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 200). Cf., também, CAMPOS, Aline França. Op. cit., p. 52-53.

141 Constituição Federal: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; [...] VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País [...]”.

142 BARROS, Eduardo Bastos de. Op. cit., p. 84-85.

LUCRO DA INTERVENÇÃO: A RESTITUIÇÃO DO LUCRO OBTIDO MEDIANTE INTROMISSÃO EM DIREITO ALHEIO¹

DISGORGEMENT OF PROFITS: RESTITUTION OF PROFIT OBTAINED THROUGH INTRUSION IN OTHER PEOPLE'S RIGHTS

*Cláudio Luiz de Miranda
Rodrigo da Guia Silva*

Resumo: O presente trabalho busca investigar o adequado enquadramento dogmático do lucro da intervenção no direito brasileiro. Parte-se da distinção funcional entre responsabilidade civil e vedação ao enriquecimento sem causa, com o que se afasta o lucro da intervenção do dano indenizável e se o aproxima do enriquecimento restituível. Cogita-se, então, da possibilidade de cumulação das parcelas restitutória e indenizatória. Destacam-se, na sequência, as dificuldades em matéria de definição do *quantum* a restituir, salientando a importância de consideração dos custos de produção suportados pelo interventor. Analisam-se, por fim, relevantes aplicações práticas da matéria.

Palavras-chave: Enriquecimento sem causa. Lucro por intervenção. Exclusão do lucro ilegítimo.

Abstract: The present paper aims to investigate the adequate dogmatic framework of the earnings per intervention in Brazilian law.

¹ Artigo recebido em 05.04.2017 e aceito em 29.12.2017.

It starts from the functional distinction between civil liability and prohibition of unjust enrichment, which removes the profit from the intervention of the indemnifying damage and approaches it to the refundable enrichment. Further, it is considered the possibility of aggregate the restitution and indemnity parcels. Subsequently, the difficulties in defining the *quantum* to be restored are highlighted, emphasizing the importance of considering the costs of production held by the intervener. Finally, relevant practical applications of the substance are analyzed.

Keywords: Unjustified enrichment. Earnings per intervention. Disgorgement of profits.

Sumário: 1. Introdução. 2. Distinção funcional entre responsabilidade civil e vedação ao enriquecimento sem causa. 3. Enquadramento dogmático do lucro da intervenção: modalidade de enriquecimento sem causa. 4. Possibilidade de cumulação das parcelas restitutória e indenizatória. 5. Dificuldades atinentes à quantificação do objeto da restituição. 6. Aplicações práticas. 6.1. Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Português no Processo nº 04B4601. 6.2. A definição dos danos em matérias de propriedade industrial. 6.3. Prática de atos “ultra vires” e de atos de liberalidade por administradores de sociedades. 6.4. Frutos na posse de má-fé. 6.5. O tratamento legal às vantagens percebidas pelo mandatário. 6.6. A gestão de negócios. 7. Síntese conclusiva.

1. Introdução.

Questão das mais controversas na civilística contemporânea consiste em definir se aquele que aufere lucro em decorrência da intromissão em bem ou direito alheio deve restituir ou não tal lucro e, em caso afirmativo, qual seria o fundamento jurídico dessa obrigação. Trata-se da problemática do *lucro da intervenção*, cuja configuração aparta a doutrina em duas grandes linhas de pensamento: de uma parte, sustenta-se que a intervenção em bem ou direito alheio

gera dano indenizável, cujo montante deveria ser integrado pelo lucro ilegitimamente auferido pelo interventor; de outra parte, afirma-se que o lucro obtido a partir da intervenção em direito alheio traduz autêntico enriquecimento sem causa.

De modo a compreender a configuração dogmática do lucro da intervenção no direito brasileiro, o presente estudo propõe-se, de início, a delimitar a distinção funcional entre a responsabilidade civil e a vedação ao enriquecimento sem causa. Sem embargo de certa similitude estrutural, tais institutos ostentam nítida distinção no tocante à função desempenhada por cada um no direito civil pátrio. A partir dessa compreensão preliminar, será possível cogitar do enquadramento dogmático do lucro da intervenção como modalidade de enriquecimento sem causa, mediante análise pormenorizada dos requisitos elencados pelo art. 884 do Código Civil.

Na sequência, após vislumbrado o enquadramento dogmático do lucro da intervenção como modalidade de enriquecimento sem causa e compreendida sua distinção funcional em relação à responsabilidade civil, investigar-se-á a possibilidade de cumulação das parcelas restitutória e indenizatória. Nesse diapasão, para além da afirmação genérica da cumulabilidade, buscar-se-á estabelecer parâmetros que justifiquem o reconhecimento simultâneo de dano indenizável e lucro restituível.

O percurso teórico ora mencionado conduzirá à percepção de que a suposta clareza no enquadramento dogmático do lucro da intervenção não simplifica a questão atinente à quantificação do objeto da restituição. O presente estudo destacará, então, a necessidade de releitura da doutrina do conteúdo da destinação jurídica dos bens, de modo a integrar no cálculo do *quantum* a restituir os variados custos de produção suportados pelo interventor. Com base nas premissas construídas no decorrer do presente estudo, será possível analisar, por fim, relevantes aplicações práticas, de modo a perquirir parâmetros gerais fornecidos pela experiência jurídica pátria e estrangeira em matéria de lucro da intervenção, sem perder de vista as noções

preliminares que subjazem à matéria – a começar pela distinção funcional entre os institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa.

2. Distinção funcional entre responsabilidade civil e vedação ao enriquecimento sem causa.

O estudo do lucro da intervenção pressupõe, do ponto de vista metodológico, seu enquadramento no âmbito das fontes das obrigações. Com efeito, soaria ilógico discutir a restituibilidade do lucro da intervenção sem que, preliminarmente, se reconhecesse uma fonte jurídica da obrigação de restituir. Sabe-se, a propósito, que, por considerável período de tempo, prevaleceram na civilística as classificações romanísticas, a indicar a existência de duas ou quatro fontes das obrigações – conforme ao negócio jurídico e ao ato ilícito se agregassem ou não os “quase contratos” e os “quase delitos”².

No direito brasileiro anterior ao Código Civil de 2002, relegava-se a vedação ao enriquecimento sem causa a papel secundário³, muito possivelmente em razão da ausência de previsão expressa do instituto no Código Civil de 1916 – o que justificaria seu *status* de

2 Clóvis Veríssimo do Couto e Silva sintetiza: “O tratamento analítico das fontes provém dos ‘manuais’ já existentes ao tempo do direito romano, Gaio já as dividia em *ex contractu* e *ex delictu*. Com as *Institutas* de Justiniano, aparecem, ao lado da divisão tradicional, as *quase ex contractu* e as *quase ex delictu*. O Código Napoleônico recebeu a de Justiniano e difundiu-a, tendo alguns códigos posteriores disposto de modo similar” (SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 71).

3 Na contramão da doutrina tradicional, Orlando Gomes advertia, ainda sob a vigência do Código Civil de 1916: “A figura do enriquecimento sem causa pode ser isolada como fonte autônoma das obrigações. Não é a lei que, direta e imediatamente, faz surgir a obrigação de restituir. Não é a vontade do enriquecido que a produz. O fato condicionante é o locupletamento injusto. Evidentemente, o locupletamento dá lugar ao dever de restituir, porque a lei assegura ao prejudicado o direito de exigir a restituição, sendo, portanto, a causa eficiente da obrigação do enriquecido. Mas assim é para todas as obrigações, ainda as contratuais” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 308).

mero princípio geral do direito⁴. Hodiernamente, diante da positivação expressa do instituto pelo Código vigente (arts. 884-886), parece mais consentânea com o sistema brasileiro a classificação tripartida das obrigações no que tange à sua fonte: pode-se falar, assim, em obrigações negociais, obrigações de responsabilidade civil e obrigações de enriquecimento sem causa⁵.

Reconhecidas as três possíveis fontes das obrigações, importa investigar a qual delas o lucro da intervenção mais propriamente se relaciona. De início, afasta-se a fonte negocial das obrigações, vez que a problemática do lucro da intervenção tem como pressuposto lógico a intromissão *não autorizada* (i.e., sem qualquer liame causal com negócio jurídico prévio) em bens ou direitos alheios. Restam à investigação, portanto, as fontes atreladas à responsabilidade civil e à vedação ao enriquecimento sem causa, por vezes associadas a distintos “princípios de justiça”. Diz-se, nesse sentido, que a responsabilidade civil teria como fundamento o princípio de justiça *neminem laedere* (“não lesar a outros”), enquanto a vedação ao enriquecimento sem causa encontraria fundamento na máxima *suum cuique tribuere* (“dar a cada um o que lhe é devido”)⁶.

4 Sobre a evolução do tratamento dispensado à vedação ao enriquecimento sem causa no direito brasileiro, outrora mero princípio geral de direito e hoje objeto de regramento expresso pelo Código Civil, v. KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 370-381; NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 84-95.

5 “Falar na diversidade de funções que desempenham as obrigações que acabamos de caracterizar como autônomas, é o mesmo que nos reportarmos à diversidade de interesses que são prosseguidos em cada uma delas. Assim, a tripartição entre obrigações negociais, de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa constitui a divisão fundamental das obrigações, do ponto de vista dos interesses tutelados” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 439). No mesmo sentido, v. KONDER, op. cit., p. 378; NANNI, Giovanni Ettore, op. cit., p. 214.

6 “As obrigações de responsabilidade civil baseiam-se essencialmente no princípio *neminem laedere*, não lesar ninguém: quem causa dano a outrem, deve repará-lo. As obrigações de enriquecimento sem causa assentam no velho princípio de justiça *suum cuique tribuere*, dar a cada um o que é seu, e mesmo que este princípio tenha um alcance bem maior: quem bene-

Sem embargo do valor didático e histórico da correlação entre as fontes obrigacionais e as referidas máximas de justiça, somente a análise funcional dos institutos possibilitará a delimitação das suas fronteiras dogmáticas e, por conseguinte, a adequada compreensão do lucro da intervenção⁷. Com efeito, impõe-se ao intérprete-aplicador do direito a consideração não apenas da estrutura da categoria jurídica, mas, sobretudo, da sua função, entendida como aspecto dinâmico congregador, a um só tempo, dos efeitos essenciais, bem como dos valores e interesses merecedores de tutela⁸.

O recurso à análise funcional torna possível, com efeito, reconhecer que a similitude estrutural entre os institutos sob análise não tem o condão de extirpar a distinção funcional que lhes acompanha desde a gênese⁹. A referida similitude estrutural reside na circunstân-

ficiu com algo alheio, deve restituir o valor do benefício” (NORONHA, op. cit., p. 445-446). A ligação entre vedação ao enriquecimento sem causa e *suum cuique tribuere* é destacada, ainda, por MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Droit des obligations*. 7. ed. Paris: LGDJ, 2015, p. 581-582. Giovanni Ettore NANNI, por sua vez, assenta nos princípios constitucionais (em especial a solidariedade social) o fundamento da vedação ao enriquecimento sem causa: “Em vista disso, não é a equidade ou a justiça que dão sustento à teoria que veda o enriquecimento sem causa, mas o efeito direto produzido pelos princípios constitucionais no direito civil” (NANNI, op. cit., p. 172).

7 A necessidade de análise funcional dos institutos do direito civil é ressaltada por Pietro Perlingieri: “Para evitar os perigos de um estruturalismo árido, de maneira a subtrair-se ao fascínio de douts questionamentos sobre o consentimento, sobre a troca sem diálogo e sem acordo, é necessário deslocar a atenção para os aspectos teleológicos e axiológicos dos atos de autonomia negocial, para o seu merecimento de tutela segundo o ordenamento jurídico. Isto representa o sinal de uma forte mutação no enfoque hermenêutico e qualificador do ato e, sobretudo, de um modo mais moderno de considerar a relação entre lei e a autonomia negocial, configurada unitariamente” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 358-359).

8 “Analisar qualquer categoria jurídica pelo prisma de sua função significa levar em consideração seu aspecto dinâmico, consubstanciado nos efeitos jurídicos dela decorrentes e nos valores e interesses que justificam seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico” (SOUZA, E. *Por uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 13-14).

9 Francisco Manuel Pereira Coelho afirma: “Se pode dizer-se que é esta – a de operar uma tal redistribuição da riqueza – a função genérica dos dois institutos, a verdade, porém, é que

cia de que ambos os institutos visam, em alguma medida, à restauração do equilíbrio patrimonial originário – ou, na hipótese específica dos danos morais, à compensação pecuniária da vítima¹⁰. Assim como o abalo no patrimônio da vítima pode deflagrar o dever de indenizar, o incremento patrimonial injusto de uma pessoa tem o condão de implicar a obrigação de restituir. Em ambas as hipóteses, o ordenamento jurídico parece visar à restauração do equilíbrio patrimonial anterior à ocorrência do fato originador da variação não tolerada¹¹.

Em que pese tal similitude estrutural, uma análise detida dos institutos em tela revela a existência de acentuada distinção funcional¹², a qual se poderia traduzir, em termos sintéticos, por uma dife-

há entre ambos profundas e inegáveis diferenças, a revelarem a distinta intenção ou função específica de um e outro” (COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1970, p. 22).

10 Sérgio Savi afirma que “(...) a função específica do enriquecimento sem causa é diversa daquela inerente à responsabilidade civil. Contudo, não há como negar certa similitude na estrutura e entre as respectivas funções genéricas destes dois institutos do direito civil brasileiro. Ambos visam repor um equilíbrio que se rompeu e, neste sentido, aproximam-se por estarem ligados pela ideia geral de ‘reparação’, aqui referida em sentido amplo” (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 50). O autor afirma que “[A] semelhante função genérica de ambos os institutos acaba gerando uma confusão pragmática” (Ibidem, p. 52). Gisela Sampaio da Cruz Guedes afirma que, “(...) por mais paradoxal que possa parecer, é preciso reconhecer, ainda que minimamente, certa similitude funcional entre a responsabilidade civil e a disciplina do enriquecimento sem causa, além de alguma semelhança de estrutura” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 207).

11 Em estudo comparatista dos sistemas jurídicos inglês, alemão e italiano, Francesco Giglio afirma: “Compensação e restituição promovem resultados diferentes, mas o mecanismo de operação é o mesmo em ambas as respostas: após a compensação, a vítima deve estar em uma posição de indiferença em relação às situações anterior e posterior ao ilícito. Após a restituição, o malfetor deve estar em uma posição de indiferença em relação às suas situações pré-ilícito e pós-restituição” (GIGLIO, Francesco. *The foundations of restitution for wrongs*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 34).

12 Em que pese a similitude em referência à denominada *função genérica* dos institutos, Sérgio Savi reconhece haver nítida distinção no tocante à dita *função específica*: “Ao contrário do que

rença de *foco*¹³. A vedação ao enriquecimento sem causa visa à restauração do patrimônio da pessoa ao estado em que estaria acaso não ocorrido o fato gerador de enriquecimento injustificado¹⁴. Pouco importa, para a determinação da obrigação de restituir, o estado anímico do enriquecido ou mesmo a ilicitude do fato gerador do enriquecimento¹⁵.

Já a responsabilidade civil, outrora focada no causador do dano, hoje se encontra voltada precipuamente à tutela da vítima do dano injusto¹⁶. Expressão maior de tal preocupação é a determinação,

ocorre na responsabilidade civil, o enriquecimento sem causa tem por função específica remover o enriquecimento; a remoção do dano é que, neste caso, é indireta e eventual" (SAVI, op. cit., p. 54). Em sentido semelhante, v. GUEDES, op. cit., p. 224-225.

13 No ponto, seja consentido remeter a Rodrigo da Guia Silva, no trabalho "Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes" (SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes. *Civilística.com*, Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, p. 1-25, 2016, p. 7 et seq.).

14 Sobre a distinção funcional entre responsabilidade civil e vedação ao enriquecimento sem causa, Gisela Sampaio da Cruz Guedes afirma: "O foco da responsabilidade é a situação do lesado (e não a do ofensor) e a sua principal função é eliminar os prejuízos que lhe foram causados, seja na modalidade de dano emergente, seja na forma de lucro cessante, ao passo que o enriquecimento sem causa (e o ilícito) têm por escopo aniquilar um acréscimo, indevidamente injustificado, do qual o ofensor se beneficiou. É por isso que a doutrina tradicional ressalta que a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa estão sujeitos a princípios fundamentalmente diversos" (GUEDES, op. cit., p. 203-204). Em sentido semelhante, v. NANNI, op. cit., p. 216-218; e, no direito português, v. MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2010, v. II, t. III, p. 208.

15 Júlio Manuel Vieira Gomes esclarece que, diversamente da responsabilidade civil, "(...) a obrigação de restituir o que se obteve injustificadamente não depende de um comportamento culposo ou sequer de um comportamento ilícito do enriquecido – em rigor, não é mesmo necessário que tenha havido qualquer conduta do enriquecido, podendo este ter obtido algo à custa alheia em virtude de um comportamento da própria pessoa que vem agora exigir a restituição" (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998, p. 223).

16 "A constitucionalização do direito dos danos impôs, como se viu, a releitura da própria função primordial da responsabilidade civil. O foco que tradicionalmente recaía sobre a pessoa

contida no *caput* do art. 944 do Código Civil, de que “[A] indenização mede-se pela extensão do dano”. Ao mesmo tempo que assegura à vítima a reparação integral do dano injusto por ela sofrido, a norma em comento garante ao causador do dano que a sua responsabilidade não ultrapassará o estrito limite do dano. O montante da indenização pode até mesmo se revelar inferior à extensão do dano, na hipótese do parágrafo único do art. 944 do Código Civil, mas jamais se lhe poderá sobrepor¹⁷.

A negativa da possibilidade de indenização superior ao dano tem como premissa a rejeição das teses genéricas de atribuição de caráter punitivo à responsabilidade civil¹⁸. A advertência faz-se de especial relevância no cenário contemporâneo, no qual juízes e tribunais brasileiros reiteradamente invocam a noção punitivista supostamente associada à responsabilidade civil para fundamentar a fixação de indenizações em montantes aleatórios e desprovidos de qualquer

do causador do dano, que por seu ato reprovável deveria ser punido, deslocou-se no sentido da tutela especial garantida à vítima do dano injusto, que merece ser reparada. A punição do agente pelo dano causado, preocupação pertinente ao direito penal, perde a importância no âmbito cível para a reparação da vítima pelos danos sofridos” (MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 331).

17 “O referido dispositivo [parágrafo único do art. 944 do CC] apenas autoriza que o juiz, com base na equidade, reduza a indenização – nunca, porém, que a aumente –, quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano” (GUEDES, op. cit., p. 217). Sérgio Savi critica, ainda, a proposta de interpretação extensiva da regra contida no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil: “O legislador de fato inovou ao introduzir uma exceção expressa ao princípio da reparação integral dos danos. A regra, contudo, é de exceção, e deve ser interpretada restritivamente. O parágrafo único do artigo 944 do Código Civil não pode, portanto, ser utilizado como ‘porta de entrada’ ou fundamento para as indenizações punitivas no direito brasileiro e, tampouco, para justificar o cômputo dos lucros do interventor no cálculo da indenização” (SAVI, op. cit., p. 75-76).

18 Para uma crítica à tese atribuição genérica de caráter punitivo à responsabilidade civil, v. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 371 et seq.

substrato racional – particularmente na seara dos danos morais, por influxo da doutrina estadunidense dos *punitive damages*¹⁹.

Tal prática jurisprudencial, ainda que imbuída de louváveis propósitos, encontra óbice intransponível no princípio da legalidade: toda e qualquer punição, independentemente do ramo do Direito em que situada, deve se fundamentar diretamente em lei em sentido formal. Trata-se do princípio da legalidade, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (CF, art. 5º, XXXIX). Trazido à esfera cível, o referido princípio determina que nenhuma punição pode ser imposta pelo juiz sem prévia e estrita cominação legal. Não bastasse a afronta direta ao princípio da legalidade, a imposição de penas através da responsabilidade civil findaria por agravar sobremaneira a situação do acusado no que tange às garantias substanciais e processuais²⁰. Mencione-se, no intuito de demonstrar o propósito do legislador brasileiro, que todos os dispositivos do Projeto do Código de Defesa do Consumidor que contemplavam hipóteses de indenização punitiva sofreram veto presidencial, o qual não foi derrubado pelo Congresso Nacional por ocasião da promulgação do diploma legal²¹.

19 Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber relatam que “(...) na experiência brasileira, assim como em diversos ordenamentos ocidentais, vive-se um momento de fascínio pelos *punitive damages* norte-americanos e pelas indenizações milionárias que de sua aplicações resultavam. Ensaçou-se, na prática advocatícia, uma importação acrítica do modelo do *common law*, que somente agora vem, pouco a pouco, reconhecido como inaplicável, ao menos em seus contornos originais, ao ordenamento jurídico brasileiro, de tradição romano-germânica. Nem por isso, todavia, se pode dizer que à responsabilidade civil por dano moral seja, entre nós, atribuído caráter exclusivamente compensatório, já que o caráter punitivo aflora nos critérios de quantificação” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. As penas privadas no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais*: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 520).

20 Em síntese das críticas ora expostas, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que, “(...) ao se adotar o caráter punitivo e o deixar ao arbítrio unicamente do juiz, corre-se o risco de violar o multissecular princípio da legalidade, segundo o qual *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Além disso, em sede civil, não se colocam à disposição do ofensor as garantias substanciais e processuais – como, por exemplo, a maior acuidade quanto ao ônus da prova – tradicionalmente prescritas ao imputado no juízo criminal” (MORAES, op. cit., p. 375).

21 Faz-se referência aos arts. 16, 45 e 52, §3º, *verbis*: “Art. 16. Se comprovada a alta periculo-

O que se tem, ao fim e ao cabo, é a opção expressa do direito brasileiro pela limitação da indenização à extensão do dano (CC, art. 944, *caput*). Consagrou-se, assim, modelo jurídico em que a responsabilidade civil assume caráter exclusivamente reparatório (ou compensatório)²². Diante disso, não é facultado ao julgador, no momento da quantificação do dever de indenizar, levar em consideração circunstâncias atinentes à pessoa ou à intenção do causador do dano.

Neste ponto, cumpre indagar: o lucro eventualmente obtido pelo causador do dano serve como critério legítimo à quantificação da indenização? Diante das premissas assentadas no presente trabalho, impõe-se a resposta negativa²³. Com efeito, do sistema positivo se depreende que, ao preceituar que a extensão do dano é a medida da indenização, o legislador brasileiro afasta, *a priori*, qualquer possibilidade de consideração dos reflexos do dano sobre o patrimônio do agente ofensor na seara da responsabilidade civil²⁴. Conforme já

sidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional – BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável”; “Art. 45. As infrações ao disposto neste Capítulo, além de perdas e danos, indenização por danos morais, perda dos juros e outras sanções cabíveis, ficam sujeitas à multa de natureza civil, proporcional à gravidade da infração e à condição econômica do infrator, cominada pelo juiz na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo”; “Art. 52. (...) § 3º. O fornecedor ficará sujeito a multa civil e perda dos juros, além de outras sanções cabíveis, se descumprir o disposto neste artigo”.

22 “A função primordial da responsabilidade civil, portanto, é a de remover o dano sofrido pela vítima, sem preocupar-se com a punição do ofensor” (SAVI, *op. cit.*, p. 45).

23 A conclusão não é unânime na doutrina. Para um relato das principais teses de enquadramento dogmático do lucro da intervenção no âmbito da responsabilidade civil, v. COELHO, *op. cit.*, p. 32-35. O autor destaca que tais propostas assentam sobre o reconhecimento de uma função sancionadora e preventiva da responsabilidade civil, ao lado da sua tradicional função reparadora (Ibidem, p. 33). Ainda segundo o autor, eventuais aspectos “(...) sancionatórios e preventivos serão simples efeitos úteis da obrigação de indenizar” (Ibidem, p. 36).

24 Nesse sentido, Sérgio Savi afirma que “(...) a responsabilidade civil ignora, para fins de cálculo da indenização, eventuais lucros que o ofensor tenha obtido com o ato que deu origem aos danos à vítima” (SAVI, *op. cit.*, p. 45).

exposto, a função precípua do instituto consiste na recomposição da esfera patrimonial e existencial da vítima (esta última operacionalizada sobretudo, mas não exclusivamente, através da compensação pecuniária dos danos morais), não apresentando especial relevância o reflexo do dano no patrimônio do agente ofensor²⁵. Pode-se entender, por fim, que a responsabilidade civil apenas indiretamente promove a remoção do enriquecimento²⁶.

Tal como a indenização devida à vítima não se reduz diante da verificação de prejuízo no patrimônio do agente causador do dano, não deverá aquela aumentar-se em razão de eventual lucro obtido pelo ofensor. Conclui-se, enfim, pela inadequação da responsabilidade civil para a resolução integral da problemática do lucro da intervenção.

3. Enquadramento dogmático do lucro da intervenção: modalidade de enriquecimento sem causa.

Reconhecido que as obrigações no direito civil têm três possíveis fontes, das quais duas se revelam incapazes de fundamentar a restituição do lucro da intervenção, cumpre investigar se tal dever de

25 “Visando remover o dano do patrimônio do lesado, reconstituir a situação hipotética em que este patrimônio se encontraria se o facto constitutivo de responsabilidade não tivesse sido praticado, compreende-se que o direito da responsabilidade civil não se interesse por saber se o lesante lucrou com este facto e quanto lucrou. O direito da responsabilidade civil não pretende remover o enriquecimento do patrimônio do lesante; os seus cuidados ou preocupações não são esses. Do ponto de vista daquela função puramente reparadora ou reintegrativa da responsabilidade civil, é natural que não lhe importe o que esteja a mais no patrimônio do lesante, mas tão-só o que esteja a menos no patrimônio do lesado. Não terá pois o lesante que restituir o seu enriquecimento, ou melhor, só terá que o restituir até ao limite do dano, e como dano” (COELHO, op. cit., p. 31-32).

26 Francisco Manuel Pereira Coelho afirma que “(...) a responsabilidade civil visa a remover o dano; a remoção do enriquecimento é indirecta e eventual. (...) Pelo contrário, o enriquecimento sem causa visa a remover o enriquecimento; a remoção do dano é indirecta e eventual” (COELHO, op. cit., p. 24-25). Nesse sentido, v., ainda, KONDER, op. cit., p. 378-379.

restituir encontra fundamentação adequada na vedação ao enriquecimento sem causa. Preliminarmente, deve-se reconhecer que se trata de categoria abrangente de duas modalidades: enriquecimento por prestação e enriquecimento por intervenção²⁷. De fato, o enriquecimento sem causa pode decorrer de uma transferência patrimonial realizada pela pessoa à custa de quem se enriquece, mas igualmente pode decorrer da exploração desautorizada de bens ou direitos alheios por parte do enriquecido²⁸. Desde logo, percebe-se que o lucro da intervenção parece se amoldar à segunda modalidade de enriquecimento sem causa²⁹, de modo que a presente investigação a ela dedicará maior atenção.

27 O reconhecimento de duas modalidades parece encontrar maior acolhida na doutrina, mas há quem sustente a existência de outras modalidades de enriquecimento sem causa. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, por exemplo, propõe a distinção de quatro possíveis hipóteses de enriquecimento sem causa: (i) enriquecimento por prestação; (ii) enriquecimento por intervenção; (iii) enriquecimento por despesas realizadas em benefício de outrem; (iv) enriquecimento por desconsideração de um património intermediário (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2009, v. I, p. 421-448).

28 Carlos Nelson Konder afirma: “O enriquecimento pode ocorrer em diversas situações, conforme as quais seus requisitos tomarão distintas formas. A modalidade mais clara de enriquecimento é aquela originada de uma transferência patrimonial, como no caso de pagamento indevido, ou quando o proprietário recebe a coisa com benfeitorias realizadas pelo possuidor. Contudo, há também o enriquecimento gerado pela exploração de bens, trabalho ou direitos alheios. Essas modalidades, mais complexas, têm como exemplos, respectivamente: a utilização de casa alheia, ou o caso do condômino que desfruta de toda a co-propriedade; a descoberta de direito à herança em virtude do trabalho de um genealogista (não contratado); e o uso de imagem alheia sem autorização” (KONDER, op. cit., p. 381). António MENEZES CORDEIRO igualmente relata a tendência doutrinária de reconhecimento de duas modalidades de enriquecimento sem causa: “A doutrina actual mantém, como foi referido, a existência de, pelo menos, duas modalidades distintas de enriquecimento: por prestação (*Leistungskonditionen*) e sem prestação (*Nichtleistungskonditionen*), fundamentalmente por intervenção (*Eingriffskonditionen*)” (CORDEIRO, op. cit., p. 208).

29 Assim também concluem Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes: “E é esta segunda modalidade de enriquecimento – por meio da exploração de bens, trabalho ou direitos alheios –, designada enriquecimento por intervenção, ou lucro da intervenção, que viabiliza, de forma mais ampla, a retirada do lucro ilegitimamente auferido do patrimônio do agente” (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 28, p. 1-24, p. dez./2015, p. 8). No mesmo sentido, v. SILVA, Rodrigo da Guia, op. cit., p. 10 et seq.

Como não poderia deixar de ser, o enquadramento dogmático do lucro da intervenção como hipótese de enriquecimento sem causa depende da adequada compreensão dos requisitos para sua configuração, extraídos do art. 884 do Código Civil³⁰. Elencam-se, assim, os seguintes requisitos: (a) deve haver *enriquecimento*; (b) esse enriquecimento deve ter sido obtido *à custa de outrem*; e (c) tal enriquecimento deve se revelar *sem justa causa*. Passa-se à análise pormenorizada de cada um desses elementos.

Em primeiro lugar, a propósito do *enriquecimento*, deve-se ter em mente que o mesmo pode consistir no incremento do ativo, na diminuição do passivo ou na poupança de despesas³¹. Desse modo,

30 *Verbis*: “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido”. Vale observar que, em matéria de vedação ao enriquecimento sem causa, o Código Civil brasileiro de 2002 parece ter se inspirado diretamente no Código Civil português de 1966, cujo art. 473 assim dispõe: “Art. 473 (Princípio geral) – 1. Aquele que, sem causa justificativa, enriquecer a custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou. 2. A obrigação de restituir, por ‘enriquecimento sem causa’, tem de modo especial por objecto o que for indevidamente recebido, ou o que for recebido por virtude de uma causa que deixou de existir ou em vista de um efeito que não se verificou”.

31 “Apesar do silêncio do art. 884 do Código Civil de 2002, o indevidamente auferido que dá ensejo ao enriquecimento sem causa não ocorre apenas em acréscimos patrimoniais positivos, sendo extensível a alterações no acervo passivo, *verbi gratia*, quando se reduzem dívidas que gravam o patrimônio” (NANNI, op. cit., p. 237). Em sentido semelhante, João de Matos Antunes Varela afirma: “O enriquecimento consiste na obtenção de uma vantagem de carácter patrimonial, seja qual for a forma que essa vantagem revista. Uma vez a vantagem traduzir-se-á num aumento do activo patrimonial (...); outras, numa diminuição do passivo (...); outras, no uso ou consumo de coisa alheia ou no exercício de direito alheio, quando esses actos sejam susceptíveis de avaliação pecuniária (...); outras ainda, na poupança de despesas” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2010, v. I, p. 481). A presente compreensão do *enriquecimento* é encontrada também na experiência estrangeira. V., no direito português, CORDEIRO, op. cit., p. 224-226; e LEITÃO, op. cit., p. 452-453; no direito italiano, SACCO, Rodolfo. *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*: contributo alla teoria della responsabilità extracontrattuale. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1959. Ristampa inalterata: Centro Stampa Università de Camerino, 1980, p. 196-200; e, no direito francês, CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Paris: PUF, 2004, v. II, p. 2.436; e TERRÉ, François;

enriquece aquele que aumenta seu ativo (como a pessoa que recebe pagamento indevido), diminui suas dívidas (como o pai que vê sua obrigação alimentar de meses pretéritos adimplida por pessoa que acreditava, equivocadamente, ser o verdadeiro pai) ou mesmo deixa de realizar despesas (como a pessoa que invade casa alheia e dela desfruta no período de ausência do proprietário).

Em que pese a aparente simplicidade do ponto, tradicionalmente a doutrina controverteu sobre o real conteúdo do enriquecimento: trata-se do valor objetivo da vantagem ou, ao revés, da diferença entre a variação efetiva no patrimônio do enriquecido e a vantagem hipotética que ocorreria caso não houvesse acontecido o fato gerador do enriquecimento? Tais métodos de cálculo correspondem, respectivamente, ao que se convencionou denominar *enriquecimento real* e *enriquecimento patrimonial*³².

Diante da referida ambiguidade do conteúdo do enriquecimento, a depender da perspectiva adotada, já se considerou que a restituição deveria se basear, via de regra, no enriquecimento real³³. Ocorre que tal linha de pensamento finda por desnaturar a função precípua do instituto, que consiste na restauração do patrimônio do

SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*. 11. ed. Paris: Dalloz, 2013, p. 1.114-1.115.

32 V. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 756. Vale destacar a explicação fornecida por Francisco Manuel Pereira Coelho: “Este [o enriquecimento] corresponderá, numa concepção real, ao valor objectivo da vantagem real adquirida; numa concepção patrimonial, ao saldo ou diferença para mais no patrimônio do enriquecido, que resulte da comparação entre a situação em que ele presentemente se encontra (situação real) e aquela em que se encontraria se não se tivesse verificado a deslocação patrimonial que funda a obrigação de restituir (situação hipotética)” (COELHO, op. cit., p. 29-30).

33 Nesse sentido, Júlio Manuel Vieira Gomes sustenta que se deve operar, via de regra, a restituição do enriquecimento real, funcionando o enriquecimento patrimonial como um limite à obrigação de restituir, em homenagem à boa-fé do enriquecido (GOMES, Júlio, op. cit., p. 105 e segs).

enriquecido ao estado em que deveria estar caso não verificado o enriquecimento injusto³⁴. Desse modo, somente uma concepção de enriquecimento que leve em conta as concretas condições patrimoniais da pessoa poderá revelar a exata medida do seu enriquecimento no caso concreto, pouco importando aquilo que seria a média (ou o valor “objetivo”) da vantagem na generalidade das situações³⁵. A presente proposta de investigação do enriquecimento sem causa com base no critério patrimonial justifica, por via de consequência, o estudo do lucro da intervenção nesta seara³⁶.

Analisados os contornos gerais do conceito de *enriquecimento*, deve-se perquirir o escopo da exigência de que o mesmo tenha sido obtido *à custa de outrem*. Em posição tradicional no direito nacional e estrangeiro, afirma-se que o enriquecimento necessariamente deve vir acompanhado de um corresponsivo empobrecimento da pessoa à custa de quem se enriqueceu³⁷. Sustenta-se, nesse sentido,

34 Francisco Manuel Pereira Coelho afirma que “[Q]uem usa, consome ou aliena bens alheios, quem recebe de outrem uma obrigação de *facere* não devida (...) não se enriquece assim na medida do valor objetivo do uso, do valor dos bens consumidos ou alienados ou da própria prestação, mas na medida da diferença que haja – se diferença houver – entre a situação em que o património do enriquecido se encontra e aquela em que se encontraria se não tivessem ocorrido aqueles factos” (COELHO, op. cit., p. 44).

35 “Só uma avaliação dinâmica do enriquecimento permitirá que o instituto do enriquecimento sem causa realize as suas funções específicas: remover todo o enriquecimento, e só ele, do património do enriquecido. Correspondendo enriquecimento a utilidade, há que determinar qual a utilidade que o beneficiado com a deslocação patrimonial retirou desta” (CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*. Coimbra: Almedina, 1974, p. 452-453). No mesmo sentido, v. KONDER, op. cit., p. 383-384.

36 Sérgio Savi afirma: “A concepção real do enriquecimento, se adotada para todo e qualquer caso, acabaria inviabilizando a utilização do instituto do enriquecimento sem causa como ferramenta para solucionar o problema do lucro da intervenção” (SAVI, op. cit., p. 59). E arremata o autor: “Portanto, para a configuração do enriquecimento sem causa, deve-se verificar se há enriquecimento patrimonial” (Ibidem, p. 60).

37 V., no direito brasileiro, GOMES, Orlando, op. cit., p. 306; no direito italiano, SACCO, op. cit., p. 3; no direito português, CORDEIRO, op. cit., p. 227-228; e, no direito francês, CARBONNIER, op. cit., p. 2.436; e TERRÉ; SIMLER; LEQUETTE, op. cit., p. 1.115.

que um “(...) elemento fundamental do enriquecimento sem causa é a perda patrimonial de alguém”³⁸. Também neste ponto parte da doutrina distingue o empobrecimento real do empobrecimento patrimonial, segundo critério semelhante ao utilizado na definição do enriquecimento, com o que usualmente conclui pela necessidade de consideração do critério do empobrecimento real³⁹.

A verificação de empobrecimento correspectivo ao enriquecimento, todavia, parece não se afigurar indispensável à configuração do enriquecimento sem causa em todas as suas possíveis modalidades. Com efeito, ainda que se possa constatar empobrecimento em algumas hipóteses – especialmente as relacionadas ao enriquecimento por prestação –, a configuração dogmática do instituto não tem como pressuposto necessário o empobrecimento da pessoa à custa de quem se enriqueceu⁴⁰. Tal percepção se revela da maior importân-

38 NEVES, José Roberto de Castro. O enriquecimento sem causa: dimensão atual do princípio do direito civil. In: BODIN DE MORAES (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 208. Partindo de semelhante concepção quanto à imprescindibilidade de empobrecimento, Rodolfo Sacco, pioneiro no estudo da matéria na Itália, entende que o problema do lucro da intervenção não deveria ser resolvido pelo enriquecimento sem causa: “Observe-se, desde logo, longe de equívocos, que o presente problema não tem nenhuma relação com a matéria do enriquecimento sem causa. O enriquecimento sem causa pressupõe o incremento patrimonial de um sujeito, e o correspectivo empobrecimento patrimonial do contra-interessado; pressupõe, então, o dano (no sentido de empobrecimento) do sujeito ao qual é concedida a ação” (SACCO, op. cit., p. 3. Tradução livre do original).

39 Carlos Nelson Konder afirma: “O empobrecimento patrimonial é também calculado com base na diferença entre a situação efetiva do empobrecido e a situação hipotética. (...) Já o empobrecimento real vincula-se às condições objetivas da vantagem auferida pelo enriquecido, ou melhor, neste caso, às condições objetivas da vantagem não fruída pelo ‘empobrecido’. Abstrai, portanto, qualquer especulação sobre a aplicação especial que o lesado teria dado ao bem, ou a relação com seus outros bens” (KONDER, op. cit., p. 385-386). Com base em tal distinção, o autor conclui: “O que é requisito do enriquecimento sem causa – e que define o outro limite da obrigação de restituir – é o ‘empobrecimento’ real, e não o patrimonial. Como foi observado, o patrimonial muitas vezes sequer ocorrerá” (Ibidem, p. 386).

40 João de Matos Antunes Varela apresenta exemplos para demonstrar a insuficiência do critério do empobrecimento: “Admitamos que o dono da casa onde outrem se instalou indevidamente (por julgá-la própria) a não teria rendado em quaisquer circunstâncias; que o dono do cavalo ou do automóvel com que o amigo, utilizando abusivamente o animal ou o veículo,

cia na seara do enriquecimento por intervenção, cujas hipóteses fáticas usualmente apresentam-se completamente dissociadas de qualquer empobrecimento por parte do titular do direito⁴¹.

Tal conclusão decorre, em primeiro lugar, do fato de o Código Civil brasileiro em nenhum momento prever o empobrecimento (real ou patrimonial) como requisito de configuração do enriquecimento sem causa, não se podendo extrair esse suposto requisito da expressão “se enriquecer à custa de outrem” constante do art. 884 do diploma⁴². Some-se a isso a constatação de que a exigência de demonstração de empobrecimento correspondente ao enriquecimento não se coaduna com a função da vedação ao enriquecimento sem causa, para a qual não assume especial relevância a situação patrimonial da pessoa à custa de quem se enriqueceu – diversamente do que sucede com a responsabilidade civil⁴³.

ganhou avultado prêmio numa competição desportiva, não estaria disposto a concorrer a tal prova; que o dono da obra editada, sem a sua autorização, por terceiro não estaria inclinado a publicá-la, etc. Em nenhum desses casos se pode rigorosamente falar numa diminuição do património do dono da coisa e nem sequer na privação dum aumento dele, uma vez que o titular não estava disposto a usar ou fruir a coisa nos termos em que o fez o intrometido. E, todavia, não pode duvidar-se de que a vantagem patrimonial do beneficiado foi obtida à custa do dono da coisa” (VARELA, op. cit., p. 490-491).

41 “Não bastasse a ausência de previsão legal, como o lucro da intervenção muitas vezes surge em hipóteses em que o ato do interventor não causa danos ao titular do direito, a se entender que a expressão ‘à custa outrem’ significa uma exigência de que algo efetivamente saia do património do titular do direito para o do enriquecido, os problemas relacionados ao lucro da intervenção continuariam sem solução” (SAVI, op. cit., p. 61).

42 Afirma-se, nesse sentido, que “(...) não incluiu o Código como elemento de configuração do enriquecimento sem causa a necessidade de a outra parte empobrecer com o enriquecimento do beneficiado” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. III., p. 525). No mesmo sentido, Sérgio Savi afirma: “Por ora, basta destacar que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer regra estabelecendo ser o empobrecimento do titular do direito um requisito para a configuração do enriquecimento sem causa” (SAVI, op. cit., p. 61). Tal linha de pensamento foi consagrada pelo Enunciado n. 35, aprovado pela I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, *verbis*: “Art. 884: a expressão ‘se enriquecer à custa de outrem’ do art. 884 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento”.

43 V. GOMES, Júlio, op. cit., p. 383 e segs. Em sentido semelhante, v. NANNI, op. cit., p. 257.

Demonstrada a insubsistência teórica da exigência de que o enriquecimento seja acompanhado por um correspondente empobrecimento, resta pendente a afirmação do conteúdo da exigência, estatuída pelo art. 884 do Código Civil brasileiro, de que o enriquecimento seja obtido “à custa de outrem”. A adequada leitura do dispositivo parece ser a que condiciona a restituição do enriquecimento à comprovação do nexo de causalidade entre o enriquecimento e uma conduta anterior do enriquecido ou do titular do direito – conforme se trate de enriquecimento por intervenção ou por prestação, respectivamente⁴⁴. Afirma-se, nesse sentido, que deve haver “uma relação de causa e efeito entre o enriquecimento e um fato”⁴⁵, sem a qual não se poderia concluir que um dado enriquecimento foi obtido em decorrência de um fato atrelado ao patrimônio alheio⁴⁶.

44 Sérgio Savi afirma: “Ignorando a desnecessária discussão doutrinária acerca da independência ou não de tal requisito, este é, de fato, mais um pressuposto do enriquecimento sem causa. Contudo, afigura-se inapropriado falar na existência de um ‘liame’ entre enriquecimento e empobrecimento. O liame exigido como requisito para a configuração do enriquecimento sem causa deve ser entendido como a correlação entre o enriquecimento e um fato que se ligue à outra parte. Portanto, para o surgimento do direito à restituição, fundada no enriquecimento sem causa, o titular do direito terá que demonstrar a relação entre o enriquecimento da outra parte e a sua esfera de direitos” (SAVI, op. cit., p. 57). Imbuído de semelhante preocupação, Diogo José Paredes Leite de Campos se refere à exigência de um *nexo de imputação* para a configuração do enriquecimento sem causa: “Como medida da obrigação de restituir, as palavras à custa não têm um significado literal unívoco. Estabelecem tão só a necessidade da imputação do enriquecimento a um certo patrimônio. É tarefa do intérprete fixar que nexo de imputação deva ser este, para determinar que parte do patrimônio do enriquecido foi alcançada em virtude do gozo de bens jurídicos alheios” (CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 42, 1982, p. 44). Na linha dessa última proposta, v. LEITÃO, op. cit., p. 458. Em sentido semelhante, a sustentar a necessidade de demonstração da relação de causalidade entre enriquecimento e empobrecimento, v. CARBONNIER, op. cit., p. 2.436; e TERRÉ; SIMLER; LEQUETTE, op. cit., p. 1.115. Por fim, vale mencionar o destaque atribuído por Rodolfo Sacco ao *nexo de causalidade* entre lesão do direito e enriquecimento, embora se saiba, como já exposto, que o autor busca resolver a problemática do lucro da intervenção na seara da responsabilidade civil (SACCO, op. cit., p. 212-227).

45 NANNI, op. cit., p. 261.

46 Em que pese a diversidade de preocupações acerca da suposta relevância do empobrecimento real, vale fazer menção ao que Carlos Nelson Konder denominou *indivisibilidade de*

Especificamente no que tange ao lucro da intervenção, verifica-se que a doutrina alemã, berço histórico da matéria, originalmente entendia a exigência de causalidade com base na teoria da *conditio sine qua non*, concluindo que o titular do direito faria jus à restituição integral do lucro obtido pelo interventor⁴⁷. Tal conclusão não parece ser a mais adequada à luz do direito brasileiro⁴⁸, uma vez que a investigação do nexo de causalidade entre o lucro obtido e a intervenção em bens ou direitos alheios não pode descuidar do grau de contribuição causal dos envolvidos⁴⁹.

origem: “Alguns autores falam ainda da necessidade de um nexo de causalidade entre o ‘empobrecimento’ e o enriquecimento. Contudo, como explica Agostinho Alvim, não há uma relação de causa e efeito entre enriquecimento e empobrecimento; o que dever haver é uma interdependência em virtude de um fato originário em comum, que causou ambos – o que se tem chamado de indivisibilidade de origem” (KONDER, op. cit., p. 388).

47 Neste ponto, vale destacara tese pioneira de Fritz Schulz, segundo o relato de Francisco Manuel Pereira Coelho: “A obrigação de restituir estender-se-ia a todo o lucro causado pela intervenção no património do interventor – a quanto aí estivesse mas lá não estaria se a intervenção não se tivesse dado – e visaria a reconstituir no património do devedor uma tal situação hipotética, aquela em que o devedor estaria se não tivesse praticado a acção de intervenção que lhe trouxe o lucro” (COELHO, op. cit., p. 62). Ainda sobre a proposição de Fritz Schulz, v. o relato de Júlio Manuel Vieira Gomes: “Defendeu este autor [Franz Schulz] a existência de um direito ao resultado da intervenção ou ingerência (*Eingriffserwerb*), isto é, de um direito a tudo aquilo que se obteve através da interferência num direito alheio. Por intervenção entende este autor qualquer actuação com reflexos num direito alheio (seja através da destruição desse direito seja através da alteração da relação jurídica) em cujo contexto esse direito existe. (...) O princípio fundamental para Schulz é o de que, em princípio, ninguém deve poder retirar um lucro de uma intervenção ilícita num direito alheio” (GOMES, Júlio, op. cit., p. 180-182).

48 No âmbito do direito português, Francisco Manuel Pereira Coelho afirma em tom contundente que “(T)anto em geral como no plano do nosso direito, a posição de Schulz não deve aceitar-se” (COELHO, op. cit., p. 62). O autor conclui: “O alcance do reparo, que muitas vezes se faz à tese de Schulz, de que esta leva longe demais a responsabilidade do interventor não deve certamente exagerar-se, pois a exigência de que interceda uma relação de causalidade entre a intervenção e o *Eingriffserwerb* já põe um limite apreciável à obrigação de restituir o lucro da intervenção, a qual não existirá se não puder, ou na medida em que não possa, afirmar-se uma tal relação de causalidade” (Ibidem, p. 63, nota 120).

49 “Para temperar uma avaliação rígida do enriquecimento patrimonial, é essencial a aferição, no caso concreto, do grau de contribuição das partes para a produção do lucro, de forma a obviar a restituição integral do lucro de intervenção ao titular do direito e impedir o raciocínio

Delineadas as noções gerais acerca dos requisitos de *enriquecimento* e de sua obtenção *à custa de outrem*, cumpre, por fim, investigar o conteúdo do requisito de que o mesmo se repete *sem justa causa*. Preliminarmente, cumpre esclarecer que não se está a tratar da causa dos negócios jurídicos, mas sim de pressuposto específico para a deflagração da obrigação de restituir⁵⁰. A propósito, tradicionalmente afirma-se que deve ser investigada a presença de *justo título* a legitimar o enriquecimento⁵¹. Deveria, então, haver um título jurídico idôneo a justificar o enriquecimento, sob pena de sua restituição⁵².

Em perspectiva semelhante, desenvolveu-se a noção de *causa de atribuição patrimonial*, ora enunciada como a expressão do “julgamento ético-jurídico do fenômeno enriquecimento à custa de outrem”⁵³, ora associada às noções de “razão justa”, “título legítimo” e “motivo lícito”⁵⁴. A noção de *título jurídico idôneo*, de fato, serve como valioso parâmetro interpretativo, mas não parece recomendável que o intérprete resuma a análise à presença ou não de *justo título*

abstrato e determinista de que, como o interventor não teria conseguido outro bem que fosse apto à produção daquele lucro, deveria ele proceder à restituição integral do lucro da intervenção” (LINS, T. *O lucro de intervenção e sua aplicação à violação do direito à imagem*. 2013. 277 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013, p. 129). Para uma análise da relevância da causa virtual na configuração do enriquecimento sem causa, v. COELHO, op. cit., p. 89 et seq.

50 Sérgio Savi adverte que não se está a tratar da causa do negócio jurídico: “(...) pode-se dizer que a causa a que o art. 884 do Código Civil é distinta da causa do negócio jurídico. O conceito de causa utilizado no âmbito do enriquecimento sem causa é o de ‘causa de atribuição patrimonial’” (SAVI, op. cit., p. 61).

51 A propósito, François Terré, Philippe Simler e Yves Lequette sustentam que o enriquecimento será reputado sem causa quando não encontrar amparo direto em título legal, convencional ou judicial (TERRÉ; SIMLER; LEQUETTE, op. cit., p. 1.115-1.118).

52 Nesse sentido, v. KONDER, op. cit., p. 390; e NANNI, op. cit., p. 268.

53 CAMPOS, op. cit., p. 42-43. O estudo do autor pode ser encontrado, ainda, sem alteração substancial, em CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 560, p. 259-266, jun./1982.

54 GOMES, Orlando, op. cit., p. 306.

tal como tradicionalmente concebido, merecendo a matéria o influxo da análise funcional cara à metodologia civil-constitucional⁵⁵.

Uma vez compreendidos os requisitos gerais de configuração do enriquecimento sem causa, parece não haver óbice ao enquadramento dogmático do lucro da intervenção nessa seara⁵⁶. Desse modo, caso se conclua que alguém enriqueceu injustamente em decorrência da intervenção em bens ou direitos alheios, o ordenamento jurídico imporá a obrigação de restituir o denominado *lucro da intervenção*, em concretização à vedação geral ao enriquecimento sem causa. O que parece não se justificar, à luz do direito brasileiro, é o recurso desenfreado à responsabilidade civil, dada a nítida distinção funcional que subjaz aos institutos⁵⁷.

55 A propósito, já se pôde sustentar: “Em vez disso, afigura-se mais razoável entender que o enriquecimento somente poderá ser considerado sem causa quando sobre ele incorrer juízo de reprovabilidade à luz da tábua axiológica constitucional. Desse modo, ainda que careça de justo título em sentido estrito, a situação jurídica do enriquecido pode vir a ser resguardada caso se conclua, diante das circunstâncias do caso concreto, que satisfatoriamente promove os princípios e valores do ordenamento” (SILVA, op. cit., p. 17).

56 Em sentido contrário, Francesco Giglio sustenta a incongruência do enquadramento do lucro da intervenção no âmbito da vedação ao enriquecimento sem causa, em posição muito mais pautada na suposta necessidade rígida de demonstração do empobrecimento (concepção superável, como supraexposto) do que em uma inadequação funcional. O autor pugna, alternativamente, pelo reconhecimento geral do princípio de *restitution for wrongs*, a se situar ao lado da responsabilidade civil e da vedação ao enriquecimento sem causa (GIGLIO, Francesco, op. cit., *passim*). Diversamente, em sentido mais consentâneo ao presente trabalho, Diogo José Paredes Leite de Campos afirma: “Os autores que pretendem integrar o lucro da intervenção na responsabilidade civil encontram-se, directa ou indirectamente, sob influência de uma concepção do enriquecimento sem causa que o considera uma simples indemnização dos danos causados sem culpa” (CAMPOS, op. cit., p. 52). E arremata o autor: “No enriquecimento sem causa faz-se referência exclusivamente ao efeito (enriquecimento) – o que se traduz pelo caráter de restituição, e não de sanção, da obrigação dele emergente” (Ibidem, p. 53).

57 Sérgio Savi afirma contundentemente: “Portanto, é equivocado procurar resolver o problema do lucro da intervenção em sede de responsabilidade civil. Apesar de terem uma característica comum – ambos visam à redistribuição da riqueza segundo as exigências de justiça –, enriquecimento sem causa e responsabilidade civil têm funções específicas distintas no ordenamento jurídico brasileiro” (SAVI, op. cit., p. 46). No mesmo sentido, v. GUEDES, op. cit., p. 223; e TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Disgorgement of Profits in Brazilian Law*. In: HONDIUS, Ewoud; JANSSEN, André (Coord.). *Disgorgement of profits: gain-base remedies through*

O referido enquadramento dogmático contribui, por via reflexa, à rejeição de um suposto caráter punitivo da responsabilidade civil⁵⁸. A concepção punitiva poderia parecer interessante, em um primeiro olhar, quando constatada a insuficiência da disciplina tradicional da responsabilidade civil, especialmente nas hipóteses em que o dano sofrido pelo titular do direito se revelar inferior ao lucro ilegítimo do interventor⁵⁹. Tal impressão preliminar, todavia, por certo não poderia prosperar, em razão da já exposta incompatibilidade da atribuição genérica de caráter punitivo à responsabilidade civil no direito brasileiro à minguada de previsão legal expressa.

De fato, a responsabilidade civil poderá resolver suficientemente a questão quando o dano se revelar igual superior ao lucro obtido pelo interventor⁶⁰. Por outro lado, nas hipóteses de enriquecimento superior ao dano ou mesmo de inexistência de dano ressarcível, o remédio indenizatório não traduzirá solução adequada para a problemática do lucro da intervenção, assentado que está o caráter

hout the world. World. Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Springer International, 2015, p. 447-448.

58 Em crítica à recorrente atribuição de um suposto caráter punitivo à responsabilidade civil, Eduardo Nunes de Souza afirma: “(...) se as responsabilidades penal e administrativa preocupam-se em aplicar uma punição justa ao ofensor que sirva de desincentivo a futuras condutas, a responsabilidade civil preocupa-se em proteger a vítima, recompondo seu patrimônio ou oferecendo uma compensação pecuniária que amenize o dano moral sofrido. Em outras palavras, uma indenização punitiva pode constituir outra figura, mas responsabilidade civil não é” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico: estudo na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 221).

59 A propósito, afirma Sérgio Savi: “Em casos como os acima narrados, em que o ofensor age deliberadamente em prejuízo da vítima, simplesmente porque é economicamente mais vantajoso pagar a indenização do que eliminar a causa dos acidentes ou evitar a violação de direitos da personalidade constitucionalmente garantidos, a ideia de punir o ofensor é realmente sedutora. Nessas hipóteses, o remédio da responsabilidade civil, isoladamente e em sua forma tradicional, não oferece uma sanção eficaz ao ofensor, na medida em que, mesmo pagando indenizações, ele continua em melhor situação do que estaria se tivesse agido diligentemente” (SAVI, op. cit., p. 31).

60 SAVI, op. cit., p. 16-17. Para uma análise mais detida acerca da relação entre indenização e configuração do lucro da intervenção, remete-se ao item 4 deste trabalho.

exclusivamente reparatório ou compensatório da responsabilidade civil⁶¹. Em tais hipóteses, a solução oferecida pelo ordenamento jurídico brasileiro parece residir, desde que preenchidos seus requisitos gerais, na vedação ao enriquecimento sem causa⁶².

4. Possibilidade de cumulação das parcelas restitutória e indenizatória.

Perquirir a possibilidade de cumulação das parcelas restitutória e indenizatória pressupõe, do ponto de vista metodológico, reconhecer que tais parcelas remetem a institutos funcionalmente distintos e que, portanto, podem coexistir em uma mesma situação fática. Em atenção à função precípua da responsabilidade civil e da vedação ao enriquecimento sem causa, pode-se enunciar, desde logo, a regra geral segundo a qual as parcelas em comento coexistirão sempre que houver dano injusto a indenizar e lucro ilegítimo a restituir.

Não se poderá cogitar da referida cumulação, por certo, quando não houver efetivo *lucro* por parte do interventor. Afirma-se, então, que a restituição do lucro da intervenção, para além da hipótese de ausência de dano indenizável, apenas tem lugar quando o *lucro* auferido pelo interventor for superior ao *dano* causado à vítima e titular do direito.⁶³ Em que pese o louvável esforço didático subjacente

61 Francisco Manuel Pereira Coelho afirma que “(...) quando a intervenção não causa dano ao titular do direito ou, causando um dano, o lucro da intervenção excede este dano, então já a questão se torna obscura e difícil” (COELHO, op. cit., p. 10).

62 Diversamente, após criticar a utilização da responsabilidade civil para resolução dos problemas envolvendo lucro da intervenção, Aline de Miranda Valverde Terra conclui que tampouco o enriquecimento sem causa seria suficiente, afirmando que, “(...) *de lege lata*, o ordenamento jurídico brasileiro não dispõe de instrumentos de direito privado suficientemente eficientes para desempenhar tal função” (TERRA, op. cit., p. 457). A autora conclama, então, pela alteração do direito positivo: “*De lege ferenda*, a criação de uma figura genérica que permita retirar do patrimônio do agente os lucros obtidos de forma ilegítima parece ser a melhor alternativa, a depender, todavia, de alteração legislativa” (Ibidem, p. 457).

63 Sérgio Savi afirma que em algumas hipóteses “(...) as regras tradicionais da responsabilidade

à referida proposição, a mesma parece não resistir a uma análise mais apurada do ponto de vista técnico. Isso porque, em realidade, o *lucro* somente pode ser aferido após o abatimento de todas as despesas atinentes ao desenvolvimento da atividade⁶⁴. Dentre essas despesas, inclui-se naturalmente o montante desembolsado a título de indenização pelo uso do bem ou direito alheio⁶⁵.

civil podem não ser suficientes enquanto sanção pela violação de um interesse merecedor de tutela. O ato do interventor pode não causar danos ao titular dos bens ou direitos. Quando causar danos, os lucros obtidos pelo interventor podem ser superiores aos danos causados à vítima. Na primeira hipótese, não há que se falar em responsabilidade civil, pois para que se conceda a indenização é indispensável que a vítima tenha efetivamente experimentado um prejuízo. (...) Já quando os lucros obtidos forem superiores aos danos causados, mesmo após indenizar a vítima, o ofensor estará em uma situação melhor do que estava antes da prática do ato não tutelado pelo ordenamento jurídico” (SAVI, op. cit., p. 57).

64 A ilustrar a necessidade de abatimento das despesas para que se possa aferir o verdadeiro lucro do interventor, veja-se o seguinte julgado do STJ: “PROPRIEDADE INDUSTRIAL. USO INDEVIDO DE MARCA. INDENIZAÇÃO POR DIREITOS MATERIAIS. COMPROVAÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO. CRITÉRIO DE CÁLCULO. 1. A falta de prequestionamento em relação aos arts. 331, I, do CPC e 208 da Lei 9.279/96, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da súmula 211/STJ. 2. No caso de uso indevido de marca, com intuito de causar confusão ao consumidor, o entendimento predominante desta Corte é que a simples violação do direito implica na obrigação de ressarcir o dano. Precedentes. 3. Conquanto os lucros cessantes devidos pelo uso indevido da marca sejam determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, conforme o art. 210, caput, da Lei 9.279/96, o critério de cálculo previsto na lei deve ser interpretado de forma restritiva, fazendo-se coincidir, nesse caso, o termo ‘benefícios’ presente no inciso II, do art. 210, com a idéia de ‘lucros’. 4. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 710.376/RJ. Quarta Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 15 dez. 2009. Data de Publicação: 02 fev. 2010).

65 Ao analisar a proposta de limitação da restituição aos danos causados ao titular do direito, Paolo Gallo adverte: “Nessa perspectiva, a obrigação de reparar os danos assumiria quase o aspecto de uma das diversas despesas verificadas no processo produtivo; em todo caso, saldados os débitos, e portanto reparados os danos, o responsável pelo ato lesivo conservaria sempre o *plus* de riqueza decorrente da lesão” (GALLO, Paolo. *Arricchimento senza causa e quasi contratti*: i rimedi restitutori. 2. ed. Torino: UTET, 2008, p. 74. Tradução livre do original). Tal advertência pretende indicar a necessidade de a restituição do enriquecimento sem causa não se limitar ao montante dos danos porventura verificados. De qualquer modo, o certo é que somente se poderá falar em *lucro* após o desconto da parcela indenizatória, sob pena de injustificado *bis in idem* em desfavor do interventor.

De fato, não faria sentido reconhecer a existência de lucro quando a situação patrimonial do interventor após a intervenção se revelar idêntica ou mais gravosa do que aquela existente anteriormente à intervenção. Caso imposta a *restituição* do *lucro* da intervenção, na verdade estar-se-ia impondo injustificada condenação à *indenização* pelo *prejuízo* da intervenção⁶⁶. O presente raciocínio reforça a ideia de que a vedação ao enriquecimento sem causa – neste ponto, à semelhança da responsabilidade civil – não se presta por vocação a propósitos punitivo-pedagógicos, mas tão somente à justa recomposição dos patrimônios. Em suma, apenas se poderá cogitar de *lucro* a ser restituído quando a medida da indenização não abarcar todo o proveito econômico auferido em decorrência da intervenção em bem ou direito alheio⁶⁷.

Pode-se concluir, então, que quando uma determinada situação preencher simultaneamente os pressupostos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil, diversas haverão de ser as pretensões relacionadas⁶⁸. Ressaltam-se, com isso, as distinções funcio-

66 Francisco Manuel Pereira Coelho esclarece: “Se a intervenção é culposa e preenche os demais pressupostos da responsabilidade civil, o interventor será obrigado a indenizar o titular do direito, nos termos gerais. O enriquecimento do primeiro é então coberto pelo dano do segundo” (COELHO, op. cit., p. 8). Em sentido semelhante, Sérgio Savi afirma: “Para concluir, pode-se afirmar que, nos casos de enriquecimento por intervenção, o titular do direito poderá cumular a pretensão de enriquecimento sem causa com a pretensão de responsabilidade civil. O que ele não poderá fazer é pedir duas vezes a mesma quantia, uma vez a título de dano sofrido e outra de enriquecimento obtido pelo autor da lesão. Na prática, o titular do direito deverá buscar a maior quantia entre o dano por ele sofrido e o enriquecimento obtido pelo réu” (SAVI, op. cit., p. 121).

67 “O enriquecimento que a instituição da responsabilidade civil não tiver deslocado será transferido através das normas do enriquecimento sem causa. Hipótese em que terá havido uma simples consumpção impura de normas. Nestes termos, o enriquecimento do lesante será suprimido através de dois institutos. Primeiro, indirectamente, através das normas da responsabilidade civil. Depois, se subsistir uma parcela de enriquecimento, esta será removida directamente por meio do instituto do enriquecimento sem causa” (CAMPOS, op. cit., p. 52).

68 Nesse sentido, v. CAMPOS, op. cit., p. 46-47; COELHO, op. cit., p. 85-86; LEITÃO, op. cit., p. 411; e GUEDES, op. cit., p. 208.

nais entre os institutos em comento e afastam-se os mesmos de indesejáveis aproximações a um caráter punitivo genérico.

5. Dificuldades atinentes à quantificação do objeto da restituição.

Delimitadas as premissas técnicas e metodológicas do presente estudo, convém apreciar, em bases empíricas, elementos relevantes que decorrem do lucro da intervenção, sobretudo no que se refere aos parâmetros a serem observados para a correta definição do montante a ser restituído pelo interventor ao titular do direito.

A definição do *quantum* a ser restituído envolve elementos jurídicos e práticos que vão muito além da mera aplicação de regras ou princípios de direito, atingindo questões relevantes e variáveis à luz de cada situação concreta e específica.

Regra geral, o enfoque é dado ao ganho ilegítimo, ou seja, ao benefício econômico ilícito obtido pelo ofensor, que acaba por enriquecer às custas de bens e direitos alheios. Partindo-se do pressuposto fundamental de que condutas antijurídicas não devem ser premiadas (e, assim, não podem ser licitamente lucrativas) propõe-se a retirada do patrimônio do ofensor de tudo aquilo que restou obtido, direta ou indiretamente, em razão da intervenção injustamente implementada.

Com efeito, aplica-se à hipótese em tela a doutrina do conteúdo da destinação jurídica dos bens (*Zuweisungsgehaltlehre*), a qual, em linhas gerais, estabelece que todas as externalidades oriundas de um determinado bem, ou seja, tudo aquilo que o bem é capaz de “gerar”, deve ser de titularidade exclusiva de seu titular.

Nesse sentido, os ganhos auferidos pelo ofensor em decorrência da utilização ilegítima de bens do ofendido são considerados “lucro ilegítimo” a ser objeto de integral restituição ao ofendido. Dessa forma, por se tratar de lucro ilegítimo, não dano, aplica-se ao lucro

por intervenção regras próprias para o cálculo desse valor a ser restituído.

Diante do enunciado acima, aplicando-se a máxima de que “tudo o que o bem gera é do seu titular”, conclui-se pela aplicação de fórmula matemática simples para o cálculo do lucro ilegítimo a ser restituído: do patrimônio do ofensor após a intervenção deve ser subtraído o total por ele possuído previamente à intervenção, alcançando-se diferença diretamente decorrente do ato em análise.

Tal fórmula, aparentemente simples, à luz dos casos concretos, comporta dificuldades e polêmicas muito relevantes, a serem enfrentadas pelo operador do direito.

Em um primeiro momento, poder-se-ia indagar qual o tratamento jurídico a ser conferido aos outros fatores que, de fato, contribuíram para a obtenção desse lucro ilícito. Ou seja, o que acontece quando, além da intervenção, outros elementos, imputáveis ao interventor, influenciam no montante final do lucro decorrente das atividades praticadas?

Imagine-se, por exemplo, a situação do sujeito que, sabedor da viagem ao exterior de proprietário de veículo automotor, obtém, sem autorização do titular, as chaves do veículo e, durante todo o tempo da aludida ausência do proprietário, o utiliza para a realização de corridas comerciais, obtendo, à luz da legislação aplicável, as autorizações necessárias para tanto.

No caso em tela, considerando toda a explanação teórica e doutrinária realizada nas seções anteriores deste trabalho, não há dúvidas da aplicação da teoria do lucro por intervenção. Todavia, não se pode perder de vista o fato de que, além da intervenção – materializada na indevida e desautorizada utilização de veículo automotor alheio – os lucros auferidos pelo ofensor decorrem diretamente de seus esforços, no sentido de empreender atividade econômica e dela extrair ganhos financeiros.

A questão que fica é: tais fatores devem ser descartados para

os fins de quantificação do lucro por intervenção? Aos autores parece que não, sob pena de se materializar evidente hipótese de enriquecimento sem causa por parte do titular do direito, uma vez que, em decorrência da intervenção, recebe, em seu benefício, recursos financeiros decorrentes do esforço e da atividade de terceiro.

Nesse cenário, conclui-se que o esforço ou o investimento efetivamente realizado pelo interventor deverá ser compensado, sob pena de se violar interesse juridicamente legítimo do interventor.

Propõe-se, portanto, que o conteúdo do “lucro por intervenção” abranja, a um só tempo, o montante financeiro decorrente da intervenção e os elementos diretamente relacionados ao chamado “custo de produção”, de forma que à fórmula acima estabelecida seja acrescida nova variável, correspondente aos custos incorridos pelo ofensor durante a intervenção e que tenham se materializado em ganhos financeiros.

O lucro da intervenção, assim, seria calculado como: o patrimônio do ofensor após a intervenção, abatido do patrimônio anterior e dos custos de produção incorridos pelo agente na prática dos atos que caracterizaram a intervenção. No exemplo prático trabalhado linhas acima, o lucro indevido, a ser restituído ao titular do veículo, seria correspondente aos ganhos auferidos com a utilização desse veículo, subtraídas as despesas e os custos envolvidos com a exploração da atividade econômica (exemplo: remuneração, em bases de mercado, para o motorista do veículo, gastos com gasolina e outros insumos).

A grande dificuldade que permeia tal realidade diz respeito à quantificação das variáveis envolvidas, uma vez que, em sua grande maioria, traduzem elementos subjetivos, de difícil quantificação prática (por exemplo, delimitar os custos com gasolina e insumos, no exemplo acima, parece mais objetivo do que definir bases justas para a remuneração do motorista).

Diante da ausência de regras legais a esse respeito, propõe-se o enfrentamento do tema a partir do exame de situações práticas em que o mesmo restou aplicado, extraíndo-se de casos concretos, na experiência estrangeira, e da aplicação de institutos semelhantes, na realidade nacional, contornos para a prática apuração do lucro por intervenção no ordenamento jurídico brasileiro.

6. Aplicações práticas.

Para fins de enfrentamento dos aspectos concernentes à quantificação do lucro por intervenção, conforme disposto na seção anterior deste trabalho, serão analisadas seis aplicações práticas e institutos semelhantes ao ora estudado, quais sejam: (i) Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Português no Processo nº 04B4601⁶⁹; (ii) o dispositivo constante do art. 210 da Lei nº 9.279/96⁷⁰; (iii) a interpretação conferida ao dispositivo constante do art. 1.017 do Código Civil⁷¹ e ao art. 154, §§ 2º e 3º, da Lei nº 6.404/76⁷²; (iv) a disciplina

69 PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 04B4601. Relator: Min. Custódio Montes. Data de Julgamento: 24 fev. 2005. Disponível em: “<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5b>”.

70 “Art. 210. Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes: I – os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou II – os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou III – a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem”.

71 “Art. 1.017. O administrador que, sem consentimento escrito dos sócios, aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros, terá de restituí-los à sociedade, ou pagar o equivalente, com todos os lucros resultantes, e, se houver prejuízo, por ele também responderá. Parágrafo único. Fica sujeito às sanções o administrador que, tendo em qualquer operação interesse contrário ao da sociedade, tome parte na correspondente deliberação”.

72 “Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa. (...) § 2º É vedado ao administrador: a) praticar ato de liberalidade à custa da companhia; b) sem prévia autorização da assembléia-geral ou do conselho de administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito; c) receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembléia-geral, qualquer modali-

conferida aos frutos em caso de posse de má-fé, conforme disposto no art. 1.216 do Código Civil⁷³; (v) a disciplina jurídica aplicável às vantagens provenientes do mandato, na forma do art. 668 do Código Civil⁷⁴; e (vi) as regras aplicáveis à gestão de negócios, consoante previsão contida no art. 869 do Código Civil⁷⁵.

6.1. Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Português no Processo nº 04B4601.

Em linhas gerais, o aludido acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português diz respeito à situação comercial em que o titular do direito de uso exclusivo de insígnia identificadora de estabelecimento comercial obteve o reconhecimento judicial da ocorrência de lucro por intervenção por parte de concorrente que, sem a sua autorização, utilizou-se dessa insígnia na publicidade do seu estabelecimento, obtendo lucros em decorrência do inequívoco ato de desvio da clientela.

Constatada a ocorrência de lucro por intervenção, por parte do terceiro que se utilizou de insígnia de concorrente, sem autorização específica, a decisão em tela passa a discutir parâmetros justos para a fixação do montante a ser restituído pelo interventor ao titular do direito.

Conforme disposto no acórdão sob exame: “(...) no enriquecimento por intervenção, em que alguém enriquece através da ingerên-

dade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo. § 3º As importâncias recebidas com infração ao disposto na alínea c do § 2º pertencerão à companhia”.

73 “Art. 1.216. O possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé; tem direito às despesas da produção e custeio”.

74 “Art. 668. O mandatário é obrigado a dar contas de sua gerência ao mandante, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato, por qualquer título que seja”.

75 “Art. 869. Se o negócio for utilmente administrado, cumprirá ao dono as obrigações contraídas em seu nome, reembolsando ao gestor as despesas necessárias ou úteis que houver feito, com os juros legais, desde o desembolso, respondendo ainda pelos prejuízos que este houver sofrido por causa da gestão”.

cia em bens alheios, usando-os ou fruindo-os, sem consentimento do seu titular, o ‘elemento central’ do instituto é a obtenção do enriquecimento à custa de outrem, podendo este ocorrer sem que exista dano patrimonial do lesado”.

Nesse sentido, o acórdão enfrenta o teor da decisão recorrida, na qual o montante do enriquecimento ilícito havia sido fixado a partir de laudo pericial especificamente levantado para esse fim, da seguinte forma: “Ora, é essa diferença entre o lucro que as Rés obtiveram na venda do empreendimento e o lucro que sempre obteriam no mesmo negócio que nos dá a medida do enriquecimento das Rés e que foi obtido à custa do patrimônio da Autora”, calculando-o mediante a aplicação de percentagem equivalente a 2,5% do volume total de vendas.

Por questões jurídicas de natureza material e processual, tal critério foi substituído pela instância revisional, nos seguintes termos: “O montante a apurar terá em conta o montante do enriquecimento sem causa das RR., as quais deverão restituir ‘o lucro da intervenção’ à A. ou sejam o valor do enriquecimento das RR. é constituído pelo valor do uso da denominação ‘Colombo’, na publicidade do seu empreendimento ‘Parque Colombo’: o preço que normalmente pagariam pela utilização do referido sinal distintivo, devendo ainda considerar-se que o sucesso do empreendimento das RR. também se deveu à ‘excelente relação preço/qualidade e à circunstância de o mesmo ter sido noticiado na imprensa, sendo referidos a par do nome da L., os nomes de J e K, como os responsáveis pela empresa”.

Portanto, ressalvadas as questões de direito material e processual inerentes ao ordenamento jurídico português (que não serão objeto de exame neste trabalho), o aludido acórdão possui como elementos de destaque: (i) a revisão de critério puramente matemático para a fixação do *quantum* correspondente ao lucro por intervenção, dentre outros motivos, por não representar, em bases justas, o valor do lucro ilícito obtido pelo ofensor; (ii) o reconhecimento de que nem todo o resultado positivo auferido pelo interventor foi proveniente da intervenção, existindo outros elementos a contribuir para o sucesso do empreendimento, que, portanto, representavam valores a serem destacados do montante a ser fixado; e (iii) a definição do va-

lor do enriquecimento com base no valor do uso do sinal distintivo, ou seja, no preço que um terceiro pagaria pela utilização desse bem na publicidade.

6.2. A definição dos danos em matérias de propriedade industrial.

Questão prática igualmente relevante diz respeito ao exame dos parâmetros de quantificação da indenização em caso de uso indevido de direitos de propriedade industrial, na forma do já mencionado art. 210 da Lei nº 9.279/96. Com efeito, o aludido dispositivo legal permite que os lucros cessantes sejam apurados, dentre outros parâmetros, com base no lucro auferido pelo ofensor.

Com efeito, tal dispositivo é passível de contundentes críticas, uma vez que, em determinadas situações, tem por efeito permitir ao titular do direito, ao final, sair da violação do seu direito melhor do que entrou, auferindo recursos financeiros às custas do interventor. Não fosse a complementariedade do instituto do enriquecimento sem causa, diante da existência de dispositivo legal expresso a permitir a utilização do aludido critério, tal forma de fixação do *quantum* indenizatório poderia representar verdadeiro enriquecimento ilícito, colocando a vítima na posição de ofensor.

6.3. Prática de atos “ultra vires” e de atos de liberalidade por administradores de sociedades.

Os dispositivos constantes dos artigos 1.017 do Código Civil e 154, §§2º e 3º, da Lei nº 6.404/76, aplicáveis, respectivamente, às sociedades simples (e subsidiariamente às sociedades limitadas, na forma do art. 1.053 do Código Civil⁷⁶) e às sociedades por ações, traduzem regras importantes acerca da atuação dos administradores.

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

A atuação dos administradores tem por fundamento uma relação de fidúcia, de confiança, estabelecida entre os titulares de participação societária e os profissionais por eles indicados para exercer atos de gestão e de condução executiva dos negócios da sociedade.

Tal relação de fidúcia tem por fundamento a prática de atos diligentes por parte dos administradores, os quais devem agir conforme o melhor interesse da empresa e, em última análise, dos sócios que a integram. Nesse contexto, é vedada a prática de atos em proveito exclusivo do administrador ou de terceiros, mesmo que tais atos sejam de liberalidade.

Em qualquer caso, a lei aplicável estabelece que todos os benefícios auferidos pessoalmente pelo administrador em violação à lealdade dele esperada para a sociedade e seus sócios deverá ser entregue à sociedade. Consagra-se, portanto, hipótese em que a sociedade, sem qualquer esforço ou energia, é beneficiada pelos lucros advindos da postura *contra legem* adotada pelo administrador, representando, uma vez mais, regra específica de restituição de lucro ilegítimo que, em última análise, se amolda à vedação geral ao enriquecimento sem causa.

6.4. Frutos na posse de má-fé.

Tema igualmente relevante no que diz respeito às regras legais para quantificação dos valores a serem entregues ao ofendido é o tratamento conferido pelo Código Civil aos efeitos da posse de má-fé⁷⁷.

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

77 Nas palavras de Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes: “Deve ser adquirida, a posse, com fundamento em relação positiva com o antigo possuidor, a traduzir, intrinsecamente, ausência de lesão a direito de outrem. Todavia, se houver obstáculo, ou vício,

Com efeito, ao possuidor de má-fé é imposto o dever de restituir os frutos colhidos e percebidos, sendo-lhe vedado o direito aos frutos pendentes e aos frutos colhidos por antecipação, na forma do art. 1.216, Código Civil. Vale frisar, todavia, que o legislador se preocupou com o enriquecimento sem causa por parte do legítimo possuidor, ao reconhecer ao possuidor de má-fé o direito de ter ressarcidas as despesas incorridas no custeio e na produção da coisa, desde que haja resultado financeiro positivo a fazer frente a tais ressarcimentos.

Nada obstante a existência de regras legais específicas a disciplinar a situação em tela, conclui-se pela aplicabilidade do instituto do lucro por intervenção, para que os ganhos auferidos pelo possuidor de má-fé (para além dos frutos) em decorrência do uso da coisa de titularidade do legítimo possuidor sejam retirados do patrimônio daquele e entregues a esse.

6.5. O tratamento legal às vantagens percebidas pelo mandatário.

O contrato de mandato é o instrumento jurídico por meio do qual o mandante outorga poderes ao mandatário para, em seu nome, praticar atos e administrar interesses. Nesse sentido, o mandatário, dentro dos limites dos poderes que recebeu, atua no mundo jurídico vinculando o mandante, como se o próprio tivesse celebrado os atos praticados. A fim de evitar conflitos de interesses ou ganhos patrimoniais indevidos decorrentes da aludida relação jurídica, o art. 668 do Código Civil estabelece que todos os benefícios decorrentes do ato praticado serão do mandante, sendo o mandatário compelido a transferi-los ao mandante.

conhecido pelo possuidor, que o impeça de adquirir a coisa ou o direito possuído, ainda assim, adquirir-se-á a posse, mas será ela reputada de má-fé” (TERRA; GUEDES, op. cit., p. 15).

Vislumbra-se, portanto, a preocupação do legislador em assegurar a destinação jurídica dos bens, de modo que as externalidades positivas decorrentes do bem ou do ato praticado pelo mandatário em nome do mandante e dentro dos poderes do contrato sejam destinadas exclusivamente ao titular.

6.6. A gestão de negócios.

Por fim, cumpre tecer breves comentários acerca da situação do gestor de negócios, reconhecido como o sujeito que, officiosamente, administra negócio de terceiro, sem a outorga expressa de poderes nesse sentido. Nos termos do art. 861 do Código Civil, o gestor, mesmo sem obter qualquer autorização do interessado, administra negócio alheio, atuando conforme o interesse e a vontade que presume ser a do titular, responsabilizando-se perante o mesmo e as pessoas com quem contrata.

A fim de coibir o enriquecimento do dono do negócio às custas do gestor, o art. 869 do Código Civil prevê expressamente o dever de reembolso, ao gestor, das despesas necessárias ou úteis que tiverem sido incorridas, acrescidas dos competentes juros legais, a incidir desde a data do efetivo desembolso, devendo, ainda, indenizar o gestor pelos prejuízos que tiverem sido efetivamente sofridos em decorrência da prática dos atos de gestão; tudo isso, desde que o negócio tenha sido utilmente administrado.

Como bem esclarecem Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes:

A função do instituto reside, pois, em permitir a vinculação da esfera jurídica do dono do negócio aos atos praticados pelo gestor, sempre que a administração officiosa lhe for útil. Indiretamente, no entanto, viabiliza-se, de um lado, a retirada de eventual lucro obtido pela gestão do patrimônio do gestor, uma vez que tal benefício pertence ao dono do negócio; por outro lado, evita-se o enriquecimento sem causa do próprio dono do negó-

cio, obrigando-o a indenizar o gestor pelas despesas necessárias ou úteis por ele realizadas⁷⁸.

Portanto, ao dono do negócio são conferidos apenas os benefícios decorrentes da gestão que efetivamente superem os prejuízos sofridos pelo gestor: trata-se de hipótese legitimada de enriquecimento do titular do negócio, intimamente relacionada com a destinação jurídica dos bens, uma vez que o legislador confere ao titular do bem os recursos positivos dele decorrentes (após o justo ressarcimento daquele que, de boa-fé, contribuir para a produção desses ganhos).

7. Síntese conclusiva.

Sem embargo do valor didático e histórico da correlação entre as fontes obrigacionais e as referidas máximas de justiça, somente a análise funcional dos institutos possibilitará a delimitação das suas fronteiras dogmáticas e, por conseguinte, a adequada compreensão do lucro da intervenção.

Nessa linha, propõe-se o enfrentamento funcional do lucro da intervenção, distinguindo-se o instituto das obrigações negociais e das obrigações de responsabilidade civil e aproximando-o das obrigações de enriquecimento sem causa.

De início, afasta-se a fonte negocial das obrigações, vez que a problemática do lucro da intervenção tem como pressuposto lógico a intromissão *não autorizada* (i.e., sem qualquer liame causal com negócio jurídico prévio) em bens ou direitos alheios.

Em seguida, em que pese a similitude estrutural entre o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil, uma análise detida dos institutos revela a existência de acentuada distinção funcional, a qual se poderia traduzir, em termos sintéticos, por uma diferença de

⁷⁸ Ibidem, p. 17-18.

foco. A vedação ao enriquecimento sem causa visa à restauração do patrimônio da pessoa ao estado em que estaria acaso não ocorrido o fato gerador de enriquecimento injustificado. Já a responsabilidade civil, outrora focada no causador do dano, hoje se encontra voltada precipuamente à tutela da vítima do dano injusto.

Assim, a restituição do lucro da intervenção encontra fundamentação adequada na vedação ao enriquecimento sem causa. Preliminarmente, deve-se reconhecer que se trata de categoria abrangente de duas modalidades: enriquecimento por prestação e enriquecimento por intervenção. De fato, o enriquecimento sem causa pode decorrer de uma transferência patrimonial realizada pela pessoa à custa de quem se enriquece, mas igualmente pode decorrer da exploração desautorizada de bens ou direitos alheios por parte do enriquecido. Desde logo, percebe-se que o lucro da intervenção parece se amoldar à segunda modalidade de enriquecimento sem causa.

Desse modo, caso se conclua que alguém enriqueceu injustamente em decorrência da intervenção em bens ou direitos alheios, o ordenamento jurídico impõe a obrigação de restituir o denominado *lucro da intervenção*, em concretização à vedação geral ao enriquecimento sem causa.

Sendo assim, não se justifica, à luz do direito brasileiro, o recurso desenfreado à responsabilidade civil, dada a nítida distinção funcional que subjaz aos institutos. Em atenção à função precípua da responsabilidade civil e da vedação ao enriquecimento sem causa, pode-se enunciar, quando muito, a possibilidade teórica das parcelas em comento coexistirem sempre que houver dano injusto a indenizar e lucro ilegítimo a restituir, o que, na prática, não resiste de forma eficiente, eis que a existência de lucro, ou melhor, de diferença entre custos e resultados é premissa para a aplicação do *lucro por intervenção*.

De uma forma ou de outra, aspecto mais controvertido acerca da aplicação do instituto sob exame consiste na definição do *quantum* a ser restituído, o que envolve elementos jurídicos e práticos que

vão muito além da mera aplicação de regras ou princípios de direito, atingindo questões relevantes e variáveis à luz de cada situação concreta e específica.

Regra geral, o enfoque é dado ao ganho ilegítimo, ou seja, ao benefício econômico ilícito obtido pelo ofensor, que acaba por enriquecer às custas de bens e direitos alheios. Partindo-se do pressuposto fundamental de que condutas antijurídicas não devem ser premiadas (e, assim, não podem ser licitamente lucrativas) deve ser retirado do patrimônio do ofensor o resultado positivo da subtração entre tudo aquilo que foi obtido, direta ou indiretamente, em razão da intervenção injustamente implementada e as despesas e custos incorridos para a obtenção desse resultado (sob pena de, ao aplicar o instituto, desequilibrar-se a balança de forma injusta contra um dos lados da relação jurídica).

Propõe-se, portanto, que o conteúdo do “lucro por intervenção” abranja, a um só tempo, o montante financeiro decorrente da intervenção e os elementos diretamente relacionados ao chamado “custo de produção”. O lucro da intervenção, assim, seria calculado como: o patrimônio do ofensor após a intervenção, abatido do patrimônio anterior e dos custos de produção incorridos pelo agente na prática dos atos que caracterizaram a intervenção. Do ponto de vista teórico, tal construção matemática é passível de compreensão mais simples, se comparada à aplicação prática do instituto.

Para fins de enfrentamento dos aspectos concernentes à quantificação do lucro por intervenção, foram analisadas seis aplicações práticas e institutos semelhantes, quais sejam: (i) Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Português no Processo nº 04B4601, em que os critérios para fixação do montante correspondente ao lucro por intervenção são amplamente discutidos pelas instâncias julgadoras, sem que se obtenha uma resposta ampla e definitiva para o enfrentamento do tema; (ii) o tratamento conferido pelo art. 210 da Lei nº 9.279/96, ao permitir a fixação da indenização a ser paga pelo ofensor, dentre outros parâmetros, a partir do lucro auferido pelo ofensor;

(iii) a interpretação conferida ao dispositivo constante do art. 1.017 do Código Civil e ao art. 154, §§2º e 3º, da Lei nº 6.404/76, ao estabelecer o dever do administrador que extrapola suas atribuições de entregar as vantagens auferidas à sociedade; (iv) a disciplina conferida aos frutos em caso de posse de má-fé, conforme disposto no art. 1.216 do Código Civil, obrigando-se o possuidor de má-fé de restituir os frutos colhidos e percebidos e de abrir mão dos frutos pendentes e os colhidos por antecipação (após a restituição das despesas de produção e custeio); (v) a disciplina jurídica aplicável às vantagens provenientes mandato, na forma do art. 668 do Código Civil, sendo dever do mandatário transferir todas as vantagens auferidas quando da atuação em nome do mandante, para o mesmo; e (vi) as regras aplicáveis à gestão de negócios, consoante previsão contida no art. 869 do Código Civil, em que o gestor é compelido a entregar ao dono do negócio o resultado do benefício econômico decorrente dele, subtraídas as custas e despesas realizadas.

Tais aspectos práticos são balizas relevantes para a aplicação, aos casos de lucro por intervenção, de regras sólidas para a fixação do montante correspondente à indenização, o que, diante do atual cenário jurídico e econômico nacional, tem-se em perspectiva para os próximos anos.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CORRETORAS DE VALORES MOBILIÁRIOS EM RAZÃO DE INCOMPLETO CUMPRIMENTO DAS ORDENS DOS CLIENTES E O CÁLCULO DO MONTANTE DO DANO¹

THE LIABILITY OF SECURITIES BROKERS DUE TO THE INCOMPLETE PERFORMANCE OF CLIENT'S ORDERS AND THE DETERMINATION OF THE AMOUNT OF THE DAMAGE

José Gabriel Assis de Almeida

Resumo: O presente estudo versa sobre a responsabilidade civil das corretoras de valores mobiliários pela incompleta execução de ordens de seus clientes, quando tais ordens não indicam a realização de um número certo de negócios, mas a realização de um número de negócios indeterminado até um determinado número. Demonstrar-se-á que ser obrigação das corretoras executar integralmente tais ordens pelo que, apesar dos negócios realizados pela corretora em nome do cliente estarem dentro dos limites do que foi ordenado, a corretora tem responsabilidade. Analisar-se-á igualmente que, inobstante esta conduta das corretoras causar danos aos clientes na modalidade de lucros cessantes, a melhor forma de calcular a indenização é por meio da teoria da perda de uma chance.

Palavras-chave: Corretora de valores mobiliários. Responsabi-

¹ Artigo recebido em 18.09.2017 e aceito em 29.12.2017.

lidade civil. Cálculo de danos materiais. Estratégia de investimento “escadinha”.

Abstract: The present essay deals with the civil liability of securities brokers due to their incomplete performance of client’s orders, when such orders do not state an exact amount of trades, but the determine the execution of an unlimited number of trades until a certain amount. It will show that securities brokers are required to execute in totum such orders, reason why, although the trades performed are within the limits set by the client, the securities brokers is liable. It will examine also that, regardless the fact that securities brokers behaviour causes damages to the clients that correspond to their loss of profits, the best way to calculate the indemnification is by means of the theory of the loss of a chance.

Keywords: Securities brokers. Civil liability. Judicial recovery. Estimation of material damages. Investments strategy “escadinha”.

Sumário: 1. Introdução. 2. A responsabilidade civil contratual das corretoras de valores mobiliários pela incompleta execução das ordens dos clientes. 3. O cálculo do dano causado pela corretora ao cliente pela incompleta execução das ordens. 4. Conclusão.

1. Introdução.

O presente estudo versa sobre a responsabilidade civil das corretoras de valores mobiliários pela incompleta execução de ordens de seus clientes, quando tais ordens não indicam a realização de um número certo de negócios, mas a realização de um número de negócios indeterminado até um determinado limite.

Os clientes podem determinar que as corretoras comprem, por exemplo, cem determinados valores mobiliários no mercado à vista ou duzentos valores mobiliários no mercado a termo.

No entanto, as ordens dos clientes podem também ser para

comprar até cem determinados valores mobiliários no mercado à vista ou até duzentos valores mobiliários no mercado a termo.

As ordens dos clientes podem, ainda, ser no sentido de os negócios serem realizados até determinados limites, consoantes certos níveis. Assim, o cliente pode determinar que a corretora adquira cem determinados valores mobiliários no mercado à vista até R\$ 100,00 e mais duzentos desses valores mobiliários no mesmo mercado se a cotação atingir R\$ 80,00. Esta estratégia de investimento é comumente denominada de “escadinha”.

No dia a dia do mercado, contudo, pode ocorrer a inexecução de determinadas ordens ou a sua incompleta execução. A corretora pode, simplesmente, não dar curso às ordens do cliente, sejam elas relativas a um número certo de negócios, sejam elas relativas a um número indeterminado de negócios dentro de um determinado limite.

Se se tratar de ordem para a realização de número determinado de negócios, a solução é razoavelmente simples. Se a inexecução for culposa ou dolosa, a corretora responderá pelos danos causados.

Já a situação é diversa quando se trata de incompleta execução das ordens quando relativas a um número indeterminado de negócios dentro de um determinado limite. Com efeito, se a ordem dada pelo cliente à corretora era para a realização de x negócios até um limite de y negócios, será a corretora responsável se tiver realizado menos de y negócios? Afinal, a corretora realizou os negócios dentro do limite fixado pelo cliente.

Como é sabido, a responsabilidade civil contratual decorre da existência de um conjunto de elementos, a saber, (i) um vínculo contratual entre as partes, (ii) um fato ou ato cometido por uma das partes em violação das obrigações decorrentes do contrato, (iii) um dano sofrido pela outra parte, (iv) um nexo de causalidade entre o fato ou o ato e o dano. Assim, é preciso ser se estes elementos estão configurados nas situações de incompleta execução de ordens de realização

de negócios dentro de certos limites dadas pelos clientes às corretoras.

Assim, a primeira parte deste trabalho examina a existência ou não de responsabilidade das corretoras de valores mobiliários pela incompleta execução das ordens dos clientes, quando tais ordens são relativas a um número indeterminado de negócios, até um determinado limite, nomeadamente na estratégia de investimentos denominada “escadinha”. A segunda parte deste trabalho examina os métodos possíveis para calcular o dano sofrido pelos clientes, em razão da incompleta execução das ordens acima mencionadas. E a terceira parte aborda a questão do nexo de causalidade entre a omissão da corretora e o dano do cliente.

2. A responsabilidade civil contratual das corretoras de valores mobiliários pela incompleta execução das ordens dos clientes.

O vínculo jurídico que une as corretoras de valores mobiliários aos seus clientes é o contrato de intermediação².

Segundo este contrato, a corretora adquire ou vende valores mobiliários, em seu próprio nome, à conta do seu cliente.

Assim, a corretora recebe as ordens do seu cliente para realizar determinada operação e cursa, no mercado de valores mobiliários, a operação em seu próprio nome.

Deste modo, quem compra ou vende ou cede é a corretora e a contraparte da corretora é sempre outra corretora.

Uma vez concluída a operação, a corretora informa e transfere para a titularidade do cliente o resultado da mesma.

2 Na prática, estes contratos têm praticamente o mesmo teor, eis que as corretoras de valores mobiliários adotam com frequência o mesmo modelo.

Este contrato tem, assim, a natureza de comissão mercantil e atualmente encontra-se normatizado nos arts. 693 a 709 do Código Civil. Segundo já definido pelo Superior Tribunal de Justiça:

Em verdade, o contrato de comissão mercantil preconiza a realização de negócio jurídico entre comissário e terceiro, a favor e sob as ordens e instruções do comitente, mas, apesar disso, é celebrado somente em nome do comissário, que fica diretamente obrigado em relação àqueles com quem contratar.³

A utilização do contrato de concessão mercantil para as operações que as corretoras praticam em nome dos seus clientes justifica-se pela necessidade de assegurar a higidez do mercado. Com efeito, o vendedor não corre o risco do comprador e vice-versa. Quem corre o risco do vendedor é a corretora que o tem como cliente e quem corre o risco do comprador é a outra corretora que o tem como cliente. Ou seja, quem compra e que vende são as corretoras, que realizam, em seu nome, a liquidação das operações, com entrega dos valores mobiliários e os pagamentos correspondentes. Assim, se o vendedor não entregar os valores mobiliários ou o comprador não pagar, quem arca com essa inadimplência é a corretora respectiva do vendedor ou do comprador.

Por sua vez, a B3, atual denominação da BM&F Bovespa S.A., sociedade empresária que organiza mercados de negociação de valores mobiliários, adota regulamentos de operações distintos para cada um dos mercados por ela oferecidos, tais como ações (operações à vista, operações a termo, operações de opções e operações a futuro), derivativos, mercadorias e câmbio. Estes regulamentos de operações contêm a descrição do comportamento esperado das corretoras, bem como os atos ou fatos que constituem infração e a sua respectiva sanção.

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.003.324/SP. Quarta Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Data do Julgamento: 2 ago. 2012. Data de Publicação: 20 ago. 2012.

Uma das estratégias clássicas de investimento dos clientes é aquela denominada informalmente como “escadinha” e que consiste em comprar (quando o mercado está em movimento de baixa) ou vender (quando o mercado está em movimento de alta) uma quantidade pré-determinada de valores mobiliários a cada nível de preço atingido.

Esta estratégia deve ser executada pela corretora do cliente em etapas, ou seja, compra ou venda de uma quantidade pré-determinada de valores mobiliários a cada nível de preço atingido. Em consequência, esta estratégia implica na existência de um limite de valores mobiliários a ser negociado em cada nível ou em cada “degrau da escada”.

Por exemplo, no mercado futuro, a compra de até seis mil contratos com vencimento em determinada data, caso o Ibovespa esteja abaixo de um determinado número de pontos. Caso o Ibovespa estava abaixo de um número de pontos ainda maior, a ordem é no sentido da compra de até oito mil contratos.

Suponha-se, agora, que a corretora podendo ter comprado ou vendido uma determinada quantidade contratos por conta do seu cliente em determinada data, comprou ou vendeu, a bem da verdade, uma quantidade menor de contratos. Ou seja, por exemplo, em um determinado pregão, a corretora podendo ter vendido 100 contratos por conta do cliente, vende apenas 40 contratos.

Caso o cliente tivesse vendido apenas 40 contratos (ao invés de 100 contratos) em virtude da conjuntura do mercado na referida data, não haveria descumprimento algum por parte da corretora. Mas quando ocorre ser a venda dos outros 60 contratos subtraída ao cliente, pois a corretora, apesar de ter tido a possibilidade de tê-los vendido, não o fez?

Cabe, então, examinar se tal omissão da corretora, viola as obrigações contratuais por ela assumidas em decorrência do contrato de comissão mercantil.

Determina o art. 695 do Código Civil que: “O comissário é obrigado a agir de conformidade com as ordens e instruções recebidas do comitente [...]”.

Ora, a corretora não teria agido em conformidade com as ordens e instruções recebidas do comitente, pois deixou de cumprir tais ordens na sua integralidade.

É certo que a estratégia de investimento, coberta pelo próprio contrato de comissão mercantil, previa a possibilidade das ordens de compra ou de venda serem executadas abaixo do limite estabelecido pelo cliente. Daí o uso da preposição essencial “*até*” (compra até X contratos e venda até X contratos).

No entanto, para o cliente, a possibilidade desse limite de contratos não ser alcançado estava vinculada ao fato do mercado não ter atingido os pontos por ele determinados ou de não haver número de contratos suficiente para executar a totalidade das ordens.

Tal não é o caso quando a corretora realiza menos negócios do que o ordenado pelo cliente, apesar do mercado ter atingido os patamares estabelecidos pelo cliente, e apesar de ter havido valores mobiliários suficientes disponíveis para executar as ordens.

Aliás, um dos elementos que prova a existência de tal disponibilidade é a existência de negócios idênticos feitas pela corretora para outros comitentes ou por outras corretoras para outros comitentes.

Assim, o que faz com que a corretora não execute plenamente as ordens dadas pelo cliente é apenas e tão somente a decisão consciente da corretora de desviar parte dos contratos para outros comitentes.

Ora, o art. 696 do Código Civil determina que: “No desempenho das suas incumbências, o comissário é obrigado a agir com cuidado e diligência, não só para evitar qualquer prejuízo ao comitente, mas ainda para lhe proporcionar o lucro que razoavelmente se podia esperar do negócio”.

Os atos praticados pela corretora impedem o cliente de ter o lucro que razoavelmente podia esperar do negócio, eis que as ordens somente deixam de ser cumpridas na sua plenitude por decisão consciente da corretora.

Acresce que o art. 422 do Código Civil determina: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Ora, ao não dar curso às ordens de um comitente e, em sentido contrário, dar curso às ordens de outro, a corretora viola o princípio da boa-fé objetiva a que estava adstrita na execução do contrato de comissão mercantil.

Esta situação caracteriza aquilo que doutrinariamente se convencionou chamar de violação positiva do contrato:

O traço distintivo desta modalidade de incumprimento não consiste no atraso ou na inexecução definitiva, mas sim, em deficiências ou defeitos na prestação que é desempenhar, mas não da forma (pelo modo) que foi imposta ao devedor, havendo ofensa à sua qualidade.⁴

Por último, é de lembrar que a doutrina já afirmou:

Se, por um lado, as sociedades corretoras têm assegurado o monopólio na intermediação dos valores mobiliários, por outro, têm essas sociedades deveres e obrigações intrínsecas e extrínsecas, seja perante o público seja perante as autoridades governamentais. Essas obrigações vão desde um comportamento ético no desempenho de suas funções, de forma a dar a maior transparência possível aos negócios realizados, até a responsabilidade perante seus comitentes na compra e venda de títulos e valores mobiliários negociados.⁵

4 CATALAN, Marcos Jorge. *Descumprimento contratual: modalidades, consequências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 161.

5 VILLELA FILHO, Gustavo Alberto. *As sociedades corretoras e o mercado de valores mobiliários*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2003. p. 148.

Em consequência, do ponto de vista contratual, a corretora comete ato em violação das obrigações decorrentes do contrato que a unia ao cliente quando deixa de executar plenamente a estratégia de atuação no mercado que por este lhe havia sido determinada.

Examinados os os elementos objetivos da responsabilidade civil contratual da corretora, resta analisar o elemento subjetivo, ou seja, o dolo ou a culpa.

No caso concreto da responsabilidade civil da corretora, contudo, é irrelevante ter esta agido com dolo. O art. 696 indica apenas dever o comissário agir com cuidado e diligência, o que implica na responsabilidade civil mesmo em caso de mera culpa por negligência, imprudência ou imperícia.

E o atual art. 22.3.3 item (7) do Regulamento de Operações do Segmento Bovespa: Ações, Futuros e Derivativos de Ações determina ser obrigação das corretoras “Adotar controles internos e manter registros e documentos que proporcionem segurança no fiel cumprimento das ordens recebidas dos clientes, [...]” o que manifestamente não é o caso das corretoras na situação ora em estudo.

Deste modo, a omissão das corretoras é uma violação do contrato que as vincula aos clientes.

3. O cálculo do dano causado pela corretora ao cliente pela incompleta execução das ordens.

Estabelecido que pode, realmente, haver responsabilidade da corretora pela incompleta execução das ordens do cliente, cabe examinar os métodos que podem ser usados para calcular o prejuízo. Com efeito, sem dano não há responsabilidade civil.

Em matéria de mercado de valores mobiliários a apuração dos danos privados é matéria complexa, podendo, inclusive, em determi-

nadas situações ser impossível tal cálculo, conforme já reconhecido pela CVM em diversas oportunidades⁶.

A razão para tal é que o mercado de valores mobiliários não é necessariamente um mercado de soma zero, onde os ganhos de uns correspondem exatamente às perdas dos outros.

Com efeito, nem todos os clientes estão em igualdade de condições no mercado. Há clientes que podem realizar todas as operações. Há clientes que não podem realizar algumas operações. Por exemplo, as entidades fechadas de previdência complementar não podem realizar operações de *day trade* enquanto que os outros clientes não têm tal restrição.

Colocado de outra forma, o prejuízo de uns clientes não tem como espelho o lucro dos comitentes que tiveram as ordens completamente executadas.

Deste modo, não é possível comparar as situações de dois clientes e o dano dos clientes ora em causa tem que ser determinado independentemente do ganho dos outros clientes que tiveram as ordens completamente executadas.

Na verdade, o dano dos clientes em questão deve ser apurado tendo como padrão o que teria acontecido se a sua estratégia de investimento tivesse sido plenamente executada.

Assim, o dano dos clientes cujas ordens foram incompletamente executadas é o lucro cessante, ou seja, é o resultado das operações que deveriam ter sido executadas, mas que deixaram de o ser em razão das ordens terem sido incompletamente executadas.

Esta conclusão está claramente amparada no art. 402 do Código Civil: “Salvo as exceções previstas em lei, as perdas e danos devi-

⁶ BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador nº 5/2008. Relatora: Diretora Ana Dolores Moura Carneiro de Moraes. Data de Julgamento: 12 dez. 2012. fls. 2.709.

das ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Veja-se que o art. 402 não exige a exatidão do quanto o cliente deixou de lucrar com a parte da estratégia não implementada, mas satisfaz-se com a indicação daquilo que seria razoável esperar como resultado da estratégia de investimento.

De igual modo, a conclusão acima encontra respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

O lucro cessante significa a perda do ganho esperável, a frustração da expectativa de lucro, ou seja, está ligado a eventos futuros. [...] Esclarece Orlando Gomes, sinteticamente, que “lucro cessante é frustração da expectativa de ganho” (Obrigações, p. 156, 13ª ed.). Portanto, significa a perda do ganho esperável. Reforçando esse entendimento, Cavalieri frisa: “O lucro cessante pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação de rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado”. Assim, o que se tutela por meio do lucro cessante é a perda de oportunidade de lucrar ocasionada pela prática de ato ilícito. Com base em tais ensinamentos, pode-se concluir que o dano material abrange o dano emergente e o lucro cessante, significando esse o aumento que o patrimônio da vítima teria, mas que não teve em razão do evento danoso. Assim, lucro cessante é modalidade de danos patrimoniais apurados na medida do efetivo prejuízo causado pelo ato ilícito.⁷

Por último, cumpre analisar o método para apurar o lucro cessante. Segundo visto acima, o dano sofrido pelos clientes corresponde ao resultado esperado pelos mesmos para as ordens que deixaram de ser executadas pelas corretoras.

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.383.187/PR. Terceira Turma. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Data de Julgamento: 7 out. 2014. Data de Publicação: 10 jun. 2014.

Em consequência, a apuração contábil e financeira de tal prejuízo deve ser realizada através da verificação de cada uma das operações que deixaram de ser executadas e do resultado esperado para cada uma delas.

Para esta apuração é essencial ter-se em consideração cada caso concreto, para identificar as ordens que não foram completamente executadas.

Como é natural, há um elemento de incerteza nesta apuração dos danos, pois é possível saber quais as ordens que deixaram de ser executadas, mas não se sabe se, uma vez tais ordens executadas, por quanto tempo os clientes permaneceriam com os valores mobiliários em carteira ou manteriam as posições.

No mercado à vista, na ausência de outros elementos, é praticamente impossível determinar o momento em que os clientes alienariam os valores mobiliários.

Quando se tratar de mercado a prazo é possível determinar que esse prazo teria início no próprio dia da negociação (salvo na hipótese de cliente impedido de realizar operações de *day trade*, caso em que o termo inicial será o do dia seguinte ao dia da operação) e que tal prazo não excederia ao termo do contrato. Assim, no caso particular de negócios no mercado a prazo, o cálculo do prejuízo poderá ser feito considerando três padrões:

(a) As posições correspondentes às ordens não executadas seriam alienadas no próprio dia (ou no dia seguinte, no caso de clientes proibidos de executar operações de *day trade*);

(b) As posições correspondentes às ordens não executadas seriam carregadas até ao termo final do prazo do contrato; e

(c) As posições correspondentes às ordens não executadas seriam alienadas no mercado em alguma data entre o dia indicado no item (a) acima e o dia indicado no item (b) acima.

Do exposto resulta existirem inúmeras variáveis a ser levadas em consideração no cálculo do dano. Estas inúmeras variáveis podem tornar o resultado da apuração do dano totalmente incerto ou mesmo inviabilizá-lo.

Em consequência, caberá ao juiz fixar o padrão a ser seguido, pois eventual dificuldade para a apuração dos lucros cessantes dos clientes pode ser resolvida na forma do art. 946 do Código Civil segundo o qual:

Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.

Com este artigo, o Código Civil rejeita a não reparação do dano sob o pretexto de que não ficou provado o seu *quantum*. Caso não seja possível alcançar a exata extensão do dano, o juiz deverá liquidar a indenização.

De esclarecer que a apuração determinada pelo Código Civil não é exatamente a liquidação por cálculo, por arbitramento ou por artigos, prevista no Código de Processo Civil, como alertam Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes:

O legislador de 2002 deixou de repetir, todavia, a regra geral de arbitramento para os casos não contemplados na legislação específica. Tal regra não se confundia com a liquidação por arbitramento fixada no CPC, que é procedimento complementar ao processo de conhecimento (Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, *Elementos*, p. 128). Antes dizia respeito à possibilidade de o juiz eleger os parâmetros e critérios que julgasse convenientes para arbitrar o valor da indenização na própria ação cognitiva. Não obstante, os tribunais continuarão aplicando o sistema anterior, por força mesmo da sua consagração na prática judicial.⁸

8 TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código*

Na ausência de previsão expressa na lei, caberá ao juiz determinar os padrões a serem seguidos em tal arbitramento. Com efeito, o art. 140 do Código de Processo Civil determina:

O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Por seu turno, o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro estabelece:

Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

E a este respeito, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu diversas vezes:

A premissa da decisão agravada é a de que acumulação de benefícios previdenciários vedada pela lei é aquela que tem alguma expressão econômica. Tal com nela está dito, a situação retratada nestes autos é *sui generis*, não alcançada por qualquer norma do nosso ordenamento jurídico, in verbis: [...] “*Nessas condições, inexistente norma legal específica para esta situação, deve-se recorrer aos princípios gerais de direito (CPC, art. 126, 2ª parte), que tutelam os interesses do incapaz*” (e-stj, fl. 480/481). O papel do juiz é este, e está previsto na norma legal citada na decisão retro transcrita.⁹

O vácuo legal sobre o procedimento a ser adotado não exonera o Tribunal local desse dever tampouco salvaguarda a delegatária de ter sua capacidade avaliada, sendo necessário, para tal situação, socorrer-se dos mecanismos de colmatação do nosso sistema jurídico.¹⁰

Civil interpretado de acordo com a Constituição da República. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. II, p. 871.

9 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.404.176/SP. Primeira Turma. Relator: Min. Ari Pargendler. Data de Julgamento: 4 set. 2014. Data de Publicação: 17 set. 2014.

10 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no

Uma forma adequada para cálculo do dano dos clientes é a teoria da perda de uma chance. Com efeito, os clientes têm frustrada a sua estratégia de investimento, pois a mesma não foi plenamente executada.

Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a perda de uma chance não exige a prova da existência de um efetivo dano material, conforme recente acórdão com a seguinte ementa:

A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda. Não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação.¹¹

O voto condutor do acórdão detalha a posição do Superior Tribunal de Justiça:

Em verdade, não há falar em responsabilidade civil sem dano, fazendo-se necessária a presença de seus três principais elementos – a certeza, a imediatidade e a injustiça do dano. A certeza do dano constitui o principal elemento, significando que a lesão ao interesse do prejudicado deve ser real e efetiva, sem deixar dúvida acerca da sua existência, ficando, assim, excluídos os danos hipotéticos. Essa afirmativa, porém, deve ser relativizada, pois, entre o dano certo e o hipotético, existe uma nova categoria de prejuízos, que foi identificada pela doutrina e aceita pela jurisprudência a partir da teoria da perda de uma chance. Relembre-se que a teoria da perda de uma chance tem aplicação, quando o evento danoso acarreta para alguém a perda de uma chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda. [...] Situa-se nesse ponto a característica essencial da perda de

Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 39.0001/RO. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Data de Julgamento: 22 out. 2013. Data de Publicação: 28 out. 2013.

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.291.247/RJ. Terceira Turma. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Data de Julgamento: 19 ago. 2014. Data de Publicação: 1 out. 2014.

uma chance a certeza da probabilidade. A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável, consubstanciada em uma esperança para o sujeito, cuja privação caracteriza um dano pela frustração da probabilidade de alcançar esse benefício possível. Fica claro, assim, que “o perdido, o frustrado, na realidade é a chance e não o benefício esperado como tal” (Henri Lalou, *Ibid*, p. 78). Por isso, na perda de uma chance, há também prejuízo certo, e não apenas hipotético, situando-se a certeza na probabilidade de obtenção de um benefício frustrado por força do evento danoso. Repara-se a chance perdida, e não o dano final. [...] Faz-se necessário também enfrentamento do fundamento lançado na sentença também recorrida, no sentido de que, no caso dos autos, *o dano seria hipotético, sendo somente concretizado quando o autor viesse, futuramente, fazer necessidade do material genético não colhido*. É exatamente neste ponto que tem plena aplicação *a teoria da perda da chance*. Como acima já dito, não se exige do consumidor a prova da certeza do dano, mas a prova da certeza da chance perdida, ou seja, a certeza da probabilidade. No caso, a responsabilidade é por perda de uma chance por serem “*as células-tronco o grande trunfo da medicina moderna para o tratamento de inúmeras patologias consideradas incuráveis*”, cuja retirada do cordão umbilical deve ocorrer no momento do parto. É possível que o dano final nunca venha a se implementar, bastando que a pessoa recém-nascida seja plenamente saudável, nunca desenvolvendo qualquer doença tratável com a utilização das células-tronco retiradas do seu cordão umbilical. O certo, porém, é que perdeu definitivamente a chance de prevenir o tratamento dessas patologias, sendo essa chance perdida o objeto da indenização.¹²

A situação dos clientes que tiveram as suas ordens incompletamente executadas é exatamente essa: Pelo comportamento da corretora foi-lhes negada a possibilidade de executar plenamente a estratégia de investimento. Em consequência, os clientes perderam a

12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.291.247/RJ. Terceira Turma. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Data de Julgamento: 19 ago. 2014. Data de Publicação: 1 out. 2014.

chance de ter esta estratégia implementada e de auferir os ganhos que dela esperavam.

O mesmo acórdão do Superior Tribunal de Justiça dá o parâmetro para a determinação do dano devido em decorrência da perda da chance:

Estabelecida a obrigação de indenizar por parte da empresa ré, passa-se nesse momento à fixação do *quantum* indenizatório, com incidência do princípio da reparação integral do dano. O princípio da reparação integral tem plena incidência para um ressarcimento amplo da chance perdida pelo lesado, devendo-se apenas ter atenção para o fato de que não se indenizar o dano final, mas a chance perdida. O dano final seria a vantagem esperada pelo lesado, que foi definitivamente perdida, enquanto a chance perdida é um prejuízo autônomo, como dito, o objeto da indenização. Esta Corte Superior já teve a oportunidade de fazer aplicação de critério matemático, na fixação do *quantum* indenizatório para hipótese de perda de uma chance, no paradigma do caso do “Show do Milhão”, em que se estabeleceu, através de uma probabilidade matemática o percentual de chances de acerto da questão de múltipla escolha com quatro itens (25% do prêmio total). [...] No presente caso, contudo, não há possibilidade de utilização da probabilidade matemática para auferir as chances em que a parte autora teria de contrair uma doença de que viesse a necessitar do uso das células-tronco com forma de tratamento. No caso, a chance perdida, qual seja – a coleta das células tronco do cordão umbilical da criança, haverão outras oportunidades, em uma medicina avançada, de se colher tais células – via medula-óssea, dentes de leite, não tem qualquer conteúdo patrimonial, mas extrapatrimonial.¹³

Assim, não se indenizará o que os clientes deixaram de ganhar, pois esse seria o lucro cessante. Indenizar-se-á apenas a chance

13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.291.247/RJ. Terceira Turma. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Data de Julgamento: 19 ago. 2014. Data de Publicação: 1 out. 2014.

perdida. Esta chance perdida é, necessariamente, menor do que o lucro cessante.

Em economia, esta chance perdida corresponde ao conceito de custo de oportunidade. No caso concreto, o custo de oportunidade é aquilo a que os clientes renunciaram para realizar a operação que foi incompletamente executada.

No entanto, não é possível aquilatar esse custo de oportunidade com relação a outras operações realizadas no mercado de renda variável, pela simples razão que as variáveis seriam tantas (pois a variedade de operações é gigantesca) que o cálculo seria impossível ou ineficaz.

Na verdade, talvez a melhor solução seja considerar que os clientes, se não tivessem investido no mercado de renda variável, teriam investido no mercado de renda fixa. Assim, o cálculo da indenização pela perda de uma chance poderá ser feito com base na variação do CDI ou nas taxas pagas pelos títulos públicos, como o sistema “Tesouro Direto”.

4. Conclusão.

Face a tudo o que foi acima examinado, conclui-se que as corretoras de valores mobiliários são responsáveis na hipótese de não executarem integralmente as estratégias de investimento de clientes quando tais estratégias são no sentido de negociação de valores mobiliários *até determinado nível ou determinados níveis*.

Os danos sofridos por tais clientes correspondem ao resultado esperado pelos mesmos para as ordens que deixaram de ser executadas pela corretora.

É possível calcular de forma contábil e financeira tal prejuízo, através da verificação de cada uma das operações que deixaram de ser executadas e do resultado esperado para cada uma delas.

Este cálculo é complexo em razão das inúmeras variáveis consoante o tempo que os clientes manteriam os valores mobiliários ou as posições em carteira.

Em consequência, o resultado de tal cálculo irá depender do padrão que for adotado. Caberá ao juiz fixar um.

No entanto, melhor do que calcular o lucro cessante, é calcular a perda de uma chance, com base nas regras do custo de oportunidade do investimento que deveria ter sido realizado e deixou de o ser. Para tal, o critério ideal parece ser o da rentabilidade de operações tradicionais de renda fixa, como o CDI ou o Tesouro Direto.

DO REGIME JURÍDICO ESPECIAL DE INVALIDADES DOS ATOS JURÍDICOS OCORRIDOS NAS ASSEMBLEIAS DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS¹

THE SPECIAL LEGAL SYSTEM OF INVALID LEGAL ACTS OCCURRED IN THE CORPORATE MEETINGS

Thiago Salles Rocha

Resumo: Utilizando-se do marco teórico de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, Tulio Ascarelli, Manuel Inácio Carvalho de Mendonça e Trajano de Miranda Valverde, o presente artigo objetiva caracterizar e fixar as peculiaridades do que chamaremos de “regime jurídico especial de invalidades” aplicável às deliberações assembleares ocorridas no âmbito das sociedades anônimas. Através de uma pesquisa que se utilizou de métodos histórico, jurídico interpretativo e comparativo, o presente estudo buscou as origens e a evolução do regime das invalidades dos atos jurídicos no Direito Civil, baseando-se em estudos do direito francês que precederam o Código de Napoleão, até a consolidação do regime jurídico aplicável às invalidades no Código Civil Brasileiro de 2002. Comparando o regime jurídico civil com as especificidades do Direito Empresarial e a Lei 6.404/76, o presente estudo conclui pela especialidade do regime de invalidades aplicável às deliberações assembleares de sociedades anônimas, cujas principais diferenças para o regime “comum” são a irretroatividade da decretação judicial de nulidade ou de anulação da delibera-

¹ Artigo recebido em 21.07.2015 e aceito em 29.12.2017.

ção viciada e a possibilidade de saneamento dos atos inválidos (mesmo os nulos), pela companhia, através de assembleia. Por outro lado, a decretação judicial de invalidade dos atos jurídicos considerados “nulos” pela doutrina também é imprescritível, como no Direito Civil.

Palavras-chave: Regime Jurídico. Especial. Invalidades. Atos Jurídicos. Assembleia. Sociedade Anônima.

Abstract: Using the theoretical framework of Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, Tulio Ascarelli, Manuel Inácio Carvalho de Mendonça and Trajano de Miranda Valverde, this paper aims to characterize and determine the peculiarities of which we will call “special legal system of invalidities” applicable to corporate meetings. Through a survey which used historical, interpretative and comparative methods, this study searched the origins and evolution of the legal system of invalidities applicable to legal acts in civil law, based on French law studies, which preceded the Napoleon Code, until the consolidation of a legal system of invalidities on the Brazilian Civil Code of 2002. Comparing the civil legal system with the Enterprise Law and the Law 6.404/76 peculiarities, this study concludes that special legal system of invalidities applicable to corporate meetings exists, and the main differences to the “common” system are the non-retroactivity of nullity or annulment judicial declaration and the possibility of invalid acts (even null) regenerate, by the company, through assembly. On the other hand, the judicial invalidity declaration of legal acts considered “null” by scholars are also imprescriptible, as in civil law.

Keywords: Legal System. Special. Invalidity. Legal Acts. Meeting. Corporation.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da evolução e da classificação do regime jurídico aplicável às invalidades dos atos jurídicos no direito francês e no código civil de 2002. 3. Do regime específico das invalidades dos atos jurídicos nas deliberações assembleares das sociedades anônimas. 4. Espécies de vícios ocorridos nas deliberações das sociedades anônimas. 5. Conclusão.

1. Introdução.

Através de uma pesquisa que se utilizou de métodos histórico, jurídico interpretativo e comparativo, bem como de técnicas de pesquisa teórica, bibliográfica e documental, mediante leitura, interpretação, análise e fichamento de livros, revistas, artigos, legislações e outros documentos, o presente estudo buscou as origens e a evolução do regime das invalidades dos atos jurídicos no Direito Civil, baseando-se em estudos do direito francês que precederam o Código de Napoleão, até a consolidação do regime jurídico aplicável às invalidades no Código Civil Brasileiro de 2002.

Em busca de uma sistematização e da caracterização do regime jurídico aplicável às invalidades ocorridas nas assembleias das sociedades anônimas, constata-se que, a despeito de sua inegável importância e ampla possibilidade de desenvolvimento científico, a matéria não atraiu o merecido interesse da doutrina nacional, sobretudo após a vigência da Lei 6.404/76², o que justifica o presente estudo.

França³ assim se manifesta a respeito:

Pode-se dizer que o mesmíssimo enigma ocorre com relação ao tema do presente ensaio, que versa sobre a invalidade das deliberações de assembléia das companhias brasileiras. Não obstante instigante estudo de Tullio Ascarelli, publicado quando de sua estada entre nós, a matéria, cuja importância é desnecessário acentuar, não logrou aqui obter, ao que sabemos, tratamento sistemático, sem embargo das diversas contribuições de grande valor dos nossos juristas, seja nos tratados de direito privado e nos comentários às leis de sociedades anônimas, seja nos ensaios e pareceres que iremos assinalando no decorrer deste trabalho.

2 BRASIL. Lei 6.404 de 15 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União. Brasília, 17/12/1976.

3 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidade das deliberações de assembléia das S.A.* São Paulo: Malheiros, 1999, p. 7.

Após a tentativa de conceituação e caracterização do regime de invalidades aplicável no Direito Civil brasileiro, o presente trabalho focou em resolver o seguinte problema: tendo em vista as peculiaridades do Direito Empresarial e especialmente das sociedades anônimas, o regime jurídico de invalidades previsto no Direito Civil se aplica às deliberações sociais viciadas?

Como será abordado, o referido problema se faz presente pela natureza dos negócios corporativos, caracterizados por grande dinamismo, além de envolverem inúmeros direitos de terceiros. Ademais, a dúvida se torna ainda mais relevante tendo em vista a redação da Lei 6.404/76, que prevê prazos prescricionais para a ação de “anulação” das deliberações viciadas tomadas em assembleia – cujo transcurso faz o ato viciado convalescer –, a possibilidade de saneamento dos vícios encontrados pela assembleia geral e a irretroatividade da declaração judicial de anulação ou nulidade das deliberações, características que não se adequam ao regime jurídico de invalidades aplicado no Direito Civil brasileiro.

Utilizando-se do marco teórico de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, Tulio Ascarelli, Manuel Inácio Carvalho de Mendonça e Trajano de Miranda Valverde, o presente artigo objetiva caracterizar e fixar as peculiaridades do que chamaremos de “regime jurídico especial de invalidades” aplicável às deliberações das assembleias ocorridas no âmbito das sociedades anônimas. Nesse sentido, vejamos significativo trecho extraído dos estudos de Ascarelli⁴, quando de sua estada no Brasil, que diferencia esse regime daquele previsto no Direito Civil:

O art. 155, no Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940 (atualmente, art. 285 da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976), fala em prescrição da ação por vícios ou defeitos verificados no ato de constituição.

⁴ ASCARELLI, Tulio. *Problema das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001. p. 520.

Declarando ser, a ação, prescritível, filia-se, esse dispositivo à orientação, hoje em dia dominante, que, abandonando a clássica distinção entre nulidade e anulabilidade, assenta o sistema dos vícios do contrato social sobre princípios diversos dos adotados no direito comum.

Embora sem acolher o princípio peculiar às legislações anglo-saxônicas, em virtude do qual o arquivamento e a publicidade têm eficácia saneadora dos vícios de constituição, o art. 155 do Decreto-Lei nº 2.627 de 26 de setembro de 1940 (v. art. 285 da atual Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976) sujeita todos os vícios desta espécie a um curtíssimo prazo de prescrição.

Ademais, conforme o art. 138, a, Decreto-Lei nº 2.627 de 26 de setembro de 1940 (no direito atual, art. 206, II, a, da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976), a anulação da sociedade acarreta, apenas, a sua liquidação judicial. Portanto, não tem ela, efeito retroativo. Tanto a brevidade do prazo de prescrição como a inexistência de efeito retroativo (em contraste com os princípios do direito comum) visam, afinal, à tutela dos terceiros que contrataram com a sociedade cujos atos constitutivos houverem sido arquivados.

Assim, este estudo visa demonstrar que há um regime jurídico especial de invalidades aplicável aos vícios eventualmente ocorridos nas assembleias das sociedades anônimas, e ainda, caracterizá-lo, de forma que se atenuem as dúvidas que possam surgir, em virtude da rarefação doutrinária a respeito e do laconismo da legislação aplicável.

2. Da evolução e da classificação do regime jurídico aplicável às invalidades dos atos jurídicos no Direito francês e no Código Civil de 2002.

A invalidade dos atos jurídicos em geral encontra-se prevista, atualmente, no Capítulo V, do Título I, Livro III, do Código Civil de 2002, denominado “Da Invalidade do Negócio Jurídico”.

O Código Civil atual divide as invalidades dos atos jurídicos em atos nulos e anuláveis. A caracterização de um ato jurídico como uma ou outra espécie gerará importantes e distintos efeitos.

Garcez faz uma profunda digressão no direito francês, buscando as fontes da teoria das invalidades dos atos jurídicos. Segundo o referido autor⁵, no século XVI, ainda sob a regência de um direito costumeiro, D'Argentré e Dumolin “estabelecem nítida e claramente a teoria das nulidades de pleno direito e das nulidades dependentes de rescisão”.

O primeiro autor francês citado doutrinou que as “nulidades de pleno direito” não convalidariam no tempo e não poderiam ser confirmadas ou ratificadas e, o segundo autor, que os contratos feridos pelas “nulidades dependentes de rescisão” seriam válidos desde o início, até a sua invalidação motivada pelo interessado.

Na mesma passagem, Garcez aponta ainda que Pothier fixou importantes regras em matérias de invalidades, traçando a diferença entre “atos nulos de pleno direito” e “atos dependentes de rescisão” e foi um dos primeiros que estabeleceu a diferenciação entre nulidades “absolutas” e “relativas”. Seus ensinamentos foram seguidos pelos autores do Código de Napoleão.

Prossegue afirmando que o Código de Napoleão gerou grandes discussões acerca dos atos jurídicos inválidos. Parte da doutrina⁶ os classificou em “atos inexistentes”, “atos nulos de pleno direito” e “atos nulos dependentes de rescisão”.

Aubry e Rau⁷ assim classificaram as três categorias de atos:

5 GARCEZ, Martinho. *Das nulidades dos atos jurídicos*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 5.

6 Zachariae, Demolombe, Marcadé, Laurent Mourlon, Colmet de Santerre, Huc, Baudry-Lacantinerie.

7 AUBRY; RAU. Apud GARCEZ, Op. cit. p. 12.

Ato inexistente: “ato inexistente, ou não nulo, é aquele que não reúne os elementos intrínsecos da sua natureza, ou do seu objeto e, que na ausência dos mesmos, é logicamente impossível de concebê-lo” (tradução livre⁸).

Ato nulo de pleno direito: “é aquele que reúne todos os elementos necessários à sua existência, mas que é atingido pela ineficácia, transgredindo a um comando ou a uma proibição legal” (tradução livre⁹).

Os “atos dependentes de rescisão”, por sua vez, seriam aqueles cujas invalidades somente ofendem os direitos das partes envolvidas no ato ou negócio jurídico. Por não ofenderem a ordem pública e os direitos de terceiros, essas invalidades somente gerariam efeitos após a sua decretação em sentença constitutiva e seriam passíveis de convalidação no tempo e confirmação pelas partes interessadas.

Na realidade, a diferenciação entre “atos inexistentes” e “atos nulos de pleno direito”, é puramente teórica, uma vez que seus efeitos são os mesmos. Os próprios doutrinadores franceses já reconheciam a dificuldade teórica na diferenciação entre as duas figuras, conforme assevera Garcez¹⁰:

Reconhece o douto jurista (PLANIOL), entretanto, a identidade de situação entre ato nulo de pleno direito e ato inexistente perante o código Napoleão, confundidos no mesmo nada, sem diferença entre eles senão na causa que os tornou inúteis. Para o ato inexistente a causa é a ausência de um elemento necessário à sua formação e para o ato nulo de pleno direito a causa é uma prescrição da lei.

8 *acte inexistant, ou non avenu, est celui qui ne réunit pas les éléments du fait que suppose sa nature, ou son objet et en l'absence desquelles il est logiquement impossible de le concevoir.*

9 *est celui que réunit tous les éléments nécessaires à son existence, mais qu'il est frappé d'inefficacité comme contrevenant à un commandement ou a une défense de la loi.*

10 GARCEZ, Martinho. Op. cit. p. 13.

Troplong¹¹ demonstra que não importa qual é a classificação do ato, o interessado na decretação de sua inexistência, nulidade de pleno direito ou nulidade dependente de rescisão deve recorrer ao judiciário, pois o direito não admite justiça pelas próprias mãos:

Sobretudo aqui, o que fez o Código?

Antes de tudo, ele mantém o trabalho da Assembléia constituinte e deixa os atos nulos e dependentes de rescisão governados pelas mesmas formas.

Além disso, como no direito antigo, ele não admite que se possa fazer justiça por si mesmo, e que só porque uma nulidade é qualificada *ipso jure*, na prática, seria dispensável submetê-la ao pronunciamento da justiça. Em resumo, ele continua o princípio que as nulidades e as rescisões devem ser demandadas aos tribunais. (tradução livre¹²).

Se havia discussão acerca da necessidade de propositura de ação competente para o reconhecimento da nulidade de pleno direito e da inexistência dos atos jurídicos, a questão foi superada pela doutrina e pela ampla jurisprudência francesa, que reconheceram a necessidade de provimento judicial para ambas as situações¹³. A dife-

11 TROPLONG. Apud GARCEZ. *Ibidem*. p. 340.

12 *Sur tout ceci, qu'a fait le Code?*

D'abord, il maintient l'ouvrage de l'Assemblée constituante, et laisse les deux actions en nullité et en rescision gouvernées par les mêmes formes.

De plus, comme dans le droit ancien, il n'admet pas que l'on puisse se faire justice à soi même, et que par cela seul qu'une nullité est qualifié ipso jure par l'usage on soit dispensé de la faire prononcer en justice. En un mot, il continue le principe que les nullités et les rescisions doivent être demandées aux tribunaux.

13 Os escritores que, como ZACHARIAE, sustentam a doutrina de não haver necessidade de ação direta para fazer constatar a inexistência são: DEMOLOMBE, AUBRY e RAU, LAURENT, THIRY, BAUDRY LACANTINERIE, BEUDANT e JERÔME PISE, todos de acordo, entretanto, que, surgindo dúvida ou desinteligência entre as partes, é preciso recorrer à autoridade judiciária, pela regra de que *nul ne peut se faire justice a soi même*.

Contra a opinião daqueles manifestam-se FOUCARD, VIGIÉ, PLANIOL, PONCET, LYON CAEN e SARRUT. Mas, é preciso acentuar que a controvérsia é simplesmente doutrinária, porque a jurisprudência francesa, quase secular, unânime, não admite que a nulidade de pleno direito

rença era exclusivamente quanto aos efeitos da decretação judicial: enquanto nos atos “nulos de pleno direito” e “inexistentes” o efeito da decretação seria retroativo, nos atos “dependentes de rescisão”, os efeitos ocorreriam somente após a decretação judicial.

A doutrina francesa majoritária atual entende que os atos inválidos são classificados apenas em atos “absolutamente nulos” e “relativamente nulos”. Os “atos inexistentes” não prevaleceram e a nomenclatura “atos nulos de pleno direito” e “nulos dependentes de rescisão” foi substituída por aquela, que leva em conta os interesses subjetivos atingidos pela invalidade.

O direito pátrio adota classificação semelhante, sob outra nomenclatura. Vejamos o que dispõem os artigos 166 e seguintes do Código Civil de 2002¹⁴:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:
I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
IV – não revestir a forma prescrita em lei;
V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I – aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

produza efeito senão depois de decisão judiciária. E é o próprio JÉRÔME PISE, o mais ardente defensor dos contratos inexistentes, quem declara, com toda a probidade científica, que a jurisprudência unânime é contrária à opinião por ele defendida. (GARCEZ, Martinho. Op. cit. p. 34).

14 BRASIL. Código Civil (2002). Código Civil. 14ª. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

II – contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III – os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I – por incapacidade relativa do agente;

II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.

Art. 173. O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo.

Art. 174. É escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava.

Art. 175. A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor.

Art. 176. Quando a anulabilidade do ato resultar da falta de autorização de terceiro, será validado se este a der posteriormente.

Art. 177. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.

Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação d o negócio jurídico, contado:

- I – no caso de coação, do dia em que ela cessar;
- II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;
- III – no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato.

Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.

Art. 181. Ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga.

Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

Art. 183. A invalidade do instrumento não induz a do negócio jurídico sempre que este puder provar-se por outro meio.

Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

Percebe-se que o legislador brasileiro dividiu os atos jurídicos inválidos em apenas duas espécies: os “atos nulos” e os “atos anulá-

veis”. Não se referiu a “atos inexistentes”, acompanhando a doutrina predominante¹⁵.

Sobre a nomenclatura adotada no direito brasileiro (“atos nulos” e “anuláveis” contra “atos absolutamente nulos” e “relativamente nulos”, empregada no direito francês) cabe uma rápida explanação.

Mello¹⁶ explica que a classificação das nulidades em “nulidades absolutas” e “nulidades relativas” prevalece na doutrina francesa e corresponde respectivamente ao que se denomina, no direito brasileiro, de “nulidades” e “anulabilidades”.

Segundo o referido autor, a nomenclatura utilizada pelo legislador brasileiro visou superar as imperfeições da classificação francesa, que, por se basear exclusivamente no grau de interesses atingidos (violação de matérias de ordem pública *versus* violação de interesses privados)¹⁷, não consegue enquadrar em sua classificação as exce-

15 Preliminarmente, é preciso acentuar que escritor algum, reinícola ou indígena ocupou-se, ainda, da teoria dos atos inexistentes nos termos em que a formulou ZACHARIAE e tem sido sustentada por seus sectários. Se alguns empregam a expressão inexistente é como sinônimo ou equivalente de nulo de pleno direito (GARCEZ, Martinho. Op. cit. p. 41).

16 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano de validade. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 61.

17 A doutrina francesa, especialmente, denomina *nulidade absoluta* e *nulidade relativa* as espécies que denominamos *nulidade* e *anulabilidade*, respectivamente. Por sua influência, essa terminologia difundiu-se na literatura jurídica tradicional, sendo ainda hoje utilizada amiúde. Essas expressões constituem reflexo da constatação de que (a) há invalidades cujo fundamento é de ordem pública, como no caso de ilicitude do objeto, e que, por essa razão, são tratadas com mais rigor: são insanáveis e, por terem, em geral, eficácia *erga omnes*, podem ser alegadas por qualquer interessado, inclusive pelo Ministério Público, cabendo ao juiz decretá-las de ofício (= sem provocação das partes), tanto que tome conhecimento do ato ou de seus efeitos, e, por isso, seriam *absolutas*. (b) Diferentemente, há outras que, por dizerem respeito, mais especificamente, a interesses privados e pessoais, têm sua eficácia relacionada, exclusivamente, às pessoas que sofrem diretamente as conseqüências do ato jurídico, as quais, por sua vontade, podem sanar o vício; desse modo, seriam *relativas* a essas pessoas, mesmo porque somente a elas se reconhece legitimação para alegá-las em ação própria ou como defesa. No entanto, essas expressões são usadas em outro sentido completamente diferente daquele. Com efeito, há hipóteses em que a nulidade (dita absoluta) diz respeito a interesses de ordem pessoal, apenas, e se restringem às pessoas diretamente afetadas pelo ato jurídico, e, por esse

ções existentes naquele ordenamento. Outra justificativa bastante plausível é de ordem prática, já que visa maior cientificidade, evitando expressões semelhantes aplicadas para institutos diferentes:

A impropriedade terminológica no emprego das expressões *nulidade absoluta* e *nulidade relativa* parece-nos evidente, porque (a) à mesma expressão são atribuídos sentidos diferentes, (b) o que cria ensejo ao seu emprego para designar objetos distintos. Por isso, o seu uso leva à possibilidade de incorrer-se na imprecisão de se dizer que uma *nulidade absoluta* (=nulidade), *quando apenas alegável pelo interessado direto, seria, também uma nulidade relativa*. A falta de precisão, que a torna carente de cientificidade, nos leva a recusá-la, seguindo a doutrina que nos parece mais correta (grifos do autor).

Da análise do Código Civil brasileiro de 2002, observa-se que o regime das invalidades do direito civil se baseia nos seguintes preceitos.

Primeiramente, as nulidades previstas nos artigos 166 e 167 podem ser alegadas por qualquer interessado, inclusive o Ministério Público, porém, devem ser pronunciadas sempre pelo juiz, que pode, inclusive, pronunciá-las de ofício (art. 168, *caput* e seu parágrafo único).

Em regra, ato jurídico e negócio jurídico nulo não são suscetíveis de confirmação pelas partes, não podem ser supridos pelo juiz e nem convalidam pelo decurso do tempo, ou seja, sobre a pretensão

motivo, a elas somente se reconhece legitimidade para invocá-la em juízo, vedando-se a sua alegação pelo Ministério Público, bem como a sua decretação de ofício pelo juiz. É o caso da decisão de órgão colegiado de pessoa jurídica que seja nula por violação de lei cogente ou praticada com simulação, no qual somente o associado tem legitimidade para propor a ação de nulidade. O mesmo ocorre com o legado feito por pessoa casada a quem seja seu concubino, cuja legitimação é deferida apenas à esposa e seus descendentes. Embora se trate de nulidades que resultam da incidência dos arts. 166, VII, e 167 do Código Civil, portanto, classificáveis como 'nulidades absolutas', por não terem eficácia *erga omnes*, assemelham-se às 'nulidades relativas' (grifos do autor). (Loc. cit.).

de decretação de nulidade não ocorrem efeitos decadenciais ou prescricionais (arts. 168, § único, e 169).

O ato é anulável por incapacidade relativa do agente e por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores (art. 171). Diferentemente dos atos nulos, o ato anulável é passível de confirmação pelas partes interessadas (art. 172) e convalesce no tempo (arts. 178 e 179).

Uma diferença essencial do regime jurídico brasileiro das invalidades para o regime francês é que, assim como nos atos nulos, a decretação judicial de anulação do ato jurídico retroage (art. 182). A diferença entre a decretação de nulidade e de anulação do ato é essencialmente de eficácia: enquanto o negócio nulo não produz efeitos, o anulável produz, condicionado a não prolação de uma sentença desconstitutiva. Nesse sentido, Farias e Rosenthal¹⁸:

Cabe salientar, neste ponto, que tanto a sentença que reconhecer a nulidade quanto a sentença que reconhecer a anulabilidade produzirão efeitos *ex tunc*, reconduzindo as partes ao *status quo* anterior. Nesse sentido, Leonardo Mattietto afirma, com precisão cirúrgica, ser “equivocada a afirmação, tão comum, de que a sentença que declara que um ato é nulo produz efeitos *ex tunc*, ao passo que a sentença que decreta a anulação de um ato jurídico produz efeitos *ex nunc*. Ambas, na realidade, produzem efeitos *ex tunc*, pois, como prevê a lei civil, devem as partes retomar ao estado anterior. A eventual proteção de terceiros de boa-fé, diante dos efeitos da anulação, não infirma este raciocínio, nem obsta o reconhecimento da invalidade”.

Disso não diverge Zeno Veloso, elucidando que “tanto a sentença de nulidade quanto a que anula o negócio têm eficácia retrooperante, restaurando o estado anterior. Desfazem-se as obrigações e direitos fundados no negócio anulado; as partes restituem-se, mútua e reciprocamente”.

18 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito dos contratos*. 3ª. ed. Salvador: Podivm, 2012. v. 4, p. 614.

De fato, o negócio nulo não produz efeitos, enquanto o anulável produz, condicionados à não-prolação de uma sentença desconstitutiva. Ora, sobrevindo tal decisão, no entanto, estará comprometido o negócio em sua própria formação e origem, desfazendo todas as conseqüências produzidas. Portanto, a nulidade e a anulabilidade, uma vez proclamadas, reconhecidas, aniquilam o ato negocial, restituindo as partes ao *status quo ante* (grifos do autor).

Resumindo as diferenças entre nulidade e anulabilidade dos atos jurídicos, no direito brasileiro, Mello¹⁹ afirma que:

No direito brasileiro, há dois graus de invalidade: (a) *nulidade*, que constitui a sanção mais enérgica, acarretando, entre outras conseqüências, em geral, a ineficácia *erga omnes* do ato jurídico quanto a seus efeitos próprios, além da insanabilidade do vício, salvo exceções bem particularizadas, e (b) *anulabilidade*, cujos efeitos são relativizados às pessoas diretamente envolvidas no ato jurídico, o qual produz sua eficácia específica, integralmente, até que sejam desconstituídos, o ato e seus efeitos, mediante impugnação em ação própria, podendo ser convalidado pela confirmação ou pelo transcurso do tempo.

Expostas as principais características do regime jurídico das invalidades no ordenamento civil brasileiro, serão analisadas as características e peculiaridades das invalidades nas deliberações em assembleias das sociedades anônimas.

3. Do regime específico das invalidades dos atos jurídicos nas deliberações assembleares das sociedades anônimas.

As peculiaridades do Direito Empresarial e especialmente das assembleias ocorridas nas sociedades anônimas demandam um regime jurídico diverso do aplicável às invalidades no Direito Civil.

19 MELLO, Marcos Bernardes de. Op. cit. p. 60.

A Lei de Sociedades Anônimas é lacônica a respeito das invalidades ocorridas nas deliberações assembleares. Manifesta-se, de forma clara, apenas quanto ao prazo de prescrição da “ação para anular deliberações”, em seus artigos 285 e 286:

Art. 285. A ação para anular a constituição da companhia, por vício ou defeito, prescreve em 1 (um) ano, contado da publicação dos atos constitutivos. Parágrafo único. Ainda depois de proposta a ação, é lícito à companhia, por deliberação da assembléia-geral, providenciar para que seja sanado o vício ou defeito.

Art. 286. A ação para anular as deliberações tomadas em assembléia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação.

Trata-se de reprodução dos artigos 155 e 156²⁰ do Decreto-Lei 2.627/1940²¹, diminuindo-se o prazo de prescrição, na segunda hipótese, de 3 para 2 anos. O novo dispositivo materializado no artigo 286 da Lei de Sociedades Anônimas previu ainda, equivocadamente, que o prazo será contado da deliberação.

Entretanto, a doutrina abalizada – a exemplo de Carvalhosa²²

20 Art. 155. A ação para anular a constituição de sociedade anônima ou companhia, por vícios ou defeitos verificados naquele ato, prescreve em um ano, a contar da publicação de seus atos constitutivos. Parágrafo único. Ainda depois de proposta a ação, é lícito à sociedade, por deliberação da assembléia geral extraordinária, providenciar para que seja sanado o vício ou defeito.

Art. 156. Prescreve em três anos a ação para anular as deliberações tomadas em assembléia geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, ou violadoras da lei ou dos estatutos, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação. Parágrafo único. O prazo da prescrição começa a correr da data da publicação da ata ou da deliberação. Quando, porém, o objeto da deliberação constituir crime, o prazo de prescrição da ação civil será o da ação penal.

21 BRASIL. Decreto-Lei 2.627, de 26 de Setembro de 1940. Dispõe sobre as sociedades por ações. Diário Oficial da União. Brasília, 01/10/1988.

22 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva. 2003. v. 4, t.2, p. 464.

e Fran Martins – já se manifestou no sentido de que o prazo se conta da publicação, sendo a redação produto de erro ortográfico:

Não obstante essa evolução quanto ao prazo prescricional (três para dois anos), o legislador novamente empobreceu o texto ao se referir não mais à prescrição contada da publicação da ata ou da deliberação (art. 289) – como explicava o art. 156 do diploma de 1940 – mas à prescrição contada “da deliberação”.

Esse lapso não retira, no entanto, a imperiosidade de se contar o prazo a partir da publicação do ato societário inquinado (art. 289), pelo simples fato de a eficácia do mesmo somente se produzir a partir do seu arquivamento e publicação. Trata-se, portanto, a omissão constante do presente artigo, de mero erro ortográfico como lembra Fran Martins: “Pelo dispositivo, o prazo prescricional de dois anos deve ser contado da deliberação. Anotadores dessa lei consideram que a alteração do termo inicial contraria formalmente os princípios de equidade que sempre presidiram a elaboração das regras acerca da prescrição que só se explica por erro de composição de texto final da lei. É invocado o testemunho do deputado Luiz Braz, cuja ementa, de fato, termina declarando: “Saliente-se, todavia, o acerto de dispositivo, ao estatuir que o prazo será contado da publicação da deliberação ou da ata, de modo a espantar dúvidas”.

Ultrapassada essa questão e comparando o exposto no tópico anterior com os artigos 285 e 286 da Lei 6.404/76, releva-se a seguinte reflexão: os referidos artigos se referem às invalidades ocorridas nas deliberações assembleares em sentido amplo (cujas espécies são as nulidades e anulabilidades, conforme previsto no item anterior) ou somente às anulabilidades²³?

23 Ascarelli formula a mesma pergunta, sob a égide do Decreto-Lei nº 2.627/40: “Pode, talvez, não ser inútil frisar a importância de uma pergunta preliminar: o art. 156 do Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940 (no direito atual, art. 286 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976) abrange todos os possíveis vícios das deliberações tomadas em assembleias, ou, ao contrário, a sua interpretação, lógica e sistemática, deve conduzir à distinção entre os abrangidos pelo prazo do art. 156 (v. art. 286 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com redação

Referida questão se faz presente tendo em vista a natureza dos atos em questão. Restou demonstrado, nos tópicos anteriores, que no regime de invalidades consagrado no Direito Civil, os atos nulos não convalidam pelo decurso do tempo, razão pela qual não poderiam se submeter a prazos prescricionais. Ademais, o próprio texto do artigo se refere expressamente à “ação para anular a deliberação”, o que reforça a dúvida suscitada.

Referida discussão não é nova. França aponta divergências doutrinárias a respeito das invalidades ocorridas em assembleias de Sociedades Anônimas desde a vigência do Decreto n. 434 de 1891. Entretanto, a referida divergência pode ser mais antiga, já que esta data foi escolhida pelo autor, em sua obra, por motivos didáticos, uma vez que o mesmo preferiu analisar a questão após a instauração do regime de liberdade na constituição de sociedades anônimas, independentemente do privilégio, concessão e autorização governamentais²⁴.

O referido doutrinador explica que, sob a égide do Decreto 434 de 1891, chamavam a atenção da doutrina as invalidades ocorridas nas assembleias de constituição das Companhias e o alcance dos seus efeitos.

Nesse sentido, Carvalho de Mendonça²⁵ observou o problema

semelhante) e aqueles aos quais, ao contrário, não pode ser aplicado tal prazo? Já o art. 156 (art. 286 da Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976) autoriza essa pergunta, pois, ele se refere, literalmente, à ‘ação para anular’ as deliberações, descuidando, portanto, das deliberações que sejam ‘nulas’ e não ‘anuláveis.’ (ASCARELLI, Tulio. Op. cit. p. 533).

24 Tendo em vista os *diversos princípios* de índole econômica e jurídica que inspiraram, tanto o sistema do *privilégio*, como o da *concessão* ou *autorização*, não nos pareceu necessário, em função dos objetivos deste capítulo, descer à análise do regime das nulidades aplicável às companhias no âmbito dos referidos sistemas. Por essa razão, ao examinarmos a evolução da questão no direito brasileiro, preferimos partir, desde logo, do Decreto n. 434, de 1891, o qual como se disse, constituiu uma consolidação da Lei n. 3.150, de 1882, e de alguns diplomas legais posteriores a esta (que, todavia, pouco a modificaram) (grifos do autor). (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Op. cit. p. 13).

25 MENDONÇA. Apud FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Op. Cit. p. 15.

da aplicação do regime de Direito Civil das invalidades nas assembleias de sociedades anônimas:

Todas essas nulidades são de pleno direito e absolutas. São de ordem pública, porque visam não somente proteger os sócios e terceiros contra os atos dos fundadores, como ainda salvaguardar o crédito público, facilmente exposto a perigo pela emissão e circulação de títulos de sociedades viciadas. Não podem ser ratificadas, expressa ou tácitamente, nem sanadas pelos interessados, nem relevadas pelo juiz. Qualquer pessoa a quem interessar a sua declaração a pode argüir ou propor independentemente da prova de prejuízo. A forma que a lei exige para qualquer ato presume-se não observada e preenchida se do mesmo ato não consta ter sido observada, ainda que por outro isso se prove.

(...)

A nulidade resolve-se na dissolução da sociedade e responsabilidade dos fundadores. Todos os atos praticados pela sociedade não deviam ter, em rigor, existência jurídica, porque foram praticados por quem não existia; torcem-se porém, todas as consequências, emprestando-se vida ao nada contrapondo o *fato* ao *direito*! (...)

Para que êsse rigor, se temos instituído o registro do comércio, no qual as sociedades depositam os seus documentos legais para poderem funcionar? Porque não se dá aos encarregados deste registro o direito de verificar a legalidade dos documentos fundamentais da organização da sociedade, isto é, se o ato constitutivo está conforme a lei e se as condições exigidas para a existência da sociedade foram responsabilidades civis e penais contra os fundadores que as cumpridas? Porque a lei não se limita a estabelecer sérias responsabilidades civis e penais contra os fundadores que as infringirem? As nulidades devem ser reduzidas às estritamente necessárias e em todo o caso sujeitas às seguintes regras: 1ª, prescrição da ação dentro do ano da constituição da sociedade; 2ª, ratificação pelas assembleias, funcionando com dois terços. As infrações da lei, às quais não fôsse cominada a pena de nulidade, teriam como sanção a responsabilidade direta e solidária dos fundadores para a serem os

interessados pelos prejuízos, perdas e danos que estes sofressem (grifos do autor).

A questão doutrinária que se releva é que, segundo a teoria das invalidades do Direito Civil, as nulidades não geram efeitos no mundo jurídico, ou seja, com a sua declaração judicial, as partes atingidas devem retornar ao *status quo ante*. Além disso, o Direito Civil brasileiro contém uma peculiaridade em relação ao Direito francês, que se constitui na retroatividade da decretação judicial de anulação do ato jurídico. Como visto, o ato jurídico anulável gera efeitos condicionados a uma declaração judicial desconstitutiva.

Ocorre que as relações comerciais são dinâmicas e muitas vezes a nulidade ou anulação de atos empresariais complexos, que envolvem diversos atores, acarretaria dificuldade e, em muitos casos, prejuízos a contratantes de boa-fé.

Como fazer, por exemplo, com que todas as relações formalizadas por uma companhia constituída por meio de uma deliberação nula retornem ao passado, simplesmente deixando de existir²⁶?

O Legislador de 1940, notando essas dificuldades, adaptou o regime das invalidades do direito comum às necessidades das companhias, através do Decreto-Lei 2.627/1940. França²⁷ discorre a respeito das inovações dessa legislação:

O legislador de 1940 terminou por acatar, no principal, as sugestões de Carvalho de Mendonça.

Atribuiu ao Registro de Comércio, no art. 53 do

26 É que, ainda quando nula fôsse uma companhia ou sociedade anônima, dificilmente se poderiam apagar os efeitos resultantes da sua atuação no mundo dos negócios. A pessoa jurídica não revelou a terceiros o vício ou defeito que, contaminando-a desde a sua criação, preparava a sua extinção. Contratou, concluiu e executou uma série de negócios, cujos efeitos já se fizeram sentir ou perduram e não podem ser sumariamente cancelados. (VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*: comentários ao decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953. v. 3, p. 93).

27 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Op. cit. p. 17.

Decreto-lei n. 2.627, a função de examinar se, no ato de constituição da companhia, haviam sido observadas as prescrições legais, bem como se nele figuravam cláusulas contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes, e, ainda, o dever de exercer a mesma fiscalização nos casos de reforma ou alteração dos estatutos (§ 3º). Estabeleceu, no art. 155, prazo de prescrição anual para anulação da constituição da companhia, por vícios ou defeitos verificados no referido ato, prevendo, expressamente, no parágrafo único desse mesmo dispositivo, ser lícito à sociedade, por deliberação da assembleia geral extraordinária, providenciar a sanção do vício ou defeito, mesmo depois de proposta a ação. Previu, no art. 156, o prazo prescricional de três anos para “anular as deliberações tomadas em assembleia geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, ou violadoras da lei ou dos estatutos, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação”. Determinou, expressamente, no art. 138, alínea “a”, que, na hipótese de anulação de sua constituição, a companhia dissolver-se-ia, entrando em liquidação.

Desta feita, pode-se inferir, quanto ao regime de invalidades a ser aplicado frente aos vícios das assembleias de constituição das sociedades anônimas, que as principais diferenças para o Direito Civil são prazos prescricionais reduzidos, o amplo saneamento e convalescimento de atos jurídicos, mesmo nulos, e a irretroatividade das invalidades encontradas. Mesmo a inobservância de formalidades legais importa na liquidação da sociedade e não na nulidade do ato jurídico de constituição e dos atos jurídicos posteriores.

O fato de a ação anulatória da assembleia de constituição da sociedade anônima importar na sua liquidação²⁸ consagra a principal diferença para o regime de invalidades do Direito Civil, qual seja, a irretroatividade dos efeitos dos atos inválidos, até mesmo os nulos.

Essa diferença atraiu a atenção de Valverde²⁹, em seus comentários ao Decreto-Lei 2.627/40:

28 Art. 206, Lei 6.404/76. Dissolve-se a companhia: (...) II — por decisão judicial: a) quando anulada a sua constituição, em ação proposta por qualquer acionista;

29 VALVERDE, Trajano de Miranda. Op. cit. p. 93.

A regra de que, declarada ou decretada a nulidade de um ato jurídico, se restituirão as partes ao estado em que antes dêle se achavam, não pode, nas sociedades anônimas havidas por nulas, ser estritamente obedecida, nem tem aplicação instantânea, pois que, para retrogradar ao *status quo ante*, se terá que proceder à liquidação da sociedade, que subsiste, assim, apesar de declarada ou decretada a sua nulidade. As sociedades anônimas nulas ou anuladas dissolviam-se e entravam na fase de liquidação. Mas a persistência da pessoa jurídica até o último termo da liquidação era um fato, que o decreto revogado já consignava: 'suposto dissolvidas, as sociedades anônimas se reputam continuar a existir para os atos e operações da liquidação' (grifos do autor).

Ascarelli³⁰ assim descreve a diferença entre o regime jurídico de invalidades de Direito Civil e o aplicado às assembleias de constituição de sociedades anônimas, sob a égide do Decreto-Lei 2.627/40³¹, que foi mantida pela Lei 6.404/76:

O art. 155, no Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940 (atualmente, art. 285 da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976), fala em prescrição da ação por vícios ou defeitos verificados no ato de constituição.

Declarando ser, a ação, prescritível, filia-se, esse dispositivo à orientação, hoje em dia dominante, que, abandonando a clássica distinção entre nulidade e anulabilidade, assenta o sistema dos vícios do contrato social sobre princípios diversos dos adotados no direito comum.

Embora sem acolher o princípio peculiar às legislações anglo-saxônicas, em virtude do qual o arquivamento e a publicidade têm eficácia saneadora dos vícios de constituição, o art. 155 do Decreto-Lei nº 2.627 de 26 de setembro de 1940 (v. art.

30 ASCARELLI, Tulio. Op. cit. p. 520.

31 O texto do artigo 155, do Decreto-Lei 2.627/40 foi mantido praticamente inalterado pela Lei 6.404/76, salvo quanto à diminuição dos prazos prescricionais fixados, motivo pelo qual, os comentários doutrinários colacionados sobre aquele decreto ainda se mantêm atuais.

285 da atual Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976) sujeita todos os vícios desta espécie a um curtíssimo prazo de prescrição.

Ademais, conforme o art. 138, *a*, Decreto-Lei nº 2.627 de 26 de setembro de 1940 (no direito atual, art. 206, II, *a*, da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976), a anulação da sociedade acarreta, apenas, a sua liquidação judicial. Portanto, não tem ela, efeito retroativo. Tanto a brevidade do prazo de prescrição como a inexistência de efeito retroativo (em contraste com os princípios do direito comum) visam, afinal, à tutela dos terceiros que contrataram com a sociedade cujos atos constitutivos houverem sido arquivados.

Assim, o fato de o artigo 206, II, “a”, da Lei 6.404/76 determinar que a companhia será “dissolvida e liquidada”, por decisão judicial, “quando anulada a sua constituição, em ação proposta por qualquer acionista”, demonstra claramente que os efeitos da “anulação” não retroagem, pois, se assim fosse, a decisão judicial que eventualmente reconhecesse algum ato jurídico nulo inquinador da constituição deveria simplesmente declará-lo, bem como todos os atos jurídicos praticados pela sociedade, determinando que as partes retornassem ao *status quo ante*, reavendo as suas perdas e danos.

Esse regime jurídico especial de invalidades se justifica devido à gama de interesses que necessitam ser protegidos. Simplesmente anular a constituição de uma empresa por uma nulidade acarretaria na necessidade de invalidação de contratos firmados perante terceiros, obrigações perante consumidores e o fisco, entre outros.

Entretanto, a aplicação integral de todas as peculiaridades que permeiam esse regime jurídico especial de invalidades tem suas exceções. Segundo França³², o próprio Ascarelli já admitia que o regime especial de invalidades exposto não poderia se aplicar a todas as invalidades ocorridas na assembleia de constituição da companhia.

32 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Op. cit. p. 22.

Quanto aos vícios que, segundo ele, acarretariam “falta dos requisitos necessários para a vida da sociedade”, estes, diferentemente, poderiam ser sempre arguidos, independentemente dos prazos de prescrição, da mesma forma como acontece no regime de invalidades do direito civil³³:

Tal o caso na legislação antiga (Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940) quanto à ilicitude do objeto social (cf. art. 167, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de Setembro de 1940); quanto à impossibilidade do fim social; quanto à falta do número mínimo de sete subscritores; quanto à falta, no estatuto, de indicações essenciais para a vida da sociedade; quanto à falta de subscrição integral do capital social indicado no estatuto.

Trata-se nestes casos, não apenas de vícios de constituição, mas da falta dos requisitos necessários para a vida da sociedade.

A falta desses requisitos poderá sempre ser argüida, independentemente de prazos de prescrição, enquanto não forem sanados.

Verifica-se que, para Ascarelli, nesses atos jurídicos, há uma exceção ao regime jurídico especial de invalidades exposto no presente trabalho, que é justamente o fato de serem imprescritíveis e não convalerem no tempo. Mas mesmo a decretação de nulidade desses atos também não tem efeitos retroativos, e eles são sanáveis, por expressa previsão do parágrafo único do artigo 285 da Lei de Sociedades Anônimas, inclusive.

Os vícios que acarretariam falta dos requisitos necessários para a vida da sociedade são atos jurídicos viciados que, para Ascarelli, ofendem a ordem pública, interesses de terceiros e interesses inderrogáveis e irrenunciáveis dos acionistas, motivo pelo qual, em tese, poderiam ser alegados a qualquer tempo, não convalescendo após o decurso do prazo prescricional.

33 ASCARELLI, Tulio. Op. cit. p. 523.

Em que pese o artigo 285 da Lei 6.404/76 se referir apenas à possibilidade de saneamento dos atos praticados na assembleia de constituição da companhia, para França, Ascarelli, Valverde e doutrina majoritária, o “regime jurídico especial de invalidades” deve ser empregado não só para a assembleia geral de constituição da companhia, como para as demais assembleias ocorridas nas sociedades anônimas. Vejamos a opinião de Valverde³⁴ a esse respeito:

A assembléia geral pode sempre rever as suas próprias deliberações. Pode assim cancelar ou anular deliberação anterior e ratificar todos os atos que interessem à sociedade. Ressalvados, pois, os direitos de terceiros, acionistas ou não, a deliberação atacada é passível, em princípio de revisão e retificação. E a validade desta será indiscutível se teve por fim sanar irregularidades.

Ascarelli³⁵, discorrendo sobre o tema, divide os vícios ocorridos nas assembleias em categorias diversas: violações a “direitos de terceiros e acionistas privilegiados”, a “normas de ordem pública³⁶”, deliberações que “estabeleçam uma disciplina contrastante com os direitos derogáveis e inderrogáveis dos acionistas” e que violem “di-

34 VALVERDE, Trajano de Miranda. *Op. cit.* p. 74.

35 ASCARELLI, Tulio. *Op. cit.* p. 535.

36 Citando Donati, Ascarelli se refere a “normas de ordem pública”, como aquelas cujo objeto seja ilícito ou impossível ou que viole normas de interesse geral ou postas nos interesses dos credores sociais: “Cf. Donati, *op. cit.*, pp. 259 ss. o caso se verifica, quanto à deliberação cujo objeto seja ilícito ou impossível ou que viole normas de interesse geral ou postas no interesse dos credores sociais; exemplificadamente: proibição para a sociedade de distribuir dividendos fictícios (salva a prescribibilidade da ação de repetição ou a irrepetibilidade dos dividendos distribuídos ao acionista de boa-fé); de negociar com as próprias ações; de aumentar o capital a não ser depois de integralizadas as subscrições precedentes; falsidade no balanço (cf. a este último respeito De Gregorio, *op. cit.*, nº 411) etc. Nestes casos a deliberação é nula e sua nulidade pode, a meu ver, ser invocada sempre e por qualquer interessado. A particular importância das regras que visam à tutela dos terceiros em geral (ou seja, também dos que venham, futuramente, a ser credores da sociedade e até dos futuros compradores das ações) e não apenas àquela dos credores ‘atuais’ da sociedade, como na hipótese versada sub *a*, justifica, nesta hipótese, a nulidade da deliberação e, portanto, uma solução mais severa daquela versada na hipótese sub *a*.” (grifos do autor). (*Ibidem.* p. 537).

reitos individuais dos acionistas”, sendo que estes são divididos em “renunciáveis” e “irrenunciáveis”.

Os direitos individuais inderrogáveis e irrenunciáveis dos acionistas estarão previstos na lei e nos estatutos.

Assim, a título de exemplo, é ilegal o acionista detentor de ação ordinária renunciar ao seu direito de voto e se manifestar nesse sentido em assembleia, que por sua vez aprova a supressão do direito de voto desta ação, no estatuto. Ora, o direito de voto conferido às ações ordinárias não pode ser renunciado definitivamente pelo acionista, por previsão legal expressa do artigo 110³⁷, da Lei 6.404/76. Com efeito, o direito à anulação dessa deliberação é imprescritível e pode ser alegado inclusive por um futuro adquirente desta ação, ou até por um terceiro acionista que tenha sido prejudicado diante dessa deliberação nula.

Da mesma forma, é também nula a deliberação tomada por unanimidade dos acionistas em assembleia que decida por suprimir o direito individual de voto de um acionista ou grupo de acionistas, em específico, detentores de ação ordinária. Essa alteração estatutária, mesmo aprovada à unanimidade, é incapaz de derrogar seu direito, pelo simples fato de a lei impedir a derrogação desse direito individual. No mesmo sentido, o estatuto da companhia pode declarar que determinado direito é inderrogável ou irrenunciável.

Utilizando-se de uma digressão no Direito Constitucional, existem determinadas “cláusulas pétreas” que, mesmo sendo direitos individuais dos acionistas, não podem ser renunciadas ou derrogadas pelos demais, por versarem sobre direitos fundamentais para a manutenção do mercado de capitais e a viabilidade das sociedades anônimas.

Ascarelli divide os vícios ocorridos nas assembleias de socie-

37 Art. 110. A cada ação ordinária corresponde 1 (um) voto nas deliberações da assembleia geral.

dades anônimas entre aqueles que se submeteriam ao prazo prescricional do artigo 156 do Decreto Lei 2.627/40 (atual artigo 286 da Lei 6.404/76) – atos anuláveis – e aqueles em que o prazo para sua alegação seria imprescritível³⁸ – atos nulos. Estes, por serem imprescritíveis, não convalesceriam no tempo. Nesse sentido, conclui o autor:

Querendo formular um princípio geral a respeito dos vícios de impugnabilidade e daqueles de nulidade da deliberação, poder-se-ia dizer que, enquanto a deliberação exista (cf. quanto foi dito sub e), a violação das normas que disciplinam as assembleias e as suas deliberações ou os direitos individuais renunciáveis dos acionistas acarreta a anulabilidade da deliberação, ao passo que a violação das normas de ordem pública, ou emanadas no interesse de terceiros, acarreta a nulidade ou a ineficácia da deliberação, bem como são nulas as deliberações ou as cláusulas do estatuto cujo objeto contraste com direitos inderrogáveis e irrenunciáveis do acionista.³⁹

Então, segundo Ascarelli, existem também em matéria das demais deliberações assembleares, atos nulos e atos anuláveis, sob um regime especial, em relação ao regime de invalidades do Direito Civil.

Apenas para reforçar as características primordiais do regime especial de invalidades defendido no presente artigo, vale frisar que Ascarelli também defende a irretroatividade da decretação judicial de nulidade e anulação das deliberações ocorridas nas assembleias, medida que segundo ele visa resguardar interesses de terceiros:

Na minha opinião cumpre, para a solução do problema apontado, recorrer aos princípios da publicidade nas sociedades anônimas. A constituição

38 Existe ampla divergência doutrinária acerca da natureza do prazo fixado para a arguição de invalidades, se prescricional ou decadencial. Por se tratar de discussão relevante, que demandaria um trabalho dedicado só a si e por fugir ao objetivo final do presente, nos absteremos de posicionar a respeito, considerando o prazo como prescricional, pelo simples fato de a lei assim o redigir.

39 ASCARELLI, Tulio. Op. cit. p. 554.

da sociedade anônima, bem como as modificações estatutárias, estão sujeitas a um controle quanto à sua legitimidade. Por isso, parece-me, a nulidade ou a anulação de uma modificação estatutária (devidamente arquivada e publicada) não pode ter eficácia retroativa quanto aos terceiros; estes, com efeito, agindo com a sociedade, tinham o direito de confiar na legalidade das suas deliberações, visto que estas foram, justamente quanto à sua legalidade, verificadas pela autoridade competente.⁴⁰

Assim, visando à sistematização dos vícios encontrados nas assembleias de sociedades anônimas, conclui-se pelas as seguintes características:

a) Deliberações que violem normas de ordem pública, interesses de terceiros e interesses irrenunciáveis e inderrogáveis dos acionistas são nulas;

b) Deliberações que violem apenas interesses derogáveis e renunciáveis dos acionistas são apenas anuláveis;

c) Apenas os atos anuláveis se sujeitam aos prazos prescricionais previstos nos artigos 285 e 286 da Lei 6.404/76. Os atos nulos são imprescritíveis e não convalidam no tempo, da mesma forma que no Direito Civil; e

d) Os efeitos dos atos nulos e anuláveis não retroagem e são passíveis de saneamento.

4. Espécies de vícios ocorridos nas deliberações das sociedades anônimas.

França⁴¹ divide os possíveis vícios da assembleia em “vícios da própria assembleia, vícios das deliberações e vícios do voto”.

40 Ibidem. p. 559.

41 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Op. cit. p. 85.

Os chamados “vícios da própria assembleia” são os vícios formais de convocação e instalação da assembleia, previstos nos artigos 121 e seguintes da Lei de Sociedades Anônimas.

O artigo 286 da Lei 6.404/76 já prevê que o prazo para a “anulação” de assembleia “irregularmente convocada ou instalada” é de dois anos da deliberação.

Assim, essa é uma das hipóteses que demonstra a especialidade do regime de invalidades aplicado às sociedades anônimas. Mesmo havendo infração de dispositivos legais, o vício é anulável e não absolutamente nulo.

Seguindo a teoria exposta por Ascarelli, esse vício é meramente anulável porque só diz respeito aos direitos renunciáveis e derogáveis dos acionistas. Não infringe direitos de terceiros e a ordem pública.

Diferente é a hipótese de ausência de convocação. Nesse caso, a doutrina entende se tratar de nulidade, uma vez que sequer foi dada a oportunidade aos acionistas de terem conhecimento da assembleia.

Com efeito, o direito à observância das normas de convocação e instalação pelos acionistas em uma determinada assembleia é um direito renunciável. Já o direito de fiscalização dos atos da administração é um direito essencial, irrenunciável (art. 109⁴², III, da Lei de Sociedades Anônimas) e a não convocação para a assembleia evidentemente prejudica esse direito.

Nesse sentido, a opinião de França⁴³:

No tocante a (a) entendemos ser *nula* a assembleia *não convocada*, salvo se se tratar de assem-

42 Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembléia-geral poderão privar o acionista dos direitos de: (...) III – fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais;

43 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Op. cit. p. 57.

bléia totalitária, nos termos do § 4º, do art. 124 (à qual estejam presentes, inclusive, os acionistas sem direito de voto, em face no disposto no parágrafo único do art. 125). Essa conclusão encontra respaldo, segundo pensamos, no próprio art. 286, que julga *anulável* a assembléia “*irregularmente convocada*”. Se, ao invés de mera *irregularidade*, todavia, *inexistir* convocação, é lícito concluir ser *nulo* o conclave (“não foi ‘irregularmente convocada’ a assembléia geral que não foi convocada” diz Pontes de Miranda, *Tratado... cit.*, t. 50, § 5.322, n. 6, p. 289). Até porque, havendo convocação, embora irregular, existe a *possibilidade* de os acionistas terem conhecimento da realização da assembléia; em não havendo, é perfeitamente possível que, ao se darem conta do fato, já haja decorrido o biênio previsto no art. 286 para a anulação do conclave. (grifos do autor).

Já os “vícios das deliberações” são aqueles que dizem respeito não à forma de convocação e constituição das assembleias, mas ao seu conteúdo.

É inviável a enumeração de exemplos de matérias sujeitas à deliberação, tendo em vista a infinidade de temas que podem ser deliberados. Basta afirmar que a deliberação que acarrete ofensa à ordem pública, a interesses de terceiros e a interesses individuais inderrogáveis e irrenunciáveis dos acionistas é nula. Deliberações que ofendam unicamente os interesses dos acionistas, derogáveis e renunciáveis, são anuláveis.

Em relação aos “vícios do voto”, França se refere aos mesmos como aqueles previstos na parte final do artigo 286 da Lei de Sociedades Anônimas, deliberações “eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação”.

Quanto aos referidos vícios, não há qualquer dúvida de se tratarem de atos anuláveis. Primeiro porque, em regra, somente dizem respeito ao direito individual renunciável e derogável dos acionistas; segundo porque o artigo 286 da Lei de Sociedades Anônimas expressamente os classifica de vícios anuláveis; terceiro porque, no próprio regime do Direito Civil, os atos jurídicos, em geral, eivados de erro,

dolo, fraude ou simulação são também anuláveis⁴⁴. A omissão do artigo 286 da referida Lei aos demais vícios anuláveis previstos no Direito Civil (coação, estado de perigo e lesão) não impede que estes sejam levados a juízo e decretados pelo juiz, conforme escólio de Valverde⁴⁵:

A lei não menciona a coação, certamente tendo em vista a formação da vontade social (n. 511) e a sua natureza jurídica. Todavia, se um dia for possível provar que os acionistas, individualmente, que formaram a maioria, foram vítimas da coação de outros acionistas ou de terceiros, a possibilidade de se anular a deliberação é indiscutível, já que entre os vícios da vontade se inclui a coação.

A mesma reflexão é válida para vícios do voto praticados sobre estado de perigo ou sob lesão, pois também se incluem nos vícios de vontade previstos no Direito Civil.

Evidentemente que se um determinado vício de deliberação incorrer em ofensa aos direitos de terceiros, normas de ordem pública e direitos individuais inderrogáveis e irrenunciáveis dos acionistas, forçosamente deve-se concluir que, se aquele voto prevaleceu para a formação da vontade da companhia, a deliberação é nula.

Por fim, além dos vícios de vontade previstos no direito comum, França aponta mais duas hipóteses de invalidades, às quais dedicou uma obra inteira a respeito, sendo que ambas se baseiam no texto do artigo 115 da Lei 6.404/76:

Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus

44 Art. 171, CC/02. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I — por incapacidade relativa do agente; II — por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

45 VALVERDE, Trajano de Miranda. Op. cit. p. 111.

e de que resulte, ou possa resultar prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.

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

§ 2º Se todos os subscritores forem condôminos de bem com que concorreram para a formação do capital social, poderão aprovar o laudo, sem prejuízo da responsabilidade de que trata o § 6º do artigo 8º.

§ 3º o acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido.

§ 4º A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido.

A primeira hipótese ventilada por França⁴⁶ é a da “proibição de voto”, prevista na primeira parte do parágrafo 1º do artigo 115 da Lei 6.404/76. Conforme expressa a referida regra, o acionista é proibido de votar o laudo de avaliação de seus bens que concorrerem para a formação do capital e na deliberação relativa à assembleia que visa aprovar suas contas como administrador, ou que possam beneficiá-lo. Eventual voto exercido nessas condições é manifestamente inválido e pode tornar a deliberação anulável⁴⁷.

46 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.* São Paulo: Malheiros, 1993. p. 87.

47 Nos casos enfocados, pois, a violação do *divieto* acarreta, *ipso facto*, a nulidade do voto e a conseqüente anulabilidade da deliberação, se o voto for determinante para a formação da maioria. Aqui, pois, o legislador estabeleceu, com base em precisas circunstâncias formais, à semelhança do que ocorre no direito alemão e no italiano, um controle *ex ante* de legitimidade

Já a segunda hipótese de vício de voto está prevista no parágrafo 4º do artigo 115 da Lei 6.404/76 e trata do voto com interesse conflitante com o da companhia.

O “conflito de interesses” é qualificado por Carvalhosa⁴⁸ da seguinte forma:

A plena discricionabilidade do acionista no exercício do voto tem nesses elementos configuradores do interesse social o limite normativo do conflito de interesse *stricto sensu*. Em matéria de voto, o conflito substancial de interesses configura-se, portanto, no seu exercício abusivo que não leve em conta os interesses dos outros acionistas, presentes e futuros, os da companhia e os da coletividade; ou, então, que objetivo, concretamente, causar-lhes dano.

Deve, pois, o voto ser exercido de boa-fé. Por conseguinte, o sufrágio terá como *causa* a realização do fim comum perseguido pela sociedade. E perante todos os interesses envolvidos na companhia, deve ser exercido com lealdade.

Em síntese, o conceito de interesse social apóia-se nas noções de interesse comum dos sócios, de lealdade e boa-fé, que atuam necessariamente juntas (grifos do autor).

Entende-se que o voto exercido com conflito de interesses, por envolver a apuração do interesse do sócio, em um caráter finalístico, deve ser auferido *a posteriori*. Não é possível que a assembleia, os acionistas e os demais órgãos da sociedade possam auferi-lo de antemão. Não se trata de um critério formal, mas substancial, conforme escólio de França⁴⁹:

do voto, sendo de todo dispensável perquirir acerca da ocorrência de prejuízo para a companhia ou para outros acionistas, de vez que o perigo de dano, como acentua Galgano acha-se *in re ipsa*. (grifos do autor) (Loc. Cit.).

48 CARVALHOSA, Modesto. Op. cit. v. 2, p. 397.

49 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Op. cit. p. 97.

Entendemos, dessa forma, que, ao fazer referência a “interesse conflitante com o da companhia”, no § 1º, do art. 115, a lei não está se reportando a um conflito meramente formal, mas sim a um conflito *substancial*, que só pode ser verificado mediante o exame do conteúdo da deliberação. Tal como na Itália, pois, a lei, nessa hipótese proíbe, cautelarmente, o acionista de votar. Se o acionista vota, deve-se verificar então, o modo como votou: se, efetivamente, sacrificou o interesse da companhia ao seu interesse pessoal, com prejuízo, potencial ou atual, à companhia ou aos outros acionistas, seu voto será nulo, bem como anulável a deliberação tomada, se o voto foi decisivo para a formação da maioria. Em suma, a lei não estabeleceu, para tal situação, um *divieto di voto*, como o fez para as demais hipóteses do § 1º, do art. 115 (grifos do autor).

A hipótese de voto manifestado em conflito de interesses com a companhia, ou com a coletividade dos acionistas, acarreta também a anulabilidade da deliberação, já que se trata de ofensa unicamente a direitos renunciáveis e derogáveis dos acionistas. Esta previsão encontra-se expressa no § 4º do artigo 115 da Lei de Sociedades Anônimas.

No caso concreto, pode ocorrer o acúmulo de duas espécies de vícios em um só voto. Assim, por exemplo, pode ocorrer um voto que, mediante abuso de poder, viole normas de ordem pública. Evidentemente, tratando-se a nulidade de vício mais grave, cuja sanção é mais severa, o ato será classificado como nulo, em que pese a previsão do artigo 115, supracitado, em virtude dos interesses da sociedade e de terceiros que necessitam ser protegidos.

Por óbvio, a anulação da deliberação só poderá ser pleiteada pelo prejudicado se o voto viciado tiver prevalecido na deliberação. Caso contrário, não haverá vício, no caso concreto, já que o voto vencido será desconsiderado pelo órgão incumbido de exercer a vontade da companhia, cabendo apenas a reparação pelos prejuízos apurados e a obrigação de restituição das vantagens auferidas, se houver⁵⁰.

50 No mesmo sentido, França (Op. cit. p. 99): “A sanção estabelecida pela lei, portanto, é a anulação da deliberação tomada em decorrência do voto abusivo ou conflitante, além da re-

5. Conclusão.

Resta evidenciado, portanto, que há um regime especial de invalidades das sociedades anônimas materializado na Lei 6.404/76, diverso do regime aplicável ao Direito Civil. As principais diferenças deste regime jurídico especial em relação ao “comum”, como vimos, é a irretroatividade da decretação judicial de nulidade ou de anulação da deliberação viciada e a possibilidade de saneamento dos atos inválidos (mesmo os nulos) pela companhia, através de assembleia. Por outro lado, os atos jurídicos considerados “nulos” pela doutrina também são imprescritíveis, como no Direito Civil.

Assim, vale enumerar as principais características do “regime especial de invalidades” aplicável às deliberações nas assembleias de sociedades anônimas:

- a) Deliberações que violem normas de ordem pública, interesses de terceiros e interesses irrenunciáveis e inderrogáveis dos acionistas são nulas;
- b) Deliberações que violem apenas interesses derogáveis e renunciáveis dos acionistas são apenas anuláveis;
- c) Apenas os atos anuláveis se sujeitam aos prazos prescricionais previstos nos artigos 285 e 286 da Lei 6.404/76. Os atos nulos são imprescritíveis e não convalidam no tempo, da mesma forma que no Direito Civil; e
- d) Os efeitos dos atos nulos e anuláveis não retroagem e são passíveis de saneamento.

Espera-se que o presente trabalho tenha contribuído com tema, ao mesmo tempo, tão importante e tão negligenciado pela doutrina, e que mais estudos como esse sejam produzidos, visando uma

paração dos prejuízos causados e da transferência das vantagens auferidas para companhia. Se o voto não prevalecer na deliberação, então sim, até por uma questão de lógica, a sanção consistirá apenas na reparação dos prejuízos causados”.

futura sistematização coesa e relevante das peculiaridades das deliberações ocorridas em assembleia de sociedade anônima, como atos jurídicos sujeitos às peculiaridades do ramo do direito em que se encontram inseridos.

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.