

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL**

Luciano Zordan Piva

**OS DEVERES EMPRESARIAIS NA CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA DO
EMPRESÁRIO**

**Porto Alegre
2015**

LUCIANO ZORDAN PIVA

**OS DEVERES EMPRESARIAIS NA CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA DO
EMPRESÁRIO**

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Doutor Gerson Luiz Carlos Branco

**Porto Alegre
2015**

LUCIANO ZORDAN PIVA

**OS DEVERES EMPRESARIAIS NA CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA DO
EMPRESÁRIO**

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 15 de dezembro de 2015

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Gerson Luiz Carlos Branco
Orientador

Professora Doutora Lisiane Feiten Wingert Ody
Examinadora

Professor Doutor Fabiano Menke
Examinador

Conceito: _____

AGRADECIMENTOS

Mais do que consequência daquilo que li, aprendi e estudei, este trabalho é fruto da convivência com pessoas extraordinárias que deixaram as suas marcas na minha vida e trajetória acadêmica.

Por essa razão, esse agradecimento é uma pequena retribuição ao amor, à dedicação e paciência, e sobretudo ao companheirismo que tivemos nesses anos.

Agradeço aos meus pais, Walquíria e Inacir, pelo amor e apoio incondicionais em toda caminhada. Ao meu irmão, Gustavo, por demonstrar diariamente como lealdade e paciência são virtudes imprescindíveis para a convivência.

Agradeço ao Professor Gerson Branco pela louvável disposição para ensinar e incansável determinação para aprender, exemplo que levo para a vida.

Agradeço aos grandes amigos da Faculdade de Direito que deixaram uma marca não só neste trabalho, mas em cada gesto meu desde que os conheci: Alexandre Chwartzmann, Eduardo Halperin, Gustavo Sanseverino, Marcelo Tosin, Rodrigo Führ e Pedro Deos, muito obrigado, foi uma jornada incrível!

“As normas sobre a insolvência reportam-se a uma disciplina que, em sentido amplo, podemos dizer referida a uma especial responsabilidade do empresário (comercial), que se projeta também para o campo penal. Será exatamente através da disciplina falimentar que mais nitidamente revelar-se-á a especial disciplina do empresário comercial”.

ASCARELLI, Tullio. Lezioni di Diritto Commerciale – Introduzione. Corso di Diritto Commerciale, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 308 e 309. Trad. Maria Cristina Zucchi. Prefácio. In: **Direito das Empresas em Crise: problemas e soluções**. Coords. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Francisco Satiro. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 15.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo a pesquisa, a análise e a verificação dos efeitos dos deveres empresariais oriundos do Código Civil e da Lei de Recuperação de Empresas e Falências na situação de crise econômico-financeira do empresário. A partir de dois casos-paradigma, são investigados quais os deveres que as referidas leis impõem ao empresário devedor e, no caso de falência, ao falido. O levantamento realizado sugere a divisão dos deveres em três grupos: deveres de regularização da atividade empresarial, dentre os quais se destaca o dever de inscrição do registro mercantil na Junta Comercial; deveres para o exercício regular da atividade empresária, grupo no qual se incluem os deveres de escrituração contábil e de organização adequada dos livros mercantis; e, finalmente, os deveres no âmbito da falência, destacando-se o dever de reconhecimento da crise econômico-financeira insuperável (dever de pedir a autofalência), o dever de colaborar com a falência e o dever de não cometer crime falimentar. Analisados os deveres, partiu-se para a verificação dos efeitos e das consequências do descumprimento e do cumprimento desses deveres. Chegou-se a conclusão de que o descumprimento dos deveres do primeiro grupo enseja a aplicação das regras da sociedade em comum; no caso dos deveres do segundo grupo, o descumprimento acarretaria a aplicação das regras da sociedade simples. Em ambos os casos, eventuais sócios de responsabilidade limitada perderiam a proteção das regras do Direito Empresarial, como a limitação da responsabilidade. Tendo em vista a falta de estímulos para que os empresários venham a cumprir com os seus deveres e as origens da Lei brasileira, a terceira parte do trabalho valeu-se do método de estudo e pesquisa do Direito Comparado para analisar como o sistema falimentar norte-americano lida com semelhante temática. A pesquisa comparada trouxe elementos importantes para entender porque a falência, no Brasil, tem um caráter tão negativo e, por vezes, até pejorativo. Concluiu-se que, nos Estados Unidos, um dos objetivos principais do *Bankruptcy Code* é o retorno do falido ao mercado a partir de um dos procedimentos falimentares existentes no Código. A esse retorno, os americanos chamam de *fresh start*, que é alcançado a partir do *discharge*. O *discharge*, por sua vez, é o mecanismo que libera o devedor de certas dívidas, possibilitando ao devedor o imediato retorno ao mercado. Todavia, isso não ocorre automaticamente. Para obter o *discharge*, o devedor deverá cumprir com todos os seus deveres legais e, ainda, cumprir com uma série de requisitos que, se compararmos com o Código Civil e a Lei 11.101/05, são correspondentes aos deveres existentes nos diplomas legais brasileiros e que são objeto desta pesquisa.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Falência. Empresário. Deveres. Direito Comparado. Estados Unidos. *Bankruptcy Code*. *Fresh start*.

ABSTRACT

The main object of this essay is the survey, the analysis and the verification of the effects of the commercial and business legal duties that arise from the Brazilian Civil Code and Bankruptcy Code, especially in the situations of crisis of the entrepreneur. Using two cases, it was verified what are the duties that such Codes obliged the debtor and the entrepreneur to follow. The result of the research suggested that these duties should be divided in three groups: first, duties in order to be a entrepreneur within the law, in which can be highlighted the duty to be registered in the commercial registry; second, duties to the proper exercise of the commercial activity, from what can be emphasized the duty to keep accounting records and commercial books; third, the bankruptcy duties, including the duty to the entrepreneur recognize it's own financial crisis and file for bankruptcy, and the duty to collaborate with the bankruptcy proceedings and to not commit fraud or criminal bankruptcy acts. After this, it was verified the effects and the consequences of the breach and the compliance of these duties. About the breach, the essay concluded that the breach of these duties gives rise to the application of the rules of a non-limited liability company, what means that the partners will lost their limited liability protection. Since Brazilian law does not give incentives to the entrepreneur to comply with their duties, the last part of this essay deals with the problem of the irregular entrepreneur. Because Brazilian law is strongly influenced by the Bankruptcy Code, we decided to search how American bankruptcy system deals with the problem mentioned above. This comparative analysis was important to understand why, in Brazil, bankruptcy is so badly seen by the society. This is because, in the United States, one of the main purpose of the Bankruptcy Code is to allow the debtor to return to the market after a bankruptcy proceeding. They call this goal as *fresh start*, which is achieved by the *discharge*. The discharge releases debtors from personal liability from specific debts, allowing the businessman to go back to the market. But the discharge does not apply automatically. Actually, in order to get the discharge, the debtor must have fulfilled with all his business legal duties and, still, to comply with further requirements that, if we compare with the Brazilian Civil Code and Bankruptcy Code, are the same duties studied previously.

Keywords: Business Law. Bankruptcy. Entrepreneur. Duties. Comparative Law. United States. Bankruptcy Code. Fresh start.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
I. A NOVA DEONTOLOGIA DO CÓDIGO CIVIL EM RELAÇÃO AOS EMPRESÁRIOS: ANÁLISE DOS DEVERES EMPRESARIAIS NO CÓDIGO CIVIL E NA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS.....	17
A) PROBLEMATIZAÇÃO A PARTIR DE CASOS-PARADIGMA: A QUESTÃO DOS DEVERES EMPRESARIAIS NA CRISE DA EMPRESA	18
B) A PESQUISA: ANÁLISE DOS DEVERES DO EMPRESÁRIO NO CÓDIGO CIVIL E NA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS	28
II. EFEITOS DO DESCUMPRIMENTO E DO CUMPRIMENTO DOS DEVERES EMPRESARIAIS: DESESTÍMULOS E INCENTIVOS A PARTIR DA LEGISLAÇÃO.....	47
A) DESESTÍMULOS AO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES EMPRESARIAIS ...	48
B) INCENTIVOS AO CUMPRIMENTO DOS DEVERES EMPRESARIAIS: ANÁLISE CRÍTICA DO TRATAMENTO LEGAL DA FALÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO À LUZ DO DIREITO NORTE-AMERICANO	66
CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	84

INTRODUÇÃO

O objeto deste trabalho diz respeito ao estudo dos deveres empresariais no Código Civil¹ e na Lei 11.101, de 2005, Lei de Recuperação de Empresas e Falências². A partir de dois casos apresentados, serão estudados os deveres oriundos desses dois diplomas legais, assim como os efeitos para o empresário do descumprimento e do cumprimento desses deveres no ordenamento jurídico brasileiro.

A partir do exame dos efeitos, serão verificados quais os desestímulos e quais os incentivos estabelecidos nas referidas leis para que o empresário cumpra com os seus deveres legais. Ainda nesse tema, será realizado estudo comparado a partir do Direito norte-americano, tendo em vista a forte influência do *Bankruptcy Code*³, para verificar se o sistema falimentar dos Estados Unidos dispõe de institutos jurídicos que visem incentivar os empresários a cumprirem com os seus deveres legais.

Tendo em vista a vastidão dos deveres empresariais no ordenamento jurídico brasileiro, algumas limitações se impõem para o desenvolvimento deste trabalho. Em primeiro lugar, preocupamo-nos em analisar os deveres estabelecidos pelo Código Civil, em especial, os previstos no Livro II, “Do Direito de Empresa”.

¹ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 10 out. 2015. Nesse trabalho, simplesmente “Código Civil”.

² BRASIL. Presidência da República. **Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 25 out. 2015. Nesse trabalho, também mencionada como “LREF”.

³ ESTADOS UNIDOS. **Bankruptcy Code**. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title11-front&num=0&edition=prelim>>. Acesso em: 30.10.15.

Embora essa limitação seja restritiva, justifica-se por vincular-se à noção de sistema, no sentido da unidade do Código Civil de 2002⁴, pois dessa forma privilegia-se a clareza no desenvolvimento da linha de pensamento adotada, pois o trabalho está baseado na noção de empresário e na sua disciplina no âmbito do regime do Código Civil.

Todavia, não se tem como objetivo analisar as limitações legais e infraconstitucionais decorrentes do exercício da livre iniciativa de um modo amplo, como o Direito do Consumidor e o Direito da Concorrência. Isso porque, apesar de ser a base mais importante para a atividade empresarial, a livre iniciativa não é absoluta, sendo limitada, por exemplo, pelo respeito às regras de concorrência – dever *entre* os empresários; e, ainda, limitada pelo Direito do Consumidor – dever para com os *destinatários* da atividade empresarial⁵, disciplinas que, como dito, fogem ao escopo desta pesquisa.

Analisar essas questões demandaria o estudo profundo de temas atuais, como a *funcionalização* do Direito Privado⁶ e, em específico, a função social da empresa⁷, o que desviaria do objetivo principal deste trabalho. Embora também não seja objeto deste trabalho, poder-se-ia falar dos deveres legais que os empresários tem oriundos da recente Lei Anticorrupção, que traz reflexos inclusive de caráter criminal.

Por fim, ressalta-se que a pesquisa, apesar de conter elementos históricos e de Direito Comparado, não pode ser enquadrada como um trabalho histórico ou de Direito Comparado. A esse respeito, as referências baseadas nesses métodos de estudo servem,

⁴ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 110: “Porém, não se confunda a diretriz sistemática [REALE, Miguel] com a ‘ideia de sistema’ construída, desde o Jusracionalismo, como um abstrato modelo geométrico. A diretriz, aqui, diz mais de perto com a noção de *unidade*. Como afirma Irti, hoje em dia o Código Civil reassume uma decisiva posição histórica, pois, acolhendo princípios, custodiando técnicas de disciplina e categorias ordenatórias, tem novamente ‘*la responsabilità dell’unità*’, suprimindo a Constituição, que não pode tudo prever e está mais fortemente sujeita aos azares da política, desenvolvendo então o Código a função de garantia e protegendo a continuidade da vida civil [*Codice Civile e società politica*, p. 15].

⁵ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 203.

⁶ Sobre o tema, há literatura de muita qualidade no Direito brasileiro, como as seguintes obras: BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. MICHELON, Cláudio. A natureza (pública) do Direito Privado. Trad. Gustavo Stenzel Sanseverino. In: **Estudos de Direito Privado e Processual Civil – em homenagem a Clóvis do Couto e Silva**. Orgs. Judith Martins-Costa e Vera Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 2014, pp. 61-75.

⁷ Temática apresentada pelo Prof. Fábio Konder Comparato no texto A reforma da empresa, **Revista de Direito Mercantil**, 50/59, v. 50, p. 57-74, 1983.

principalmente, para situar o leitor no tempo e comparar a evolução legislativa no Brasil e em outros ordenamentos⁸.

Em relação ao objeto deste trabalho, a análise dos deveres do empresário e dos seus efeitos na situação de crise econômico-financeira da empresa realizada neste texto justifica-se, especialmente, pela relevância de três questões.

Em primeiro lugar, uma questão *legal*, pois o cumprimento dos deveres empresariais, de acordo com o Código Civil, é requisito para a regularidade da atividade empresária. Consequentemente, outra questão de *prática jurídica*, no sentido da possibilidade ou não de se aplicarem as normas de proteção do regime do Direito Empresarial aos empresários que não cumpram os deveres legais. Por último, uma terceira questão ligada à *liberdade de iniciativa*, no que tange à possibilidade daqueles empresários que cumpriram com os seus deveres poderem voltar ao mercado e empreenderem após uma situação de crise econômico-financeira, o que hoje é dificultado por conta da inexistência de mecanismos que auxiliem os empresários endividados a pagarem seus débitos.

O exame da primeira questão, questão *legal*, remete à investigação dos deveres na legislação vigente. A divisão em deveres comerciais e contábeis, oriundos do Código Civil, e deveres falimentares, decorrentes de regras dispostas na Lei 11.101, de 2005, a Lei de Falências e Recuperação de Empresas, justifica-se pela conexão da primeira questão com a segunda questão, a de *prática jurídica*. Isso porque, do descumprimento do primeiro grupo desses deveres – comerciais e contábeis – decorre, como uma de suas consequências, a irregularidade do exercício da atividade empresarial que, em caso de uma situação de insolvência, terá reflexos na seara Falimentar.

⁸ Nesse sentido, seguimos as lições de GORDLEY: “Para entender o Direito, mesmo como ele é dentro de determinado país, é necessário olhar para além das suas fronteiras, e mais ainda, além do seu próprio tempo”. Trad. livre de: “To understand law, even as it is within that country, one must look beyond its boundaries, indeed, beyond one’s own time”. GORDLEY, James. Comparative legal research: its function in the development of harmonized law. **The American Journal of Comparative Law**, vol. 43, n. 4, 1995, p. 557.

A terceira questão, *liberdade de iniciativa*, está relacionada à busca por uma solução jurídica para um problema muito comum nos dias de hoje⁹. É conhecida a dificuldade dos empresários em voltar a empreender quando se está numa situação de crise econômico-financeira, ainda que essa dificuldade não os tenha levado à falência.

Isso porque, no sistema brasileiro, é possível que um empresário tenha mais dívidas do que condições de pagar e, ainda sim, não estar falido¹⁰. Dessa peculiaridade¹¹ decorrem consequências perversas, pois, ao passo que o ordenamento jurídico não reconhece essa figura do empresário “endividado-mas-não-falido”, não correm prazos prescricionais e possibilidades de parcelamento das dívidas, sejam elas fiscais, trabalhistas, previdenciárias ou civis.

Além de perverso para o empresário, a sociedade terá que arcar com um custo muito oneroso, pois esse empresário dificilmente irá quitar sua dívida e, com o nome “sujo na praça”, não poderá sequer abrir uma conta bancária, pois ela provavelmente será bloqueada. A partir daí, o descolamento entre o Direito e a realidade é cada vez maior, sendo comuns casos em que o pai, empresário endividado, usa o filho como “laranja” para tocar seus negócios¹².

Diante disso, percebe-se que o caso apresentado é intermediário entre a falência tipicamente empresarial e a falência de consumidor (o superendividamento), porque o

⁹ A busca por soluções jurídicas para problemas concretos deveria ser *missão do jurista*: “O grande comparatista italiano Rodolfo Sacco escreveu há alguns anos que, ‘no nosso tempo, enunciar um problema e não saber resolvê-lo era uma vergonha. As novas gerações, refratárias às categorias do certo e do seguro, consideram uma glória indicar o problema, e não a solução’ (*Metodo del diritto civile e scontri generazionali*, p. 1.004).”. SALAMA, Bruno. **O Fim da Responsabilidade Limitada no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 33.

¹⁰ Talvez essa seja a grande diferença, em termos de concepção do direito falimentar no Brasil, em relação aos Estados Unidos. Isso porque, nos EUA, é perfeitamente aceito que alguém requeira a falência ainda que não esteja financeiramente insolvente no momento do pedido. A razão disso é que no *Bankruptcy law* aplica-se o critério em que se decreta a falência de alguém se esse for “unable to pay debts as they come due”, ou seja, incapaz de pagar suas dívidas no vencimento.

¹¹ Segundo Sérgio Campinho, “a impontualidade foi adotada como critério para determinar o estado de insolvência, em substituição ao da cessação de pagamento consagrado pelo artigo 797 do Código Comercial de 1850, que revogou a Parte Terceira do mencionado Código”. **Falência e Recuperação de Empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 206.

¹² O Professor Francisco Satiro, em palestra proferida no I Congresso de Direito Empresarial da UFRGS, em 10/06/2015, definiu esses empresários endividados como *empresários-zumbis*, pois tenderiam a “usar o corpo” de outros, como filhos e netos, para constituir negócios em outras personalidades, a fim de evitar perder os recursos oriundos das atividades empresariais. (Congresso oficializado como Ação de Extensão registrada na PROEXT/UFRGS sob o N. 28636).

empresário individualmente tem problemas de dignidade, sustento e de vida, porém a sua dívida não é de consumo (*deleitium*), mas sim empresarial (por vezes inclusive para capitalizar sua empresa e dar início à atividade empresarial).

Daí que, nesse texto, com base na leitura do Diploma falimentar principal no direito norte-americano¹³, o *Bankruptcy Code*, estudar-se-á um mecanismo que possa auxiliar esses empresários, tendo em vista que hoje, apesar de os empresários poderem requerer a Recuperação Especial, a maioria prefere pleitear a Recuperação Judicial ordinária, típica de grandes empresas, pois a Lei não lhes oferece melhores soluções.

Somando-se a essas justificativas, a reprodução na epígrafe das palavras de Ascarelli revela-se pertinente para este trabalho. Isso porque, a partir do Direito Falimentar pode-se compreender melhor a disciplina do empresário comercial.

Daí que é a partir desse recorte metodológico, na verificação das consequências para o Direito Falimentar, que se pretende examinar os resultados do não cumprimento dos deveres empresariais¹⁴, bem como é a partir dessa pesquisa que se busca encontrar soluções para os problemas dos empresários endividados que não optam pelo procedimento da Lei 11.101, pois essa é insuficiente para eles.

Além disso, no que se refere à metodologia, o estudo doutrinário auxiliará a compreender a questão, tendo em vista que a utilização de conceitos já bem determinados evita o dispêndio de tempo nas suas construções, que invariavelmente envolvem profundas

¹³ CERZETTI, Sheila Christina Neder. O papel dos credores no bankruptcy code. São Paulo: **Revista de Direito Mercantil**, 51/152, jan/dez. 2009, p. 166.

¹⁴ Em artigo recente, o Professor Gerson Luiz Carlos Branco observou ser a falência um “farol” para o Direito Empresarial, tendo em vista aquela ter como objeto as consequências últimas da atividade empresarial. “A disciplina do Direito Falimentar e Recuperacional, por sua vez, é a parte do Direito Empresarial no qual se pode observar de maneira mais clara essa perspectiva, tendo em vista o seu processo de formação e o papel de farol para a sociedade, no sentido de que sinaliza aos agentes econômicos sobre quais são os possíveis resultados de suas estratégias econômicas.”. Ponderação principiológica no direito falimentar: antagonismo e complementaridade da autonomia dos credores e preservação da empresa. In: **Estudos de Direito Privado e Processual Civil – em homenagem a Clóvis do Couto e Silva**. São Paulo: RT, 2014, p. 368.

discussões jurídicas¹⁵. Paralelamente, as análises econômicas e pragmáticas (e.g. a utilização de conceitos como “incentivos”) servirão como *método auxiliar de contextualização*, lançando-se mão dessas análises ao se perceber em dúvida quanto à própria clarificação oferecida pela doutrina¹⁶.

Delineado o sentido e a perspectiva que o tema dos deveres do empresário será examinado, tendo em vista as consequências na empresa em crise econômico-financeira, cabe estabelecer o plano a ser seguido, uma vez que um texto científico de graduação “serve, sobretudo, para aprender a coordenar as ideias”¹⁷.

Na primeira parte do trabalho, será analisado quem é o destinatário dos deveres empresariais: o empresário. Nesse item, além da definição legal, cumpre estabelecer a distinção entre a pessoa natural do empresário individual, o Empresário Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), e as sociedades empresárias, tendo em vista serem esses os potenciais “titulares da empresa”¹⁸ e, portanto, responsáveis pelos deveres estabelecidos pela Lei civil e empresarial.

¹⁵ Não se quer refutar a importância dessas discussões jurídicas para a elaboração dos conceitos, mas admitir que o estabelecimento de certos conceitos para determinados fins evita a eterna rediscussão. A propósito do tema, ver o clássico ensaio do Professor Clóvis do Couto e Silva, *Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow)*: “Há, afinal, uma tendência à pureza conceitual, inadequada, às mais das vezes, à compreensão de certos fenômenos, ao invés, quem sabe, da criação ou aplicação de outros conceitos, que melhor serviriam a essa finalidade. É necessário, por igual, salientar que os conceitos são realidades do modo jurídico, do mundo do pensamento, embora não se constituam em mera substância; são em certa medida, realidades funcionais, não submetidas a uma causalidade semelhante à do mundo da natureza. Os elementos mais importantes para a elaboração do conceito atual de negócio jurídico foram o resultado das discussões a respeito da noção de *Tatbestand* no Direito Civil; dos efeitos dos vícios da vontade, particularmente do erro, sobre a validade; da natureza das condições, especialmente da condição suspensiva; e, por fim, da conceituação dos negócios jurídicos de formação sucessiva, relativamente à qualidade jurídica de cada uma de suas diversas fases.”. **Revista de Processo**, n. 37, pp. 238 e 239.

¹⁶ Sobre a importância da *contextualização* para a teorização jurídica, v. os trabalhos do Professor Bruno Salama, como, por exemplo, nessa passagem: “Trabalhos jurídicos costumam conter explicações de um determinado resultado jurídico (por exemplo, analisando a fundamentação de certas decisões) ou, ainda mais frequentemente, conter formulações sobre como atingir determinados resultados no futuro (daí a ideia de ‘doutrina’ jurídica). Mas esses dois tipos de atividades, que se propõem *estritamente jurídicas*, precisam em algum momento ser reconciliadas com os fatos do mundo – e é aqui que surgem as dificuldades, porque o funcionamento do mundo real não pode ser apenas pressuposto, mas deve também ser analisado. Quando isso não é feito, a teoria se desloca da prática e corre o risco de transformar-se em mero artifício retórico.”. SALAMA, Bruno. Op.cit., p. 37.

¹⁷ ECO, Humberto. **Como se faz uma tese – em ciências humanas**. Editorial Presença, 13ª Ed., p. 44.

¹⁸ REALE, Miguel. **Exposição de Motivos do Novo Código Civil – “atividade negocial”**. São Paulo, 16 de janeiro de 1975.

Em seguida, analisar-se-ão os deveres do empresário decorrentes das normas interpretadas a partir dos dispositivos legais. Como referido, a divisão em deveres comerciais e contábeis e deveres falimentares justifica-se pelos reflexos do descumprimento dos dois primeiros e o surgimento dos últimos.

A segunda parte deste trabalho é de verificação, isto é, de pesquisa a respeito dos *efeitos* do descumprimento dos deveres analisados na primeira parte. Ademais, serão respondidos os questionamentos propostos em razão da problemática levantada pelos casos apresentados.

A terceira parte deste trabalho é propositiva, na medida em que parte da compreensão do sistema americano de falência, a fim de estudar a aplicação de institutos que lá existem para solucionar problemas existentes no Brasil. A principal justificativa para adotar o sistema norte-americano como base para a pesquisa diz respeito à larga influência do *Bankruptcy Code* na Lei 11.101, de 2005, inclusive com a importação de institutos norte-americanos, como a *Reorganization*, que se equipara à nossa Recuperação Judicial¹⁹.

Como visto anteriormente, o sistema falimentar americano possibilita a utilização de mecanismos que permitam ao devedor retornar ao mercado. De certa forma, está na base do direito falimentar americano oportunizar a possibilidade de os devedores pagarem as suas dívidas e saírem da crise econômico-financeira como uma forma de aprendizado, e não de punição.

Em função disso, a figura do *discharge*, que será abordada nessa terceira parte do trabalho ganha destaque, pois permite que o devedor fique com alguns bens - legalmente determinados - para que possa superar a crise, mas sem perder a sua dignidade. Em verdade, há autores americanos que consideram a “razão de existir” do Direito Falimentar na possibilidade de o devedor obter esse *discharge* que possibilitará seu *fresh start*²⁰.

¹⁹ A *Reorganization*, equivalente à nossa Recuperação Judicial, está disciplinada no *Chapter 11*, do *Bankruptcy Code*. ESTADOS UNIDOS. **Bankruptcy Code**. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title11-front&num=0&edition=prelim>>. Acesso em: 30.10.15.

²⁰ “Para a maior parte dos Americanos, a falência é sinônimo da ideia de liberação das dívidas do devedor”. Tradução livre de: “To most Americans, bankruptcy probably is synonymous with the idea of a discharge from one’s debts”. TABB, Charles. The historical evolution of bankruptcy discharge. **American Bankruptcy Law Journal**, Vol. 65, pp. 325-71, 1991 p. 01.

Por fim, ainda sob o ponto de vista metodológico, na primeira parte (próximo capítulo), serão apresentados 02 (dois) casos concretos que auxiliarão a compreensão do problema que trabalho enfrenta.

I. A NOVA DEONTOLOGIA DO CÓDIGO CIVIL EM RELAÇÃO AOS EMPRESÁRIOS: ANÁLISE DOS DEVERES EMPRESARIAIS NO CÓDIGO CIVIL E NA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

Tendo em vista as três questões principais apresentadas na introdução (questão legal, questão de prática jurídica e questão de liberdade de iniciativa), optou-se por iniciar esse trabalho com dois exemplos que, a partir das ideias e dos conceitos jurídicos em que estão fundamentados, ilustram o que se pretende abordar nesse texto. Nesse sentido, o primeiro caso refere-se ao Acórdão proferido no REsp 1.193.115-MT²¹; por sua vez, o segundo caso foi escolhido a partir das atividades vinculadas a uma ação de extensão desenvolvida na Faculdade de Direito da UFRGS e diz respeito à autofalência de uma temakeria.

²¹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão no Recurso Especial n. 1.193.115/MT. Relatora: ANDRIGHI, Nancy. Publicado no DJe 07/10/2013. Disponível em << http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&processo=1193115&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 19.10.2015.

A) PROBLEMATIZAÇÃO A PARTIR DE CASOS-PARADIGMA: A QUESTÃO DOS DEVERES EMPRESARIAIS NA CRISE DA EMPRESA

No REsp 1.193.115-MT, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, discutiu-se, no bojo de uma ação de recuperação judicial, a questão da necessidade do cumprimento de deveres empresariais oriundos do Código Civil para a regularidade da atividade empresarial. *In casu*, foi deferido a produtores rurais, em primeiro grau, o processamento de recuperação judicial, ainda que esses não tivessem registrado a sua inscrição na Junta Comercial do Estado do Mato Grosso (JUCEMAT).

O fundamento principal para essa decisão foi de que a inscrição no Cadastro de Contribuintes da Secretaria da Fazenda do Estado de Mato Grosso é suficiente, não somente para caracterização dos mencionados produtores rurais como empresários, mas também como “requisito delineador de sua regularidade, podendo se socorrerem, portanto, do benefício da 'recuperação judicial' nos termos da Lei 11.101/05”²². A decisão, todavia, não se manteve no segundo grau.

Isso porque, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso (TJ/MT) deu provimento ao Agravo de Instrumento que atacou a decisão de primeiro grau, decidindo “para que sejam excluídos do polo ativo do Pedido de Recuperação Judicial [...] os nomes das pessoas físicas - produtores rurais”, a partir do fundamento de que “dos autos restou evidenciado que estes somente se inscreveram na JUCEMAT cinquenta e cinco dias após o ajuizamento do Pedido, não preenchendo, desta forma, as exigências do artigo 48 e 51 da Lei de Recuperação Judicial e Falências - 11.101/2005”²³.

A discussão chegou ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) por meio de Recurso Especial que, no mérito, apontava que o Acórdão do TJ/MT havia violado os “[a]rts. 1º e 48 da Lei 11.101/05 e 966, 967 e 971 do CC, haja vista que a ausência de inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis não é razão apta a ensejar o indeferimento do pedido de recuperação judicial”²⁴. Isso porque, prossegue o Relatório da Min. Nancy

²² Op.cit., Relatório da Min. Nancy Andrighi, p. 01.

²³ Idem, p. 02.

²⁴ Idem, p. 03.

Andrighi “no caso das pessoas físicas recorrentes todos os elementos caracterizadores da figura do empresário estão presentes em suas atividades” (e-STJ, fl. 999), o que vai ao encontro da teoria econômica da empresa, adotada pela Lei 11.101./05.”²⁵.

Em síntese, como destacou a Relatora, “o ponto central da controvérsia é analisar se há possibilidade de o produtor rural, mesmo não inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis à época do pedido, obter a concessão de sua recuperação judicial²⁶”.

No que tange aos votos da 3ª Turma, a discussão deu-se, especialmente, em torno dos argumentos da Min. Nancy Andrighi e do Min. Sidnei Beneti.

A Min. Nancy Andrighi considerou que “a inscrição do empresário rural no Registro de Empresas não é obrigatória, de modo que o exercício de suas atividades não pode ser tido por irregular em virtude, unicamente, da inexistência de registro.”²⁷. Ademais, a Ministra ressaltou que, no que concerne ao registro e inscrição dos empresários rurais, deve-se observar o art. 970, do Código Civil²⁸, que visa facilitar a continuidade e manutenção das suas atividades ao assegurar tratamento “favorecido, diferenciado e simplificado”²⁹.

Os argumentos da Relatora ainda consideraram a questão da preservação da empresa, como se percebe do seguinte trecho:

“para as finalidades da LFRE, o primordial é que o empresário ou a sociedade empresária economicamente viáveis sejam mantidos em atividade, uma vez sopesados, obviamente, os benefícios, riscos e prejuízos a serem suportados por ela, por seus credores e pelos empregados.”³⁰

²⁵ Idem, p. 04

²⁶ Idem, p. 05.

²⁷ Op. cit., p. 07.

²⁸ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 3 out. 2015: “Art. 970. A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes”.

²⁹ Op. cit., p. 08.

³⁰ Idem, p. 10.

Por fim, confirmando sua convicção pelo provimento do Recurso Especial, a Ministra afirma que, no caso específico dos autos, a recuperação judicial foi de extremo sucesso, tendo em vista que além de “ter sido concedida em favor de todos os requerentes (inclusive dos produtores rurais não inscritos no Registro de Empresas)”, o plano apresentado “foi aprovado pela unanimidade dos credores” e o “próprio recorrido, credor, ter apresentado manifestação nos autos reconhecendo o sucesso obtido com a presente recuperação”³¹.

Por outro lado, o voto-vista do Min. Sidnei Beneti divergiu completamente do apresentado pela Relatora. Para ele, seria impossível desconsiderar o texto da lei no que tange ao cumprimento de requisitos para a concessão da Recuperação Judicial, como se percebe do seu voto:

“A exigência expressa e literal, feita pela lei de Recuperações e Falências, de comprovação, com a inicial, de que o requerente “exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos” (Lei 11.101/2005, art. 48, “caput”), ou seja, a comprovação da condição de comerciante.”³².

Ademais, continua o Ministro, “Essa comprovação documental é essencial, para o caso específico da recuperação judicial, à caracterização legal do estado de comerciante.”³³. Por fim, negando provimento ao Recurso Especial quanto ao pleito de recuperação judicial, o Min. Beneti conclui: “No caso apenas se reafirma exigência de inscrição na Junta Comercial – não substituída por inscrição ou registro em órgão público diverso – para o acesso à recuperação judicial”³⁴.

O Min. Beneti foi seguido pelos Ministros João Otávio de Noronha, Paulo de Tarso Sanseverino Ricardo Villas Bôas Cueva, ficando vencida a Ministra Nancy Andrichi, tendo sido improvido o Recurso Especial quanto ao pleito de recuperação, tendo em vista a falta

³¹ Op. cit., p. 11.

³² Op. cit., Voto-Vista do Min. Sidnei Beneti, p. 03.

³³ Idem, p. 04.

³⁴ Idem, p. 05.

de comprovação documental da qualidade de empresário, realizada a partir da inscrição do empresário na Junta Comercial³⁵.

O outro caso paradigma que serve para ilustrar o que se pretende alcançar neste trabalho está vinculado com a motivação para *pensar, pesquisar, discutir* e, por fim, *escrever* este texto. Em específico, decorre de um caso real estudado e praticado pelos estudantes no Núcleo de Estudos em Direito Recuperacional e Falimentar – NEF, grupo de estudos da Faculdade de Direito da UFRGS³⁶.

O caso refere-se a um pedido de autofalência de uma sociedade limitada cujo objeto social dizia respeito a serviço de restaurante de comida japonesa. Embora o passivo não fosse de quantidade expressiva, a massa falida não juntava condições suficientes para o pagamento do débito com os bens arrolados na inicial de autofalência.

Além disso, desde o início da análise do pedido de autofalência, alguns fatos chamaram a atenção, como por exemplo: (i) a sociedade jamais ter apresentado qualquer escrituração contábil; (ii) o mínimo de contabilidade existente era realizado por estimativas; (iii) fornecedores típicos de restaurantes, como fornecedores de bebidas não se encontravam entre os credores; (iv) confissão, em audiência, por um dos sócios da falida de venda de ativos, para pagamento de alguns credores; (v) inexistência de declaração de imposto de renda de pessoa jurídica; e (vi) sucessão empresarial fraudulenta, uma vez que um dos sócios teria reformado a antiga temakeria e iniciado, no mesmo lugar e com os mesmos objetos da devedora, um “novo” empreendimento.

³⁵ O Acórdão restou assim ementado: RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE EMPRESÁRIO POR MAIS DE 2 ANOS. NECESSIDADE DE JUNTADA DE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DE REGISTRO COMERCIAL. DOCUMENTO SUBSTANCIAL. INSUFICIÊNCIA DA INVOCAÇÃO DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL. INSUFICIÊNCIA DE REGISTRO REALIZADO 55 DIAS APÓS O AJUIZAMENTO. POSSIBILIDADE OU NÃO DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESÁRIO RURAL NÃO ENFRENTADA NO JULGAMENTO. 1.- O deferimento da recuperação judicial pressupõe a comprovação documental da qualidade de empresário, mediante a juntada com a petição inicial, ou em prazo concedido nos termos do CPC 284, de certidão de inscrição na Junta Comercial, realizada antes do ingresso do pedido em Juízo, comprovando o exercício das atividades por mais de dois anos, inadmissível a inscrição posterior ao ajuizamento. Não enfrentada, no julgamento, questão relativa às condições de admissibilidade ou não de pedido de recuperação judicial rural. 2.- Recurso Especial improvido quanto ao pleito de recuperação. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial n. 1.193.115/MT. Relatora: ANDRIGHI, Nancy. Publicado no DJe 07/10/2013. Disponível em << http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&processo=1193115&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 19.10.2015.

³⁶ Ação de Extensão registrada na PROEXT/UFRGS sob o número 1.517.

Diante dessas graves circunstâncias, indagações surgiram acerca da intersecção entre os deveres empresariais e as regras de proteção aos sócios advindas das normas de Direito Empresarial. Isso porque, o Código Civil estabelece uma série de *deveres* aos empresários para a regularidade do exercício da atividade empresarial e, *e.g.*, a consequente atração das regras de limitação da responsabilidade.

Tendo em vista os exemplos apresentados, diversas indagações surgiram e, a partir da reflexão em torno delas, impulsionaram a pesquisa que deu origem a este trabalho. Em primeiro lugar, questionou-se: como incentivar os empresários a cumprirem com os seus deveres empresariais?

Em seguida, tendo em vista os casos acima apresentados, poderia o empresário que não cumpre os deveres determinados pelo Código Civil para regularização da sua atividade receber as normas de proteção do Direito Empresarial? A esse respeito, qual o *grau* de descumprimento que ensejaria uma aplicação diferenciada das regras de proteção do Direito empresarial?

Relacionada às questões acima mencionadas, uma segunda ordem de perguntas norteou a pesquisa na tentativa de encontrar *soluções* para o problema do empresário endividado. Nesse sentido, o empresário que cumpre seus deveres, mas que por um insucesso empresarial venha a ter mais dívidas do que créditos, pode ter uma solução mais favorável do que a oferecida atualmente pela Lei de Falências? Como essa questão é tratada no Direito Comparado, em especial, no Direito americano?

Como referido, a partir desses questionamentos se propôs dar início a este trabalho. Evidente que, ao longo da pesquisa, outras questões foram surgindo e, na medida do possível, pesquisadas e respondidas para, ao final, formar os resultados que se encontram neste texto.

Apresentados os casos e as perguntas, antes de iniciar a análise dos deveres e a sua relação com as regras de proteção oriundas do Direito Empresarial, faz-se necessário apresentar o conceito de empresário no Código Civil, a fim de entender a definição legal do *empresário*, uma vez que os deveres posteriormente abordados são a ele direcionados pela legislação.

Por trás do dispositivo expresso no texto do art. 966, do Código Civil de 2002³⁷, há muita História – e também História do Direito. A fim de compreender o conceito de empresário que se pode interpretar a partir dos dispositivos do Código Civil de 2002, é necessário seguir a lição de Pontes de Miranda: “não se pode conhecer o presente, sem se conhecer o passado, não se pode conhecer o que é, sem se conhecer o que foi”³⁸.

Seguindo essa lição, antes de conceituar o empresário destaca-se que a consolidação da empresa como eixo central do Direito Comercial reflete, na História, a estabilidade do sistema capitalista como meio de produção no Brasil. Isso porque, percebe-se que a empresa acaba se tornando definitivamente o eixo gravitacional da atividade econômica³⁹.

Para a História do Direito no Brasil, o conceito de empresário do Código Civil de 2002 substitui a noção de “atos de comércio”, existente desde o Código Comercial e do Regulamento 737, de 1850⁴⁰. Essa substituição inovadora acabou por alterar, para muitos, a própria nomenclatura do Direito Comercial, que passou a ser chamado de “Direito da Empresa” ou, simplesmente, Direito Empresarial.

No Direito da Empresa, portanto, realça-se três dos quatro perfis referidos por Alberto Asquini, em 1943⁴¹: o perfil funcional, referindo-se à *empresa*, que se consubstancia como um feixe de contratos empresariais⁴² destinados à criação da riqueza pela produção de bens ou de serviços mediante atividade organizada dos fatores de produção⁴³; o perfil

³⁷ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 10 out. 2015: “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”.

³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, Prefácio, 1983, p. XV.

³⁹ SALAMA, B. Op. cit., p. 29.

⁴⁰ BRASIL. Presidência da República. **Decreto N. 737, de 25 de novembro de 1850**. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

⁴¹ ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. **Rivista del Diritto Commerciale**, 1943, v.41, I. Trad. Fábio Konder Comparato. In: Revista de Direito Mercantil, ano XXXV, n. 104, out.dez/1996, p. 108-126.

⁴² Essa é a perspectiva adotada por COASE, R.H. The nature of the firm. **Economica**, New Series, Vol. 4, No. 16. Nov., 1937, pp. 386-405.

⁴³ MARCONDES, Sylvio. **Questões de Direito Mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

objetivo ou patrimonial denominado de *estabelecimento*, como complexo de bens que o empresário predispõe para o exercício de sua atividade⁴⁴; e o perfil subjetivo, e aqui ressaltado pela figura do *empresário* ou da *sociedade empresária*, aquele que exerce atividade organizada para produção e circulação de bens e de serviços⁴⁵.

O Professor Erasmo Valladão resume essa ideia central em uma frase: para o Código Civil de 2002, “empresário é aquele que exerce a empresa através do estabelecimento.”⁴⁶.

Evidente que tanto a passagem do modelo *objetivo* dos atos de comércio, para o *subjetivo* referente à noção de empresário, quanto a própria definição de empresa não ocorreram repentinamente. Há muito tempo juristas – e economistas – discutem a definição do conceito de empresa⁴⁷.

Por enquanto, cumpre definir a figura do “empresário”, a fim de estabelecer *a quem* a Lei se dirige quando estabelece deveres que devem ser cumpridos para caracterizar a regularidade da atividade empresarial. Dessa forma, o art. 966, do Código Civil de 2002, prescreve que empresário é quem exerce uma *atividade*:

“Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa⁴⁸.”.

⁴⁴ NOVAES E FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo. Empresa, empresário e estabelecimento. A nova disciplina das sociedades. In: **Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 513.

⁴⁵ Idem, p. 517.

⁴⁶ Idem, p. 516. De forma semelhante, o Prof. VERÇOSA, op. cit., p. 201: “Já foi dito que empresário se é; empresa se exerce; estabelecimento se possui”.

⁴⁷ Por exemplo, Cássio Machado Cavalli demonstra tanto as dificuldades na precisão do conceito de empresa, quanto às inúmeras diferenças nos resultados encontrados. “A investigação em torno no conceito de empresa é uma das mais trabalhosas e complexas que se pode empreender. O volume de publicações acerca do tema é imensurável, e o debate em torno da categoria jurídica da empresa afigura-se interminável”. **Empresa, direito e economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da UFRGS. Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, RS, 2012, p. 16.

⁴⁸ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 10 out. 2015

Provavelmente apoiado nas ideias de De Martini⁴⁹, tendo em vista a similitude da proposição brasileira com o art. 2.082, do Código Civil Italiano⁵⁰, o Professor Sylvio Marcondes, que elaborou no Anteprojeto do Código Civil a parte referente ao Livro “Do Direito de Empresa”, escreveu na sua Exposição de Motivos que, na definição do art. 966, existem três elementos importantes a serem destacados:

“(a) o exercício de atividade econômica e, por isso, destinada à criação de riqueza, pela produção de bens ou de serviços para a circulação, ou pela circulação dos bens ou dos serviços produzidos; (b) atividade organizada, através da coordenação dos fatores de produção – trabalho, natureza e capital – em medida e proporções variáveis, conforme a natureza e o objeto da empresa; (c) exercício realizado de modo habitual e sistemático, ou seja, profissionalmente, o que implica dizer em nome próprio e com ânimo de lucro.”⁵¹.

Desses destaques podemos definir que *empresário* é aquele que, através da coordenação dos fatores de produção, exerce de modo habitual e sistemático, portanto profissional, atividade econômica pela produção de bens ou de serviços para a circulação em nome próprio e com ânimo de lucro.

Sendo assim, quem dessa forma exercer atividade empresarial estará sujeito ao regime jurídico do empresário, ainda que não a faça de modo consciente, isto é, independente da sua vontade. E isso é relevante para esse trabalho, uma vez que os deveres prescritos pelo Código Civil e pela Lei de Recuperação e Falências destinam-se àqueles que exercem a atividade empresarial, independentemente, portanto, da sua vontade ou do seu interesse.

Essa análise não é suficiente, pois ainda há de se considerar o “elemento de empresa” de que trata o parágrafo único do art. 966, *in fine*. Compreende-se do texto desse artigo que a *atividade empresarial* é toda atividade econômica com intuito de auferir lucro,

⁴⁹ **Corso di Diritto Commerciale**, vol. I, p. 97. *Apud*: VERÇOSA, op. Cit., p. 126.

⁵⁰ “Art. 2082. (Imprenditore). E' imprenditore chi esercita professionalmente una attivita' economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.” ITÁLIA. **Codice Civile**. Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262. Disponível em: << <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1942-03-16;262>>>. Acesso em 25.11.2015.

⁵¹ MACHADO, op. cit., p. 140.

exceto a atividade intelectual que não dê lugar à circulação de bens ou, no caso de serviços, se caracterize como de natureza personalíssima⁵².

Nesse sentido, além da intenção histórica do legislador de não estender às organizações destinadas ao exercício das profissões liberais o caráter de empresa mercantil⁵³, o legislador pretendia excluir aqueles que acabavam por empreender apenas por “acaso”, isto é, sem a interferência dos fatores externos de produção⁵⁴.

A esse respeito, o Professor Erasmo Valladão, baseado nas lições de Ascarelli, complementa e esclarece de vez a questão, notando a “diversa valoração social” que é dada ao trabalho intelectual, o que se diferencia sobremaneira do exercício da atividade empresarial, que pressupõe a produção em massa como premissa básica⁵⁵.

Por fim, há, nos termos do art. 971, do Código Civil⁵⁶, a possibilidade de se enquadrar no regime do Direito Empresarial aquele que desenvolve atividade rural *principal profissão*, sendo necessário, nesse caso, a inscrição na Junta Comercial do Estado em que realize tal atividade. Ocorrendo a inscrição, o produtor rural passará a obedecer às regras de Direito Empresarial, tendo também direito à proteção que se extrai desse regime.

Como foi relatado no primeiro caso concreto apresentado acima e, ainda, conforme se verá adiante na parte referente à análise dos deveres empresariais, passa por essa questão a resposta da possibilidade de os produtores rurais não inscritos na Junta Comercial poderem se valer da recuperação judicial. Neste momento, cabe apenas referir que, apesar de a

⁵² VERÇOSA, op. cit. p. 150.

⁵³ Idem, ibidem.

⁵⁴ “Dessa ampla conceituação [de empresário, o Anteprojeto] exclui, entretanto, quem exerce profissão intelectual, mesmo com o concurso de auxiliares ou colaboradores, por entender que, não obstante produzir serviços, como o fazem os chamados profissionais liberais, ou bens, como o fazem os artistas, o esforço criador se implanta na própria mente do autor, de onde resultam, exclusiva e diretamente, o bem ou o serviço, sem interferência exterior de fatores de produção, cuja eventual ocorrência é, dada a natureza do objeto alcançado, meramente acidental”. MACHADO, op. cit., p. 141.

⁵⁵ “[A]o que Ascarelli, comentando disposição semelhante do Código Civil italiano, acrescentava que isso ocorria também porque há uma diversa valoração social com relação ao trabalho intelectual. Não há produção em massa, há premissas de decoro da profissão. (cf. Tullio Ascarelli, A atividade do empresário, Revista de Direito Mercantil n. 132, p. 206-207).” VALLADÃO, op. cit., p. 514.

⁵⁶ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 15 out. 2015: “Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.”.

caracterização do empresário obedecer um critério *material*, a lei exige, *para os produtores rurais*, um requisito adicional, qual seja: a inscrição na Junta Comercial.

Tendo em vista essa definição acima proposta, complementada pelas considerações sobre o “elemento de empresa”, neste trabalho utilizaremos o termo “empresário” para falar tanto do empresário individual pessoa natural, quanto da sociedade empresária pessoa jurídica. Isso se explica pela condição de *sujeito de direito* que essas duas figuras jurídicas representam no regime empresarial.

Isto é, ao darem impulso à atividade⁵⁷, são eles os titulares dos direitos para exercer a atividade⁵⁸, mas também sobre eles recai a responsabilidade de cumprir os deveres estabelecidos pelo Código Civil e pela Lei de Falências, como veremos a seguir.

Diante dessas considerações, podemos concluir que o regime jurídico utilizado pelo Código Civil privilegiando a *atividade* visa proteger a coletividade⁵⁹, visto que não há poder – titularidade de direito - sem responsabilidade – *i.e.*, cumprimento de deveres⁶⁰. Ademais, percebe-se que independentemente da vontade do agente o exercício da atividade empresarial atrairá as regras de Direito Empresarial, que tem natureza diversa das regras de Direito Civil.

Por exemplo, nas relações empresariais, o privilégio pende muito mais para o lado do credor do que nas relações civis, em que o *favor debtors* é mais expoente. Não é por acaso que José Xavier Carvalho de Mendonça notava, desde muito tempo, que “o Direito Comercial surge para proteger o mercado, não os comerciantes”⁶¹.

Acertada essa premissa inicial, cabe descrever quais são esses deveres que o exercício da atividade empresarial impõe aos empresários e quais as consequências do não cumprimento.

⁵⁷ VALLADÃO, op. cit. p. 514.

⁵⁸ Na mesma posição: VERÇOSA, op. Cit., p. 170: “O titular da empresa é um empresário ou é uma sociedade empresária titular de poder de comando, objetivando a tomada das decisões necessárias”.

⁵⁹ VALLADÃO, op. cit. p. 518.

⁶⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Na Proto-Historia das Empresas Multinacionais - O Banco Medici de Florença. **Revista de Direito Mercantil**, v. 54, p. 105-111, 1984.

⁶¹ **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953-1955, v.2, p.15.

B) A PESQUISA: ANÁLISE DOS DEVERES DO EMPRESÁRIO NO CÓDIGO CIVIL E NA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

Por ser o principal Diploma a disciplinar a atividade empresarial, a análise dos deveres dos empresários passa, primeiramente, pelo escrutínio dos dispositivos legais do Código Civil. Pelas suas características peculiares, dividiu-se os deveres em dois grupos: no primeiro, referimo-nos ao dever de regularização *da* atividade empresarial, ou seja, no sentido da necessidade de cumprir os deveres para iniciar as atividades empresariais; no segundo, aos deveres *para* o exercício regular da atividade empresarial, pois seu cumprimento é requisito para a continuidade regular do exercício da empresa.

Em relação ao primeiro grupo, o dever está vinculado à regularização da atividade empresarial mediante a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis. Muito antes do artigo 967, do atual Código Civil⁶² prever a obrigatoriedade do cumprimento desse dever, já em 1850, o Código Comercial estabelecia deveres para os comerciantes, cujo descumprimento resultava na perda da proteção oriunda do regime daquele Código⁶³.

Assim determinava o art. 4º, do referido Código:

“Art. 4 - Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual (artigo nº 9)”⁶⁴.

⁶² BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 10 out. 2015: “Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.”.

⁶³ VERÇOSA, op. cit., p. 210.

⁶⁴ BRASIL. Presidência da República. **Lei 556, de 25 de junho de 1850**. Código Comercial (parcialmente revogado pela Lei 10.406/02). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 10 out. 2015. Doravante, também nos referiremos como “CCoB”.

Sobre a importância do “registro do comércio”, J.X. Carvalho de Mendonça afirma que “dispensa justificativa”⁶⁵. O jurista acrescentava no sentido de que a relevância do registro dizia respeito não apenas para os credores, mas para o mercado em geral⁶⁶.

Como veremos a seguir, a *ratio* expressada por Carvalho de Mendonça foi mantida pelo legislador de 2002. Isso porque, em palavras adaptadas ao nosso tempo, a necessidade da publicidade dos empresários deriva das possíveis externalidades que esses podem produzir ao exercerem as suas atividades econômicas⁶⁷.

Como referido, o Código Civil de 2002, que revogou as disposições do Código Comercial de 1850, deixou expresso, no art. 967, a necessidade da inscrição do empresário na Junta Comercial antes do início das suas atividades como requisito para a regularidade do empresário. A doutrina comercialista que reflete sobre esse ponto é unânime ao afirmar que a não observância desse dever acarreta a irregularidade da atividade empresária⁶⁸.

⁶⁵ **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Freitas Bastos, 1953, vol. II, p. 332.

⁶⁶ “A boa-fé e o crédito exigem, para firmeza e desenvolvimento, o regime de publicidade dos atos principais do comerciante, a fim de se salvaguardarem e garantirem eficazmente os interesses de terceiros. O instituto do registro de comércio representa o mais poderoso órgão dessa publicidade, sob o ponto de vista jurídico; é uma garantia para terceiros, visando amparar a honestidade das transações e auxiliar o crédito, duas poderosas forças comerciais”. Op. cit., p. 332. No mesmo sentido, João Eunápio Borges: “a finalidade do registro do comércio, como é óbvio, é a de levar ao conhecimento do público em geral, sobretudo daqueles que tiverem relações de negócios com o comerciante todo e qualquer fato que lhes possa interessar, relativo à sua vida profissional e financeira”. **Curso de Direito Comercial Terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. V. 1, p. 251.

⁶⁷ Sobre o histórico da necessidade de publicidade das sociedades, ainda mais interessante é o relato que encontramos na Dissertação de José Bráulio Petry: “Tem-se notícia de que, na Itália, no século 300 já existiam livros demonstrando, separadamente, as contas da sociedade e as contas pessoais dos sócios. No século 400, já eram adotados arranjos com consequências práticas semelhantes ao conceito depois desenvolvido de separação entre o patrimônio social, destinado ao escopo social, e o patrimônio pessoal dos sócios. No final do século 500, a publicidade dos contratos sociais foi completamente ordenada em Bolonha através da Provvisione de 28 de maio de 1583. Objetivava-se a proteção dos credores, impondo aos sócios o dever de atualizar os livros, intitulados com a razão da comandita, como também o dever de comparecer ao Foro dos Mercadores para declarar a constituição da sociedade e os limites das obrigações contratadas pelos sócios. Anotavam-se as informações em documentos que lá ficavam arquivados *perpetua memoria*, passíveis de consulta cômoda por qualquer interessado. Análogo regime foi adotado em Florença. (ZOLA, Enrico. *La società di fatto nel diritto e nella pratica commerciale*. Torino: Fratelli Boca, 1929. p. 2 e ss). *Apud*: PETRY, José Bráulio. **Sociedade em comum: entre a construção de uma nova disciplina situada nos quadros do direito societário e a paradoxal aplicação do regime da sociedade de fato ou irregular**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio grande do Sul, Porto Alegre, 2014, p. 09.

⁶⁸ O Prof. Manoel Pereira Calças sintetiza bem a questão: “[T]emos agora o empresário regular, que é o que cumpre a obrigação legal prevista no art. 967 do Código Civil e se inscreve na Junta Comercial competente e em razão disso recebe proteção legal diferenciada. [...] De outro lado, há o empresário de fato ou irregular, que exerce a atividade empresarial, mas não se inscreve na Junta Comercial”. CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. O empresário no Código Civil. **Revista do Advogado**. Ano XXV. Abril/2005, n. 81, p. 88.

Da mesma forma, e esse ponto é crucial para respondermos às primeiras perguntas lançadas no início desse trabalho, a doutrina considera que a irregularidade da atividade empresária provocada pela falta de inscrição do empresário na Junta Comercial acaba por acarretar a perda das regras de proteção do Direito empresarial. Nesse sentido, o Prof. Verçosa defende que, apesar de o Código Civil não ter reproduzido a regra do art. 4º, do CCoB, no sentido de que o não cumprimento do dever de se inscrever na Junta Comercial acarretaria a perda da proteção outorgada pelo regime empresarial⁶⁹, outra interpretação seria conceder benefícios àqueles que estão em situação de irregularidade.

Para o autor, ainda que o preceito não esteja expresso nesse sentido, é de se considerar que o exercício da atividade empresarial sem o devido registro que trata o art. 967, do Código Civil, atrai a incidência das regras da “*sociedade em comum*, não personificada, que sujeita todos os sócios a uma responsabilidade solidária e ilimitada pelas obrigações sociais”⁷⁰. O Professor da Universidade de São Paulo complementa:

“[O]ra, mesmo não estando expressa no Código Civil de 2002 qualquer regra que estabeleça o direito à proteção apenas do empresário regular junto ao Registro Mercantil, interpretação diversa não seria consentânea com o *caráter obrigatório* da inscrição naquele órgão e com o sistema legal como um todo.”⁷¹

⁶⁹ A conclusão de Verçosa é irretocável: “Tal inscrição apresenta-se como *obrigatória*. No entanto, em uma lamentável omissão, o Código Civil/2002 não reproduziu a regra do art. 4º do CCoB, segundo a qual, colocando-se tal inscrição no plano da regularidade da atividade empresarial, sua não observância acarretaria significativamente a perda da proteção outorgada pelo sistema legal. Vale dizer, perda dos benefícios que poderiam valer os empresários em situação de regularidade. A ausência de preceito expresso nesse sentido poderá levar o intérprete a entender – erroneamente – que a falta de inscrição não acarretaria desvantagens para o empresário irregular, na medida em que teria desaparecido restrição expressa.” (grifos no original). Op. cit., p. 212

⁷⁰ Idem, p. 213.

⁷¹ Op. cit., p. 213.

Da análise doutrinária⁷², como referido, resta claro que para a atividade empresarial ser regular é necessária a inscrição do registro na Junta Comercial⁷³. Contudo, não se extingue na realização do registro os deveres do empresário conforme dispõe o Código Civil.

Ademais, é possível questionar se somente o não cumprimento da inscrição do registro acarretará a irregularidade da atividade empresária, ou também se o não cumprimento dos outros deveres resultará na mesma consequência, o empresário irregular.

Todavia, essa primeira análise do dever de inscrição na Junta Comercial para a regularidade da atividade empresarial permite nos posicionarmos quanto ao primeiro exemplo mencionado no início deste trabalho. Em linhas gerais, o caso diz respeito a produtores rurais que, apesar de não inscritos na Junta Comercial como empresários, queriam se valer do instituto da recuperação judicial.

Como analisado, a partir do voto-vista do Min. Sidnei Beneti, a 3ª Turma decidiu pela impossibilidade de os produtores rurais não inscritos como empresários verem suas recuperações judiciais deferidas e processadas. Apesar da contrariedade da posição da Min. Nancy Andrighi, que entendia ser possível o deferimento da recuperação, tendo em vista o princípio da preservação da empresa, o exame recém realizado nesse trabalho referente ao dever de inscrição na Junta Comercial demonstra ser inafastável, para fins de atração das regras de proteção do Direito Empresarial, a regularidade da atividade empresarial, tendo em vista a necessidade de publicidade do exercício da atividade empresarial, exigência decorrente das potenciais externalidades provocadas pelo exercício da atividade empresarial.

Respondido o primeiro caso, prosseguimos com a análise dos deveres.

Seguindo o percurso de análise dos deveres empresariais oriundos do Código Civil, passamos para o segundo grupo de deveres que, em linhas gerais, referem-se aos deveres de escrituração contábil e de organização dos livros mercantis. Todavia, antes de adentrar no

⁷² Sérgio Campinho leciona no mesmo sentido: “O empresário individual, para ostentar a condição de regular, passando a gozar de determinados privilégios legais, deve obedecer a dois requisitos: não estar legalmente impedido de exercer a atividade e encontrar-se registrado no Registro Público de Empresas Mercantis de sua sede, desempenhado pelas Juntas Comerciais”. **O Direito de Empresa à Luz do Código Civil**. 13ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 32.

⁷³ No mesmo sentido, Rubens Requião: “Quando estudamos na disciplina do Direito Comercial, os deveres do empresário mercantil, enumeramos o de inscrever no Registro do Comércio a declaração de sua firma individual ou os atos constitutivos, se for sociedade comercial. Só então poderá a empresa ter seus livros obrigatórios legalizados, neles lançando uma contabilidade regular”. **Curso de Direito Comercial**, n.º 82.

tema que concerne a essa parte, é necessário relembrar, com destaque, as palavras do mestre Sylvio Marcondes Machado na sua clássica obra *Problemas de Direito Mercantil*:

“[...] além das regras componentes dos institutos complementares, o anteprojeto cria a obrigatoriedade de inscrições, averbações e publicidade de certos atos *essenciais ao exercício da atividade*.”⁷⁴. (grifamos).

Isso porque, se anteriormente examinamos a questão da *inscrição* do empresário na Junta Comercial, agora, seguindo os termos utilizados pelo idealizador da parte referente ao Direito da Empresa no Código Civil de 2002, abordaremos a questão das *averbações e publicidades de certos atos essenciais ao exercício da atividade*. Especificamente, esse tema refere-se aos deveres de escrituração contábil que todo empresário deve zelar e de organização mercantil, no que tange à escrita e atualização das operações do empresário.

O Código Civil, no art. 1.179, é expresso ao considerar como um *dever* do empresário a escrituração e a constante atualização das questões contábeis da atividade empresária⁷⁵. Da leitura desse artigo e dos artigos subsequentes, nota-se que todo o Capítulo IV, que diz respeito à “Escrituração”, traz as regras de *contabilidade* que o empresário deve seguir.

O art. 1.180, por exemplo, refere-se à obrigatoriedade do livro Diário, que consiste no registro das operações diárias da empresa⁷⁶, isto é, onde serão lançados o *balanço patrimonial* e o *de resultado econômico*⁷⁷. Por sua vez, o art. 1.181 determina que toda

⁷⁴ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Problemas de Direito Mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 142.

⁷⁵ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 10 out. 2015. “Art. 1.179. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico.”.

⁷⁶ “Art. 1.180. Além dos demais livros exigidos por lei, é indispensável o Diário, que pode ser substituído por fichas no caso de escrituração mecanizada ou eletrônica. Parágrafo único. A adoção de fichas não dispensa o uso de livro apropriado para o lançamento do balanço patrimonial e do de resultado econômico.”.

⁷⁷ VERÇOSA, op. cit, p. 216.

escrituração contábil deve ser autenticada no Registro Público de Empresas Mercantis, isto é, nas Juntas Comerciais⁷⁸.

Como reforço da necessidade de formalização do empresário perante o órgão público, o parágrafo primeiro do art. 1.181 pressupõe a inscrição do empresário para a autenticação dos livros. Dessa forma, os deveres aludidos no tópico anterior, relacionados ao *dever de inscrição*, estão ligados a esse segundo grupo de deveres, os de *escrituração*.

E isso não é por acaso. A contabilidade representa importante fonte de informações sobre o patrimônio da empresa, algo que é relevante para os credores, para o mercado, mas também para o próprio empresário⁷⁹.

Como se percebe, as questões contábeis que estão no Código Civil, além de representarem deveres para o empresário, auxiliam-no na própria condução da sua atividade empresarial⁸⁰ e são determinantes para o sucesso da sua empreitada. Nesse sentido, uma vez que o exercício da atividade empresarial tem reflexos na sociedade, a contrapartida para que o empresário possa desenvolver o seu negócio é que ele desenvolva a sua atividade de forma transparente e demonstre para a sociedade qual a saúde financeira da sua empresa, pois isso interesse não só para os credores, mas também para os próprios colaboradores e eventuais sócios distanciados da administração da empresa.

⁷⁸ “Art. 1.181. Salvo disposição especial de lei, os livros obrigatórios e, se for o caso, as fichas, antes de postos em uso, devem ser autenticados no Registro Público de Empresas Mercantis. Parágrafo único. A autenticação não se fará sem que esteja inscrito o empresário, ou a sociedade empresária, que poderá fazer autenticar livros não obrigatórios.”.

⁷⁹ Sobre a importância dos livros mercantis, relevante destacar o seguinte trecho de uma obra sobre administração de empresas: “A experiência sugere que a falta de aptidão em sistemas contábeis é um fator básico de insucesso entre pequenas empresas. Muitas empresas pequenas que se defrontam com problemas financeiros possuem registros contábeis inadequados. Os administradores e proprietários dessas empresas parecem pensar que têm menos necessidade de informações financeiras pelo fato de estarem envolvidos em todas as fases das operações do dia-a-dia. Esse tipo de convicção não só é incorreto, como é também perigosamente enganoso. Com poucas exceções, os proprietários de empresas pequenas têm necessidade de compreender o sistema contábil utilizado por seus negócios”. LONGENECKER, J. G.; MOORE, C. W.; PETTY, J. W. **Administração de Pequenas Empresas**. São Paulo: Makron Books, 1997, p. 516.

⁸⁰ Nesse aspecto, a analogia de João Eunápio Borges é perfeita: “A escritura está para o comerciante como a bússola está para os navegantes. Sem ela, não conseguiria êle orientar-se em seus negócios, e o naufrágio da falência seria inevitável”. Curso, op. cit., p. 323.

Ainda que seja assim, ressalta-se que o pequeno empresário⁸¹, consoante o disposto no §2º, do art. 1.179⁸², é dispensado das exigências previstas nesse tópico. A justificativa para essa dispensa parece ser a desburocratização das atividades dos pequenos empresários para que se incentive a formalização a partir da inscrição nas Juntas Comerciais⁸³.

No Direito Comparado, podem ser encontrados, em geral, dois modelos. Na França, assim como no Brasil, o comerciante tem, por força de lei, o dever de escrituração dos livros contábeis⁸⁴. No Canadá e nos Estados Unidos, por sua vez, a obrigatoriedade da escrituração dos livros contábeis para o empresário individual (*sole proprietor*) não está na lei; todavia, para fins fiscais, o pequeno empresário deve manter livros que reportem as suas movimentações financeiras⁸⁵.

⁸¹ Como salienta o Professor Verçosa: “Nos termos do Decreto 64.567/1969, considera-se ‘pequeno empresário’ a pessoa natural inscrita no Registro de Comércio que: I - exercer em um só estabelecimento atividade artesanal ou outra atividade em que predomine o próprio trabalho ou de pessoas da família; e II - auferir receita bruta anual não superior a 100 vezes o maior salário mínimo vigente no País, e cujo capital efetivamente empregado no negócio não ultrapasse 20 vezes o valor acima”. Op. cit., p. 215.

⁸² “Art. 1.179. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico. § 1º Salvo o disposto no art. 1.180, o número e a espécie de livros ficam a critério dos interessados. § 2º É dispensado das exigências deste artigo o pequeno empresário a que se refere o art. 970.”

⁸³ Sobre o Microempreendedor Individual, ver art. 18-A, da Lei Complementar 123: “Art. 18-A. O Microempreendedor Individual - MEI poderá optar pelo recolhimento dos impostos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional em valores fixos mensais, independentemente da receita bruta por ele auferida no mês, na forma prevista neste artigo. § 1º Para os efeitos desta Lei Complementar, considera-se MEI o empresário individual a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo. § 2º No caso de início de atividades, o limite de que trata o § 1º será de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) multiplicados pelo número de meses compreendido entre o início da atividade e o final do respectivo ano-calendário, consideradas as frações de meses como um mês inteiro.” BRASIL. Presidência da República. **Lei Complementar Nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Disponível em: << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>>. Acesso em: 19.10.2015.

⁸⁴ “Le commerçant a des droits et des obligations qui tiennent à sa qualité : électoral et éligibilité aux Chambres et aux tribunaux de commerce, obligation de tenir des livres, de publier son état.”. VOGEL, Louis. **Du droit commercial au droit économique**. In: RIPERT, G.; ROBLOT, R. **Traité de droit des affaires**. Tome 1, Volume 1. Paris: LGDJ, p. 111.

⁸⁵ Informação disponível no site do IRS (a Receita Federal norte-americana): <<<http://www.irs.gov/Businesses/Small-Businesses-&-Self-Employed/Sole-Proprietorships>>>. Sobre o *sole proprietor*, v. a definição do mesmo site: “A sole proprietor is someone who owns an unincorporated business by himself or herself. However, if you are the sole member of a domestic limited liability company (LLC), you are not a sole proprietor if you elect to treat the LLC as a corporation.”. Acesso em 25 out. 2015.

Na mesma linha dos deveres de escrituração contábil, a escrituração uniforme dos livros mercantis é um dever que os empresários precisam seguir para manter a regularidade das suas atividades. Os dispositivos do Código Civil do qual se interpretam essa regra estão nos arts. 1.181 e 1.194⁸⁶, que, em linhas gerais, determinam que o empresário “registre na Junta Comercial todos os documentos cujo registro for expressamente exigido por lei, dentro de 30 dias contados de sua assinatura, a cuja data retroagirão os efeitos do arquivamento”⁸⁷ e conserve “em boa guarda toda a escrituração, correspondência e mais papeis concernentes à sua atividade, enquanto não ocorrer prescrição ou decadência no tocante aos atos neles consignados”⁸⁸.

Ao tornar obrigatória a utilização de livros contábeis e mercantis, o Código Civil deixa clara a sua preocupação com a organização da atividade empresarial tanto no plano interno, quanto no plano externo à empresa. Isso porque, a partir do momento em que o empresário tem o dever de manter a sua escrituração uniforme, ele terá de acompanhar regularmente a condição econômico-financeira da sua empresa, munindo-se de informações que poderão evitar a sua crise⁸⁹ ou, caso inevitável, de cumprir com a obrigação de pedir autofalência⁹⁰.

Nesse sentido há, inclusive, decisões nos Tribunais brasileiros aludindo à possibilidade de se redirecionar execuções fiscais contra os sócios da sociedade falida em

⁸⁶“Art. 1.194. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a conservar em boa guarda toda a escrituração, correspondência e mais papéis concernentes à sua atividade, enquanto não ocorrer prescrição ou decadência no tocante aos atos neles consignados.”

⁸⁷ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla P. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 9ª Ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 91.

⁸⁸ Idem, ibidem.

⁸⁹ João Eunápio Borges expressava a importância dos livros mercantis para a atividade empresarial: “Antes de constituir obrigação legal, a necessidade de ter os livros adequados ao seu ramo de negócio e de indústria e de lançar nêles, ordenadamente, os assentamentos a eles correspondentes é simples imposição da natureza de sua atividade”. BORGES, op. cit., p. 320.

⁹⁰ O art. 105, da Lei 11.101/05, é expresso nesse sentido: “Art. 105. O devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência, expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial, acompanhadas dos seguintes documentos: I – demonstrações contábeis referentes aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: a) balanço patrimonial; b) demonstração de resultados acumulados; c) demonstração do resultado desde o último exercício social; d) relatório do fluxo de caixa;”.

virtude da falta de livros obrigatórios e escrituração contábil⁹¹. Portanto, como se percebe da análise dos deveres empresariais oriundos do Código Civil, o legislador implementou uma *nova deontologia* para aqueles que desenvolvem atividade empresarial no Brasil.

Ademais, reforça essa constatação as recentes reformas legislativas que endureceram as regras contábeis para as sociedades de grande porte⁹², como a Lei 11.638, de 2007⁹³, que alterou inúmeros dispositivos das leis do mercado de capitais (Lei 6.385/76) e da sociedades anônimas (Lei 6.404/76) no que tange à escrituração e elaboração de demonstrações financeiras, além de determinar a obrigatoriedade de auditoria independente. Essa nova deontologia do Direito Empresarial está em consonância com o movimento de funcionalização do Direito Privado⁹⁴, pois a partir da introdução de elementos caros a toda

⁹¹ AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. SOCIEDADE DEVEDORA. DISSOLUÇÃO REGULAR. A falência, como meio regular de extinção judicial da sociedade, não constitui causa bastante para autorizar o redirecionamento da execução fiscal. O mero inadimplemento de tributo não enseja a responsabilização dos sócios. Para tal, é necessária a demonstração de prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto. Entendimento pacificado no C. Superior Tribunal de Justiça. REDIRECIONAMENTO CONTRA OS SÓCIOS. INDÍCIOS DE FRAUDE ESCRITURAL POSSIBILIDADE. Na hipótese, todavia, conquanto regular a extinção da sociedade, o síndico da devedora falida flagrou a prática de irregularidades tais como inexistência de livros obrigatórios e falta de apresentação do balanço dentro de sessenta dias após a data do encerramento das atividades, o que autoriza o redirecionamento da execução fiscal, forte no artigo 135, III, do CTN. Precedentes desta Corte e do STJ. RECURSO PROVIDO. Agravo de Instrumento n. 70049879349. 22a Câmara Cível. Relator: Denise Oliveira Cezar. 16/08/2012.

⁹² As empresas consideradas como de grande porte são as sociedades ou conjunto de sociedades sobre controle comum que tiverem, no exercício anterior, ativo total superior a R\$ 240 milhões ou receita bruta anual superior a R\$ 300 milhões.

⁹³ BRASIL. Presidência da República. **Lei Nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111638.htm>>. Acesso em: 22.11.2015.

⁹⁴ Sobre a funcionalização do Direito Privado, no Brasil, ver: MICHELON, Cláudio. A natureza (pública) do Direito Privado. Trad. Gustavo Sanseverino. In: **Estudos de Direito Privado e Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 62-75. BRANCO, Gerson. **Função Social dos Contratos**, op. cit. e SALAMA, Bruno. op. cit. especialmente o capítulo 4, "Publicização, Funcionalização e Imitação". No direito comparado, interessante o texto de TEUBNER, Gunther. After privatization? The many autonomies of private law. In: **Current Legal Problems**, 51, 1998, pp. 393-424.

a sociedade vai-se ampliando o grau de vinculação dos entes privados a deveres de ordem pública⁹⁵.

Assim, a exteriorização da escrituração contábil - e também dos livros mercantis - revelam a necessidade de a sociedade, e também de seus credores e sócios - poderem ter acesso à situação econômico-financeira daquela empresa⁹⁶. Exemplo disso é a própria edição da Lei 11.638/07 que, segundo a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) teve como objetivo “adaptar a legislação às mudanças sociais e econômicas decorrentes da evolução do mercado”⁹⁷.

Percebe-se que, ao determinar regras mais rígidas em relação à publicidade das questões contábeis de uma sociedade de grande porte, o legislador passou uma mensagem de modernização e harmonização da lei societária com os princípios fundamentais e melhores práticas contábeis internacionais, tudo isso tendo em vista a inserção do Brasil no contexto de globalização econômica.

Em outras palavras, a necessidade de atender às melhores práticas contábeis e mercantis não tem apenas como objetivo organizar documentos e escrituras para a regularidade da atividade empresária, mas também, demonstrar para o mercado externo a qualidade econômico-financeira da empresa, a fim de captar recursos ou exportar seus produtos.

⁹⁵ Esse movimento não se restringe ao Brasil. No âmbito internacional, especialmente nos Estados Unidos após o caso ENRON, em que a companhia maquiava seu resultado financeiro através de transações fictícias com empresas de fachada sediadas em paraísos fiscais, causando graves prejuízos a investidores, diversas medidas foram adotadas para evitar fraudes no sistema financeiro. A esse respeito, nos Estados Unidos, foram editadas a *Sarbanes-Oxley Act*, com o objetivo de proteger os investidores a partir da melhoria das informações contábeis e comerciais das companhias abertas. ESTADOS UNIDOS. 107th Congress. **Sarbanes-Oxley Act, de 30 de julho de 2002**. Disponível em: << <https://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>>>. Acesso em: 25.11.2015. Para mais informações sobre o caso Enron, ver: FOX. Loren. **Enron – the rise and fall**. Estados Unidos: John Wiley & Sons, 2003.

⁹⁶ Sobre essa introdução de aspectos públicos no Direito privado, o Professor MICHELON explica com propriedade: “Nesse contexto, o que realmente importa é preencher com respeito o comportamento das pessoas (mesmo aquelas que encaram o direito como uma pedra no caminho para a autossatisfação). A estrutura mental de cada membro não necessariamente se tornará mais política (isto é, consciente da conexão entre as respectivas realizações de cada membro do grupo social), mas sua ação, ao se conformar com o direito, acabará por reproduzir a de alguém cujo comportamento é mais solidário e relacional. Nesse sentido, o Direito privado preenche com uma natureza pública o espaço privado”. Op. cit., p. 74.

⁹⁷ Relatório de uma das maiores consultorias do mundo, a “big four” KPMG, sobre as alterações introduzidas pela Lei 11.638/07. Disponível em: << http://www.kpmg.com.br/publicacoes/Lei_6404_final.pdf>>. Acesso em: 25.11.2015.

A função do cumprimento dos deveres dos empresários existentes no Código Civil, portanto, vai além da capacidade de estruturar a própria economia da empresa como um farol para o empresário, assim como tem a finalidade de inserir as empresas brasileiras no mercado globalizado, pois sem uma política pública de incentivo para a formalização contábil e mercantil dificilmente o empresário brasileiro teria chance no exterior⁹⁸.

Essa nova deontologia do Direito Empresarial introduzida pelo Código Civil no ordenamento jurídico também teve reflexos no Diploma falimentar brasileiro. A Lei 11.101, de 2005, Lei de Recuperação e Falência (LREF), é permeada de deveres direcionados ao empresário.

Assim, por estarem em diferentes artigos e por razão de construção dogmática, optou-se por também dividir esses deveres em categorias. Nesse caso, dividiu-se em três tipos de categorias: (i) deveres de não cometer crime falimentar (arts. 168 e ss., da LREF); (ii) dever de reconhecimento da situação de crise econômico-financeira da empresa, isto é, dever de requerer a autofalência (art. 105, da LREF); e (iii) dever de prestar informações e colaborar com a falência (art. 104, LREF).

Em relação à primeira categoria de deveres, desde o Código Criminal de 1830, a falência fraudulenta⁹⁹ - denominada de “bancarrota” - era considerada crime passível de punição com “prisão por trabalho por um a oito annos”¹⁰⁰.

⁹⁸ Sobre a utilização de regras de direito societário como mecanismos para atingir objetivos públicos, oportuna é a passagem de Bruno Salama: “(...) primeiro o desenvolvimento dos mercados de capitais, logo a organização da contabilidade e a promoção da transparência e finalmente a redução da chamada *economia informal* (e logo, o aumento da tributação). Na terminologia de hoje, a busca por tais objetivos pode, aliás, ser confortavelmente chamada de *política pública*. Op. cit., p. 249.

⁹⁹ CARVALHO DE MENDONÇA, J.X. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Vol. VII, 4. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, p. 09. In: CAMPINHO, op. cit., p. 04.

¹⁰⁰ BRASIL. Presidência da República. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>>. Acesso em 26 out 2015. “Art. 263. A bancarrota, que fôr qualificada de fraudulenta na conformidade das Leis do commercio, será punida com a prisão com trabalho por um a oito annos.”.

Entretanto, o Código Comercial de 1850 não adotou a expressão “bancarrota” como sinônimo de falência fraudulenta, e, por sua vez, a Lei 11.101, de 2005, limitou a seis anos¹⁰¹ a possibilidade de reclusão por prática de crime falimentar, tendo ampliado o prazo para extinção das obrigações do falido para os casos de condenação por crime falimentar¹⁰².

Ao comentar o Direito da época, João Eunápio Borges estabelece a relação entre crime falimentar e a necessidade de cumprir os deveres empresariais, como a escrituração mercantil:

“A lei considera, então, criminoso o comerciante que, tendo recorrido ao crédito e mostrando-se incapaz de solver suas dívidas, revela, pela simples falta de livros escriturados na forma da lei, que não agiu dolosamente contra seus credores, foi, na melhor das hipóteses, negligente e desidioso, assumindo temerariamente os riscos de administrar mal e dar prejuízos, ao desprezar aquele precioso e indispensável instrumento da boa administração que é a contabilidade”¹⁰³.

Em específico, os artigos 168 e 169, da Lei 11.101, de 2005, elencam em rol não taxativo as hipóteses de crime falimentar que o empresário, ao cometer, estará violando dever falimentar com caráter criminal. Percebe-se que esse dispositivo incrimina a realização de atos jurídicos eivados de fraude, com o objetivo de tutelar os interesses do credor¹⁰⁴.

Nesse sentido, o momento de caracterização da fraude é o do ato jurídico realizado pelo devedor em situação de crise econômico-financeira que possa resultar prejuízo aos

¹⁰¹ BRASIL. Presidência da República. **Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111101.htm> Acesso em: 26 out. 2015. “Art. 168. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem. Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.”.

¹⁰² “Art. 158. Extingue as obrigações do falido: III – o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado do encerramento da falência, se o falido não tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei; IV – o decurso do prazo de 10 (dez) anos, contado do encerramento da falência, se o falido tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei.”.

¹⁰³ Op. cit., p. 323.

¹⁰⁴ NOSTRE, Guilherme A. de Moraes. Cap. VII - Seção I - art. 168. In: SATIRO, F.; PITOMBO, A. (orgs.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: RT, 2005, p. 537.

credores, tendo a fraude revertido algum tipo de benefício para o devedor. Ademais, no que tange ao analisado nesse trabalho até o momento, percebe-se que a jurisprudência tende a relacionar o descumprimento de deveres empresariais oriundos do Código Civil.

Exemplo disso é a relação entre a inexistência de escrituração contábil (violação ao art. 1.180), com a constatação de crimes falimentares, como a fraude a credores (art. 168, da Lei 11.101). Nesse aspecto, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim ementado, é ilustrativo¹⁰⁵:

“LEI 11.101/2005. ARTIGO 168. CRIME DE FRAUDE A CREDORES NA FALÊNCIA. EXISTÊNCIA DO FATO E DA AUTORIA. Réus que na administração da sociedade empresária cometeram atos fraudulentos tendentes a causar prejuízo aos credores da massa falida, tais como retirada dos ativos mais valiosos do estabelecimento comercial e omitindo-se em registrar as operações sociais nos livros, descumprindo dever previsto no artigo 1180 do Código Civil. Autoria comprovada mediante palavra do administrador judicial, que em delitos deste tipo ganha especial valoração, o que foi ainda reforçado pela omissão em efetuar registros em livros contábeis, escondendo, assim, seus atos. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE. Fixada com moderação, justificado o distanciamento do mínimo, principalmente, em função das conseqüências. PENAS SUBSTITUTIVAS. Mantida a substituição, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária. PENA DE MULTA. Cumulativa na espécie, portanto de imposição obrigatória, e assim não pode ser dispensada. Também fixada considerando a natureza do crime. APELO DEFENSIVO IMPROVIDO. UNÂNIME.”.

Como referido pelo trecho da decisão acima ementado, o descumprimento do “dever previsto no artigo 1.180 do Código Civil”, isto é, a “omissão em efetuar registros em livros contábeis, escondendo, assim, seus atos”, reforça a constatação de que os administradores da sociedade teriam cometido crimes falimentares. Por fim, pode-se dizer que ideia exposta no dispositivo do art. 168, da Lei de Falências brasileira, é equivalente ao

¹⁰⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime Nº 70062234893, Quarta Câmara Criminal, Relator: BRUXEL, Ivan Leomar. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70062234893&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70049879349&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Julgado em 17/09/2015. Acesso em: 22.11.2015.

princípio existente no direito falimentar norte-americano estudado a partir das noções de *fraudulent conveyance law*¹⁰⁶, noções que serão retomadas ainda neste trabalho em capítulo específico sobre o *Bankruptcy Code*, a Lei de falências norte-americana.

A Lei de Recuperação de Empresa e Falência determina, ainda, a imposição para o empresário de dois deveres a serem cumpridos para o processamento regular do pedido de falência. O primeiro diz respeito à necessidade de o devedor reconhecer a sua situação de crise econômico-financeira¹⁰⁷.

Ressalta-se que o inciso I, do art. 105, da Lei de Falências, acaba por determinar os documentos necessários para o pedido de autofalência. Nesse momento percebe-se ainda mais a relação intrínseca entre os deveres do empresário oriundos do Código Civil com os deveres falimentares, na medida em que, sem o cumprimento dos deveres de escrituração contábil e da boa guarda dos livros mercantis, embora seja viável a instrução do pedido de falência, são grandes as chances da falência restar frustrada¹⁰⁸, pois restará poucas formas de avaliar os ativos da sociedade falida que poderão compor o patrimônio da massa falida.

Sob o ângulo da natureza jurídica do conceito de empresário, a necessidade desses documentos para a instrução do processo de falência como prova da condição de empresário reforça a tese de que o critério adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro para a caracterização do empresário foi o *material*. Nesse sentido, pode-se criticar o retrocesso do

¹⁰⁶ BAIRD, Douglas. **Elements of Bankruptcy**. New York: Foundation Press. 5th Ed. 2010, p. 02: “A debtor may not transfer assets while insolvent unless it receives reasonably equivalent value in return, nor may it engage in other activities whose principal effect is to thwart creditors’ ability to be repaid. This basic principle of fraudulent conveyance law, thus stated, is uncontroversial, but it’s effects are far reaching”. p. 02.

¹⁰⁷ “Art. 105. O devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência, expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial, acompanhadas dos seguintes documentos:”.

¹⁰⁸ “Art. 105: (...): I – demonstrações contábeis referentes aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: a) balanço patrimonial; b) demonstração de resultados acumulados; c) demonstração do resultado desde o último exercício social; d) relatório do fluxo de caixa; II – relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos; III – relação dos bens e direitos que compõem o ativo, com a respectiva estimativa de valor e documentos comprobatórios de propriedade; IV – prova da condição de empresário, contrato social ou estatuto em vigor ou, se não houver, a indicação de todos os sócios, seus endereços e a relação de seus bens pessoais; V – os livros obrigatórios e documentos contábeis que lhe forem exigidos por lei; VI – relação de seus administradores nos últimos 5 (cinco) anos, com os respectivos endereços, suas funções e participação societária.”.

Projeto de Código Comercial¹⁰⁹ que, no seu art. 9º, tenta reviver o ultrapassado conceito formal de empresário ao prescrever que apenas aquele que tiver o registro será empresário¹¹⁰.

Ora, como vimos no início desse trabalho, o conceito de empresário está vinculado ao desenvolvimento das atividades empresariais, a partir da organização dos fatores de produção, e não com a inscrição do registro na Junta Comercial que, como se percebe a partir da pesquisa até o momento apresentada, é requisito apenas de regularidade para o empresário. As consequências são totalmente distintas, daí a necessidade de atentar para o grave retrocesso do Projeto de Código Comercial.

Uma das consequências disso, por exemplo, é que os deveres empresariais se aplicam àqueles que são empresários a partir da sua caracterização pelo critério material. Logo, independentemente da vontade de ser ou não ser empresário, os deveres se aplicam a todos que desenvolvam atividade econômica de forma organizada, nos termos do art. 966, do Código Civil.

A proposição do Projeto, ao privilegiar a forma sobre a substância, acaba por desestimular o cumprimento dos deveres, pois o empresário que não estiver inscrito no “Registro Público de Empresa” não sofrerá os efeitos dos deveres, incentivando, de forma perversa, que os empresários não cumpram sequer com o seu dever de registro, em consequência, os levará a empreender de forma irregular, problema corrente no Brasil.

No que tange ao dever de reconhecer a situação de crise e, conseqüentemente, realizar o pedido de falência, a questão mais interessante para esse trabalho diz respeito ao inciso IV, do art. 105. Isso porque, a lei deixa aberta a possibilidade de o empresário “irregular” requerer a autofalência, quando dispõe sobre a exigência de que se apresente “(...) o contrato social ou estatuto em vigor ou, *se não houver*, a indicação de todos os sócios (...)”¹¹¹.

¹⁰⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 1572, de 2011**. CANDIDO, Vicente. Institui o Código Comercial. PL 1572/2011. Disponível em: << <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>>>. Acesso em: 29 out. 2015.

¹¹⁰ PL 1572, op. cit.: “Art. 9º. Empresário é quem, sendo pessoa física ou sociedade, está inscrito como tal no Registro Público de Empresa”.

¹¹¹ “Art. 105. O devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência, expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial, acompanhadas dos seguintes documentos:”.

O ponto a ser refletido diz justamente com uma das perguntas de pesquisa que norteou o seu desenvolvimento: tendo em vista que a falência é um dever do empresário, pode aquele que não cumpriu com os seus deveres empresariais oriundos do Código Civil, como a inscrição na Junta Comercial, valer-se da proteção do Direito empresarial e requerer a falência?

A resposta vai no mesmo sentido do que se decidia a esse respeito à época do Decreto-Lei 7.661, de 1945, em que “o comerciante irregular” poderia confessar a própria falência, desde que, juntasse “prova de sua qualidade, talões ou recibos de impostos pagos para o exercício da profissão”¹¹². Nesse sentido, Vera Helena de Mello Franco corrobora o entendimento de que é possível o empresário irregular requerer a falência:

“Entenda-se, portanto, a autorização, para a confissão da autofalência, como extensiva, inclusive aos empresários irregulares, tal como era a orientação no direito anterior. Igualmente, o aqui estabelecido destina-se, também, à sociedade em conta de participação, cuja existência pode provar-se por todos os meios de direito, como faculta a norma do art. 992, do CC.”¹¹³.

Ocorre que, evidentemente, a falência para o empresário irregular não será a mesma do que para aquele que tiver cumprido com os seus deveres. Por essa razão, na segunda parte desse trabalho, analisaremos justamente as consequências desse pedido de falência “irregular”, já traçando possibilidades de incentivar os empresários a cumprirem com os seus deveres, ainda que para isso se tenha que *desestimulá-los* a descumprirem esses deveres mediante certas sanções.

Dessa forma, chega-se à conclusão de que a falência não é um *dever* do empresário apenas para com os credores, mas sim também perante o mercado e, conseqüentemente, perante a sociedade como um todo. Estender a possibilidade de requerer a autofalência para os empresários irregulares é, portanto, proteger a sociedade.

Por fim, a Lei de Falências ainda estabelece diversos deveres que, analisados em conjunto, referem-se à necessidade de o devedor *prestar informações e colaborar com o*

¹¹² VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**, vol. 1, p. 148.

¹¹³ FRANCO, Vera H. de M. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência...**, op. cit., p. 420.

processo de falência. J.X. Carvalho de Mendonça, ao comentar o Direito antigo, expressava a mesma preocupação em relação à necessidade de o falido colaborar com a falência:

“Em vista da falência, não há segredo comercial que mereça tutela. O falido tem por dever entregar aos síndicos sem demora os livros obrigatórios e auxiliares ou facultativos, sob pena de prisão”¹¹⁴.

No mesmo sentido exarado por Carvalho de Mendonça¹¹⁵, a Lei 11.101, de 2005, estabeleceu deveres ao falido *durante* o processo falimentar¹¹⁶, como os deveres de prestar as informações requisitadas pelo administrador judicial. Dos dispositivos supramencionados, percebe-se a preocupação da Lei de Falências brasileira para que o falido

¹¹⁴ Op. cit., vol. II, p. 223.

¹¹⁵ José Reinaldo de Lima Lopes, em artigo sobre a **Formação do Direito Comercial Brasileiro: a criação dos tribunais de comércio do império**, ressalta que, já no “Alvará de 29.07.1809, com força de Lei, obrigavam-se aos falidos a apresentarem o livro diário”. Cadernos Direito GV, vol. 4., n. 6, Novembro de 2007, p. 54.

¹¹⁶ “Art. 104. A decretação da falência impõe ao falido os seguintes deveres: I – assinar nos autos, desde que intimado da decisão, termo de comparecimento, com a indicação do nome, nacionalidade, estado civil, endereço completo do domicílio, devendo ainda declarar, para constar do dito termo: a) as causas determinantes da sua falência, quando requerida pelos credores; b) tratando-se de sociedade, os nomes e endereços de todos os sócios, acionistas controladores, diretores ou administradores, apresentando o contrato ou estatuto social e a prova do respectivo registro, bem como suas alterações; c) o nome do contador encarregado da escrituração dos livros obrigatórios; d) os mandatos que porventura tenha outorgado, indicando seu objeto, nome e endereço do mandatário; e) seus bens imóveis e os móveis que não se encontram no estabelecimento; f) se faz parte de outras sociedades, exibindo respectivo contrato; g) suas contas bancárias, aplicações, títulos em cobrança e processos em andamento em que for autor ou réu; II – depositar em cartório, no ato de assinatura do termo de comparecimento, os seus livros obrigatórios, a fim de serem entregues ao administrador judicial, depois de encerrados por termos assinados pelo juiz; III – não se ausentar do lugar onde se processa a falência sem motivo justo e comunicação expressa ao juiz, e sem deixar procurador bastante, sob as penas cominadas na lei; IV – comparecer a todos os atos da falência, podendo ser representado por procurador, quando não for indispensável sua presença; V – entregar, sem demora, todos os bens, livros, papéis e documentos ao administrador judicial, indicando-lhe, para serem arrecadados, os bens que porventura tenha em poder de terceiros; VI – prestar as informações reclamadas pelo juiz, administrador judicial, credor ou Ministério Público sobre circunstâncias e fatos que interessem à falência; VII – auxiliar o administrador judicial com zelo e presteza; VIII – examinar as habilitações de crédito apresentadas; IX – assistir ao levantamento, à verificação do balanço e ao exame dos livros; X – manifestar-se sempre que for determinado pelo juiz; XI – apresentar, no prazo fixado pelo juiz, a relação de seus credores; XII – examinar e dar parecer sobre as contas do administrador judicial. Parágrafo único. Faltando ao cumprimento de quaisquer dos deveres que esta Lei lhe impõe, após intimado pelo juiz a fazê-lo, responderá o falido por crime de desobediência.” BRASIL. Presidência da República. **Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111101.htm> Acesso em: 25 out. 2015.

coopere com o melhor andamento do processo de falência, a fim de que a venda dos ativos do falido seja a mais eficiente possível¹¹⁷ e, assim, os credores sejam beneficiados¹¹⁸.

Da mesma forma, isso deveria também ser interesse do próprio falido, a fim de que possa ver encerrada a falência, dando início aos prazos do art. 158, que estabelece a extinção das obrigações do falido¹¹⁹. Todavia, como veremos adiante, o prazo do art. 158 (05 anos após o término dos longos processos de falência) acaba mais por *afastar* completamente o devedor do processo de falência.

Examinados os deveres, no próximo capítulo, serão analisadas, a partir da jurisprudência e da doutrina, as *consequências* do descumprimento desses deveres pelos empresários. Retomando o que foi lançado na Introdução desse trabalho, as regras de proteção das normas do Direito Empresarial não acompanham aqueles empresários que não cumprirem com os seus deveres, visto que são requisitos essenciais da atividade empresarial e para o exercício da atividade empresarial.

Resta saber agora, finalmente, quais são as consequências e os efeitos do descumprimento dos deveres na ocasião de crise econômico-financeira insuperável do empresário, momento no qual poder-se-á verificar se, por exemplo, a limitação da responsabilidade patrimonial resiste à aplicação dos institutos falimentares nos casos de descumprimento dos deveres empresariais. Ademais, essa segunda parte busca também

¹¹⁷ “A função da legislação falimentar é a de prover o sistema econômico com um conjunto de regras de coordenação, alinhando incentivos de forma a maximizar o resultado global”. LISBOA, Marcos de Barros; DAMASO, Otávio Ribeiro; SANTOS, Bruno Carazza dos; COSTA, Ana Carla Abrão. A racionalidade econômica da nova lei de falências e de recuperação de empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Org.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: 2005, p. 31.

¹¹⁸ “São deveres do falido, assim que for intimado da decisão de quebra, comparecer em juízo e declinar seus dados pessoais, deixando transparecer o espírito de colaboração, fornecendo o atual endereço, e informar quais foram as causas que conduziram a empresa à insolvência, na hipótese de ser o requerimento feito pelos credores. A fala do falido tem o condão de explicar os motivos e esclarecer as razões da bancarrota da empresa, ilustrando as consequências, tonificando subsídio que será sopesado ao longo do procedimento.”. ABRÃO, Carlos Henrique. Comentários ao art. 104, da Lei 11.101, de 2005. In: TOLEDO, Paulo F.C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Orgs.) **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva. 2ª ed., 2007, p. 310.

¹¹⁹ “Art. 158. Extingue as obrigações do falido: I – o pagamento de todos os créditos; II – o pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários, sendo facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir essa porcentagem se para tanto não bastou a integral liquidação do ativo; III – o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado do encerramento da falência, se o falido não tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei; IV – o decurso do prazo de 10 (dez) anos, contado do encerramento da falência, se o falido tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei.”.

encontrar incentivos para que os empresários cumpram com os seus deveres, pois entende-se que, para induzir comportamentos positivos, não basta o desestímulo por meio de sanções, mas também o incentivo através de benefícios.

II. EFEITOS DO DESCUMPRIMENTO E DO CUMPRIMENTO DOS DEVERES EMPRESARIAIS: DESESTÍMULOS E INCENTIVOS A PARTIR DA LEGISLAÇÃO

Realizada a análise dos deveres empresariais oriundos do Código Civil e da Lei de Recuperação de Empresas e Falências cabe verificar quais são os *efeitos* do descumprimento desses deveres na situação de crise econômico-financeira do empresário. Em outras palavras, quais as consequências que o ordenamento jurídico impõe para aqueles empresários que, tendo mais dívidas do que condição de pagar, ainda tenham deixado de cumprir algum dos deveres empresariais que lhes cabem observar.

Para esse fim, a análise será feita em etapas. Primeiro abordar-se-ão dois institutos que, apesar de a jurisprudência confundi-los e aplicá-los de forma equivalente, são diferentes na sua natureza e, portanto, merecem um estudo mais apurado na hipótese de crise econômico-financeira do empresário: a extensão da falência e a desconsideração da personalidade jurídica. Além da separação dogmática desses dois institutos, estabelecer-se-ão as consequências do descumprimento dos deveres para cada caso, verificando se o descumprimento é caso de extensão da falência ou da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Em seguida, partindo do estudo dos dois institutos e das suas aplicações na falência, verificar-se-á se o descumprimento dos deveres acarreta a perda da limitação da responsabilidade que o Direito Empresarial concede às sociedades limitadas e à EIRELI. Nesse caso, duas são as hipóteses a serem testadas: (i) o descumprimento dos deveres não acarreta à perda da limitação da responsabilidade, mantendo-se a sociedade, seus sócios e seus administradores sob a égide da proteção das regras do Direito Empresarial; ou (ii) ao descumprir com os seus deveres, os sócios perdem a proteção do Direito Empresarial quanto à limitação da responsabilidade, visto que não é só a escolha do tipo societário escolhido que atrai as regras de proteção do tipo, mas também o cumprimento de normas de ordem pública, como são os deveres antes apresentados.

A) DESESTÍMULOS AO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES EMPRESARIAIS

Antes de tratar sobre as consequências para os empresários decorrentes do descumprimento dos deveres a eles impostos pelo Código Civil e pela Lei de Falências, cumpre tecer breves palavras sobre dois institutos: a extensão da falência e a desconsideração da personalidade jurídica na falência.

A extensão da falência, ou a extensão dos *efeitos* da falência, diz respeito à aplicação a outras pessoas, que não o falido, ou a outros bens, que não os do falido, das consequências falimentares que naturalmente ocorrem para o devedor. Em outras palavras, enquanto os efeitos da falência recaem sobre o devedor (seja ele empresário individual, EIRELI ou sociedade empresária), a extensão desses efeitos pode recair sobre outras pessoas relacionadas ao devedor, como sócios ilimitadamente responsáveis¹²⁰ e, no caso do art. 179, da LREF¹²¹, que prescreve a possibilidade de estender aos sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros a condição de falido para todos os efeitos penais decorrentes da Lei de Falências, na medida de sua culpabilidade¹²².

Para entender o atual estágio de aplicação do art. 81, da LREF, que resultou na formação de uma jurisprudência não preservacionista¹²³, deve-se traçar um breve panorama

¹²⁰ BRASIL. Presidência da República. **Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 25 out. 2015: “Art. 81. A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem. § 1º O disposto no caput deste artigo aplica-se ao sócio que tenha se retirado voluntariamente ou que tenha sido excluído da sociedade, há menos de 2 (dois) anos, quanto às dívidas existentes na data do arquivamento da alteração do contrato, no caso de não terem sido solvidas até a data da decretação da falência. § 2º As sociedades falidas serão representadas na falência por seus administradores ou liquidantes, os quais terão os mesmos direitos e, sob as mesmas penas, ficarão sujeitos às obrigações que cabem ao falido.”.

¹²¹ “Art. 179. Na falência, na recuperação judicial e na recuperação extrajudicial de sociedades, os seus sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, equiparam-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais decorrentes desta Lei, na medida de sua culpabilidade.”.

¹²² SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. Efeitos da sentença falimentar quanto ao falido na Lei 11.101, de 2005. In: **Revista de Direito Mercantil**, 163, dez. 2012, p. 72.

¹²³ O termo foi cunhado pela Profa. Sheila Cerezetti, em palestra na Faculdade de Direito da UFRGS, em 10/06/2015. A ideia vai no sentido de ser a lei preservacionista quando cumpre pela *preservação da empresa*, princípio que está no art. 47, da LREF.

histórico do instituto da extensão da falência, especialmente devido à alteração promovida pela Lei 11.101, de 2005, em relação ao Decreto-Lei 7.661/1945.

Isso porque, no regime do Decreto-lei 7.661, era expressamente vedada a extensão da falência para os sócios solidária e, inclusive, ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais¹²⁴. Em suma, não havia previsão legal de extensão da falência.

Sobre o assunto, extremamente polêmico à época¹²⁵, Trajano de Miranda Valverde manifestava-se positivamente, na sua Exposição de Motivos do Decreto-Lei, quanto ao teor do art. 5º, que trazia tal vedação.

No período de transição para a lei vigente, a previsão de extensão da falência para os sócios ilimitadamente responsáveis foi criticada por diversos doutrinadores. Segundo Gilberto Deon Corrêa Junior, por exemplo, o Anteprojeto para a Lei de Falências de 2005 previa, no art. 78, a possibilidade de extensão da quebra em três hipóteses¹²⁶:

- a) ao controlador que orientou ou conduziu a atividade econômica da pessoa jurídica falida, no interesse próprio ou de grupo de que faz parte; b)
- ao controlador da pessoa coletiva falida que, contrariamente ao interesse desta, submeteu-se à direção unificada, no interesse próprio ou do grupo;
- c) ao controlador cujo patrimônio se confunde com o da pessoa jurídica

¹²⁴ BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945**. Lei de Falências (revogada). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm> Acesso em: 30 out. 2015.: “Art. 5º Os sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais não são atingidos pela falência da sociedade, mas ficam sujeitos aos demais efeitos jurídicos que a sentença declaratória produza em relação à sociedade falida. Aos mesmos sócios, na falta de disposição especial desta lei, são extensivos todos os direitos e, sob as mesmas penas, tôdas as obrigações que cabem ao devedor ou falido.”.

¹²⁵ “A reação dos juristas perante a não extensão da falência da sociedade aos sócios solidários situou o problema entre duas orientações extremas. Alguns entendem que, provocando a falência uma completa fusão dos patrimônios da sociedade e dos sócios frente ao passivo social, não se justifica a isenção dos sócios daquele estado. Outros, inspirados no conceito de empresa que a moderna doutrina vem cristalizando, julgam possível uma integral separação entre a empresa e o seu titular, sugerindo que o sujeito passivo da falência seja aquela e não este. Em tal concepção não só o sócio ficaria isento de falência, como, ainda, o comerciante individual não seria declarado falido. Entre os que propugnam pelo sistema tradicional e os que pretendem antecipar, na lei, o advento do conceito ainda em formação na doutrina, o projeto se manteve na justa medida do sistema da personalidade jurídica consagrada na lei civil. Dentro desse conceito, a solidariedade dos sócios toma sentido tão acentuadamente patrimonial que não justifica lhes seja estendido o estado de falência da sociedade”. Exposição de motivos do Dec.-lei 7.661/1945. *Apud* VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**, v. 03, p. 296.

¹²⁶ A extensão da quebra. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 62, Ano XXI, nov.1994, p. 48.

falida, tornando incindível a reunião dos seus ativos e passivos ou da maior parte deles¹²⁷.

Apesar dessas hipóteses não terem sido adotadas na atual legislação¹²⁸, tendo em vista a proposta de supressão do art. 78 de autoria do Deputado Amaral Netto, o art. 81 permaneceu com a possibilidade de extensão da falência para os sócios de responsabilidade ilimitada.

A partir do mandamento legal, diversos julgados passaram a determinar a extensão dos efeitos da falência a pessoas que não o falido, especialmente nos casos em que reste caracterizado confusão patrimonial incindível, de modo que não seja possível distinguir

¹²⁷ Projeto de Lei 4.376/1993. “Art. 78. A falência pode ser estendida: I – ao controlador que orientou ou conduziu a atividade econômica da pessoa coletiva falida, no interesse próprio ou do grupo que faz parte; II – ao controlador da pessoa coletiva falida que, contrariamente ao interesse desta, a manteve sob direção unificada, no interesse próprio ou do grupo de que faz parte; III - ao titular do controle cujo patrimônio confundiu-se com o da pessoa coletiva controlada e falida, tornando incindível a reunião dos seus ativos e passivos ou da maior parte deles.”.

¹²⁸ A Emenda nº 11/1994, do Deputado Amaral Netto, propunha a supressão do art. 78 do Anteprojeto, sob as seguintes justificativas: “Artigo 78 – Suprima-se este dispositivo. JUSTIFICATIVA. 1. As regras de responsabilidade dos administradores são fixadas na legislação pertinente à espécie de sociedade. 2. Salvo as exceções previstas naquelas legislações, prevalece o princípio geral de direito, de que a pessoa física não se confunda com a pessoa jurídica na qual tenha participação. 3. As hipóteses tratadas nos dispositivos em epígrafe são tão genéricas que tornariam a desconsideração da pessoa jurídica como regra, desestimulando novos empreendimentos, em prejuízo do emprego e da produção nacionais. Pela supressão. 28/01/1994.”.

quem é o responsável pelo patrimônio da massa falida¹²⁹. Como se percebe da leitura das decisões, a extensão dos efeitos da falência ocorre, na grande maioria dos casos, devido à impossibilidade de distinguir a subjetividade de cada empresa.

Em certa medida, como se verá adiante com mais detalhes, a extensão dos efeitos da falência, nesses casos, está vinculada ao descumprimento dos deveres empresariais. Isso porque, como vimos, é dever do empresário manter a regularidade contábil e a escrituração mercantil atualizada de forma que seja possível distinguir a subjetividade de cada empresa.

Do contrário, estar-se-ia valendo-se de uma limitação da responsabilidade indevida, visto que não se é admitido no Direito brasileiro que o controlador de grupo de sociedades de fato ou de direito cometa abusos, prejudicando assim credores e, em última análise, a própria sociedade, uma vez que isso acaba por violar a segurança jurídica necessária para o desenvolvimento do mercado.

Esse mesmo posicionamento demonstrado pelo TJ/RS tem sido adotado, também, nos tribunais superiores, como se percebe do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO CIVIL. FALÊNCIA. EXTENSÃO DE EFEITOS. POSSIBILIDADE. PESSOAS FÍSICAS. ADMINISTRADORES NÃO-SÓCIOS. GRUPO ECONÔMICO. DEMONSTRAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CITAÇÃO PRÉVIA. DESNECESSIDADE. AÇÃO REVOCATÓRIA. DESNECESSIDADE. 1. Em situação na qual dois grupos econômicos, unidos em torno de um propósito comum, promovem uma cadeia de negócios formalmente lícitos, mas com **intuito substancial de desviar patrimônio de empresa em situação pré-falimentar**, é necessário que o Poder Judiciário também inove sua atuação, no intuito de encontrar meios eficazes de reverter as manobras lesivas, punindo e responsabilizando os envolvidos. 2. **É possível ao juízo antecipar a decisão de estender os efeitos de sociedade falida a empresas coligadas na hipótese em que, verificando claro conluio para prejudicar credores, há transferência de bens para desvio patrimonial.** Inexiste nulidade no exercício diferido do direito de defesa nessas hipóteses. 3. A extensão da falência a sociedades coligadas pode ser feita independentemente da instauração de processo autônomo. A verificação da existência de coligação entre sociedades pode ser feita com base em elementos fáticos que demonstrem a efetiva influência de um grupo societário nas decisões do outro, independentemente de se constatar a existência de participação no capital social. (...). 5. Recurso especial conhecido, mas não provido”. (REsp

¹²⁹ No TJ/RS, por exemplo, recentemente o Des. Jorge Luiz Lopes do Canto proferiu decisão nesse sentido em acórdão assim ementado: “APELAÇÃO CÍVEL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA. RECONHECIMENTO DE MESMO GRUPO ECONÔMICO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E EXTENSÃO DOS FEITOS DA FALÊNCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA. Do cerceamento de defesa 1. Afastada a preliminar de cerceamento de defesa por irregularidade no ato de citação, na medida em que a correspondência encaminhada para o endereço da empresa ré e cujo aviso foi firmado por pessoa identificada, sem qualquer ressalva, conforme defluiu da fl.161 dos autos, serve como prova do recebimento da carta de citação por aquela, aplicando-se ao caso em tela à teoria da aparência. Note-se que a referida teoria está lastreada no princípio da boa fé que norteia o procedimento dos partícipes de qualquer relação jurídica, visto que se presume a veracidade de situação que aparenta regularidade, convalidando os atos praticados sob este manto de confiança. Mérito do recurso em exame 2. Denota-se dos autos que a Massa Falida autora ajuizou a presente ação objetivando o reconhecimento de grupo econômico, cumulada com desconsideração da personalidade jurídica e extensão dos efeitos da falência aos bens particulares dos administradores ou sócios da empresa demandada e conseqüente condenação dos mesmos ao pagamento das dívidas da Massa. 3. Preambularmente, há que se ressaltar que nos autos do processo nº 001/1.13.0004549-4 houve o reconhecimento de Miguel Moisés Didio como sócio oculto de Comercial de Móveis Ipiranga Ltda. e da requerida Alta Negócios Participações Ltda., bem como o reconhecimento desta última como integrante do mesmo grupo econômico da empresa Comercial de Móveis Ipiranga Ltda., estendendo-se os efeitos da falência desta para a Alta (fls.175/280). 4. Frise-se que quando é utilizada a pessoa jurídica para prática de ato ou negócio jurídico, o qual caracteriza, em tese, conduta ilícita de seu sócio ou administrador para obtenção de ganho indevido, com o conseqüente prejuízo daquele que contratou com a empresa ou de terceiro, é que se pode aplicar a teoria da desconsideração, desde que não possa haver imputação direta de responsabilidade àquele que atua na condição de sócio controlador ou de representante da sociedade empresária. 5. **Note-se que restou comprovado nos autos o protagonismo de Miguel Moisés Didio na condução da empresa falida Sol, a qual integrava o mesmo grupo econômico da Ipiranga e da Alta, sendo que a identidade de objeto e pessoa na administração do negócio induz à conclusão de que efetivamente as empresas compõem o mesmo grupo econômico, sendo perfeitamente possível a sua responsabilização pessoal pelos débitos da massa falida, com a extensão dos efeitos da falência de Comercial de Móveis Ipiranga à empresa Alta Negócios e Participações Ltda.** 6. No que tange ao pedido formulado pela parte apelante, de concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, não merece guarida a pretensão da parte recorrente, pois não obstante a s processo, não pode tal deferimento retroagir a fim de eximir a parte vencida do pagamento dos ônus sucumbenciais. 7. Ademais, não há elementos de convicção que impliquem a conclusão no sentido de que não possui condições financeiras de suportar as despesas processuais e os honorários advocatícios. Rejeitada a preliminar e, no mérito, negado provimento ao apelo. (Apelação Cível Nº 70065306458, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 29/07/2015”. (grifamos). RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Acórdão na Apelação Cível N. 70065306458. Relator: CANTO, Jorge Luiz Lopes do. Publicado no DJ em 29/07/2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70065306458&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70062234893&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em 13.11.2015.

Há, ainda, outros julgados no mesmo sentido:

Agravo de Instrumento Nº 70060890514, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida;

Agravo de Instrumento Nº 70053608105, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70053608105&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70065306458&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 13.11.2015.

1266666/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 25/08/2011.¹³⁰ (grifamos).

O entendimento da Min. Nancy Andrigli, no sentido de estender os efeitos da falência de uma sociedade a empresas coligadas, tendo em vista o substancial intuito de desviar patrimônio da empresa em situação pré-falimentar, é corroborado por parte da doutrina¹³¹. Por outro lado, há quem entenda que a extensão dos efeitos da falência, possibilidade inexistente no Decreto-lei n. 7.661, de 1945, foi um retrocesso¹³².

De qualquer forma, feito esse breve apanhado histórico e retornando ao instituto, SPINELLI, TELLECHEA e SCALZILLI apontam ainda que “com a decretação da falência, o falido é afastado do controle das suas atividades, restando inabilitado para o exercício da atividade empresária e desapossado da propriedade de seus bens.”¹³³. Convém ressaltar, contudo, que a doutrina se divide quanto à extensão desses efeitos mencionados a pessoas que não sejam responsabilizadas diretamente pela lei.

Em suma, estender a falência (ou seus efeitos) significa trazer as consequências da decretação da falência para sócios e administradores, incluindo, por exemplo, a cessação de atividade, a inabilitação provisória, a restrição de locomoção, a quebra do sigilo de

¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial n. 1266666/SP. Relatora: ANDRIGHI, Nancy. Publicado no DJe 25/08/2011. Disponível em <<
[¹³¹ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica \(Disregard Doctrine\) e os Grupos de Empresas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**, v.3. São Paulo: Atlas, 3ª ed, 2012. SCALZZILLI, João Pedro. **Confusão Patrimonial no Direito Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(('RESP'.clas.+e+@num='1266666')+ou+(('RESP'+adj+'1266666'.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>>”. Acesso em 19.11.2015.</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹³² Essa é, por exemplo, a opinião do Prof. Jorge Lobo, como se percebe das suas palavras: “Em lamentável retrocesso, a Lei n. 11.101, de 2005, - a LRFE – estabelece, no art. 81, e exclusivamente na hipótese nele especificada, por tratar-se de norma excepcional, que não autoriza nem interpretação analógica nem extensiva, que ‘a falência de sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falências destes’, o que jamais se dá em um grupo de sociedades, sempre constituído apenas e tão somente por sociedades cuja responsabilidade dos sócios é ilimitada”. Extensão da falência e o grupo de sociedades. **Revista de Direito**, v. 79, 2009, p. 34. No mesmo sentido, entendendo como um *retrocesso*, o Professor Carlos Klein Zanini: “Ainda sem adentrar no mérito da modificação ora implementada, uma coisa já é certa: a nova Lei, neste particular, traz consigo um retrocesso”. Op. cit., p. 345. Também criticando o instituto da extensão da falência, Gilberto Deon Corrêa Junior afirma: “É inequívoco que o sistema jurídico deve fornecer soluções, por exemplo, para o caso de falência de uma sociedade, cujo patrimônio se encontra esvaziado, tendo os sócios dispostos dos bens sociais como próprios. Mas seria a extensão da falência da empresa a esses sócios (dentre os quais pode haver outra empresa) a melhor saída? Em grande parte das hipóteses que legitimam a extensão em outros ordenamentos e que tivemos a oportunidade de analisar acima, cremos que a solução poderia ser outra, sem os efeitos danosos de uma nova falência. A extensão da quebra, op. cit., p. 58.

¹³³ Op. cit., p.70.

correspondência, o vencimento antecipado de todas as obrigações, o encerramento de determinados contratos, a perda de disposição dos bens, a arrecadação do patrimônio, entre outras medidas falimentares previstas na Lei 11.101. Tendo em vista a gravidade dessas medidas, é necessário analisar com atenção o instituto da extensão da falência, partindo-se da premissa de que tal mecanismo deve ser utilizado apenas em casos extremos de impossibilidade de se distinguir a personalidade da sociedade e dos seus sócios.

Um ponto importante merece análise antes de seguirmos no estudo dos efeitos do descumprimento dos deveres empresariais. Como visto da jurisprudência majoritária, os julgados costumam aplicar a extensão da falência a partir da desconsideração da personalidade jurídica, tornando assim os sócios ilimitadamente responsáveis e, portanto, passíveis de sofrerem as consequências do art. 81, da LREF.

Entretanto, entendemos que a técnica jurídica utilizada para estender os efeitos da falência, *in casu* valendo-se da desconsideração da personalidade jurídica, é inadequada. Isso porque, além de os institutos serem distintos, as suas hipóteses de incidência são completamente distintas.

Ocorre que a jurisprudência tem se valido dos pressupostos de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica oriundos do art. 50, do Código Civil, a “confusão patrimonial” e o “desvio de finalidade” para atrair a incidência da extensão dos efeitos da falência. Como se verá a seguir, essa posição jurisprudencial confunde a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica como efeito da extensão dos efeitos da falência com o instituto da desconsideração, cujas hipóteses de incidência são distintas. Consequentemente, a má aplicação dos institutos tem banalizado os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica, esvaziando a sua real aplicabilidade como uma importante ferramenta de responsabilização.

A ideia de desconsiderar a personalidade jurídica está atrelada à repressão e ao desincentivo à possibilidade de abusos na utilização de sociedades, as quais, quando usadas de maneira em contrariedade ao seu objeto social, acabam servindo para que sócios fraudem credores, a partir da autonomia patrimonial oferecida pelo tipo jurídico. Nessa linha, a partir dos estudos precursores do Prof. Rubens Requião¹³⁴ acerca da doutrina norte-americana do

¹³⁴ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica “*Disregard Doctrine*”. In: **Enciclopédia Saraiva do Direito**, São Paulo, v. 2, p. 58-77, 1977.

disregard doctrine, bem como a influência da evolução legislativa nesse sentido¹³⁵, o Código Civil positivou, no seu art. 50, do Código Civil:

“Art. 50: Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”¹³⁶.

Como referido, da leitura do dispositivo percebe-se que duas são as possibilidades de desconsideração da personalidade jurídica: abuso da personalidade jurídica pelo (i) desvio de finalidade e (ii) confusão patrimonial. Percebe-se, ademais, que o legislador adotou a corrente subjetivista, pois exige provas do abuso, não apenas o prejuízo a terceiro. Trata-se, portanto, da chamada “teoria maior” da *disregard doctrine*.

Todavia, é necessário ressaltar que não obrigatoriamente esses dois pressupostos estão atrelados à falência¹³⁷, o que reforça a ideia de que os institutos tem hipóteses de incidência diferentes: a extensão ocorre na falência e para sócios com responsabilidade ilimitada; por sua vez, a desconsideração ocorre para sócios de sociedades limitadas, comprovado o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial.

Em outras palavras, a desconsideração da personalidade jurídica diferencia-se da extensão dos efeitos da falência, na medida em que a primeira exige uma *responsabilidade*,

¹³⁵ O Código de Defesa do Consumidor viria a positivar a possibilidade de desconsiderar a PJ no art. 28.: “ 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. § 1º (Vetado). § 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa. § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. BRASIL. Presidência da República. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

¹³⁶ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 10 out. 2015.

¹³⁷ Diferentemente dos casos consumeristas, em que o CDC expressamente prevê a possibilidade de desconsideração simplesmente em decorrência da falência do empresário.

a partir da qual serão medidas a aplicação da desconsideração, enquanto na segunda é necessário haver *dívida* e sócios ilimitadamente responsáveis para a sua incidência.

Daí que, à exceção dos casos em que a confusão patrimonial é incidível a ponto que não se possa estabelecer a diferenciação entre o patrimônio dos sócios e o patrimônio de afetação, a extensão dos efeitos da falência, a teor do art. 81, da Lei 11.101, de 2005, exige a existência de sócios com responsabilidade ilimitada.

É justamente nesse sentido que o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, de lavra do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, decidiu:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E FALIMENTAR. ENCOL S/A. FALÊNCIA REGIDA PELO DECRETO-LEI 7.661/45. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA FALÊNCIA AOS MEMBROS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO. COISA JULGADA. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO PARTICULAR NA MASSA FALIDA ESPECÍFICA DO ACIONISTA. CABIMENTO.1. Controvérsia acerca da interpretação da sentença que, ao decretar a falência, estende os efeitos da quebra aos acionistas membros do conselho de administração. 2. Inocorrência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide, não estando o magistrado obrigado a rebater, um a um, os argumentos deduzidos pelas partes. 3. Ausência de previsão legal, quer na lei antiga, quer na lei atual, de hipótese de extensão dos efeitos da falência a sócio de responsabilidade limitada. 4. Possibilidade de extensão dos efeitos após a desconsideração da personalidade jurídica. Precedentes.5. **Distinção entre "desconsideração da personalidade jurídica" e "extensão dos efeitos da falência"**.6. Necessidade de observância da coisa julgada, no caso concreto, em que a sentença determinou expressamente a extensão dos efeitos da falência aos membros do conselho de administração da falida. 7. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (REsp 1293636/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 08/09/2014)”.¹³⁸. (grifamos).

Como se percebe da leitura da ementa, a decisão procurou ser cuidadosa em diferenciar a aplicação da extensão dos efeitos da falência após a desconsideração da

¹³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no REsp 1293636/GO. Relator: SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Publicado no DJe 08/09/2014. Disponível em: <<

personalidade jurídica, bem como, a demonstrar a necessidade de separar os institutos adequadamente.

E é tendo em vista essa distinção demonstrada que concordamos com as críticas de Jorge Lobo em relação à aplicação indiscriminada da desconsideração da personalidade jurídica na falência¹³⁹, no sentido de que não é a finalidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica servir de pressuposto à extensão dos efeitos da falência¹⁴⁰.

Todavia, ainda resta verificar se, a despeito dos casos de confusão patrimonial incindível, a extensão da falência é possível quando do descumprimento dos deveres empresariais. Esse tema será abordado mais adiante.

Portanto, analisados o instituto da extensão da falência, bem como a sua diferenciação para a teoria da desconsideração da personalidade jurídica na falência, a questão que resta examinar continua sendo a seguinte: quais são os efeitos do descumprimento dos deveres, uma vez que as medidas até agora analisadas tem pressupostos expressos previstos em lei?

Ademais, está inserido nesse questionamento a seguinte hipótese: o descumprimento dos deveres empresariais poderia ensejar a aplicação das regras da sociedade em comum¹⁴¹, tendo em vista que a proteção do Direito Empresarial não alcançaria aqueles que não cumprissem com as regras oriundas do Código Civil e da Lei de Falências.

Como visto, os pressupostos a partir dos quais verifica-se a possibilidade de aplicar os institutos da desconsideração da personalidade jurídica e da responsabilização pessoal

¹³⁹ Outros autores também são incisivos ao rejeitar a banalização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na falência: “Não se admite a desconsideração pela simples razão de não haver conseguido a pessoa jurídica honrar seus compromissos. Essa situação, em regra, é decorrente do simples risco dos negócios e pode atingir o empreendedor honesto. Nada mais certo, então, do que, diante disso, serem a sociedade e a sua personalidade preservadas, seguindo, normalmente, seu caminho e sua razão de ser.” FURNACIARI JÚNIOR, Clito. Desconsideração da personalidade jurídica na falência e recuperação judicial. In: WALD, Arnoldo (Org.) **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**. Capítulo VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 476.

¹⁴⁰ Op. cit., p. 38: “Não leva à liquidação, nem à despersonalização, nem à falência ou à extensão dos efeitos jurídicos da falência porque não é este o escopo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.”. No mesmo sentido, o Prof. Fábio Konder Comparato, idealizador do art. 50, do CC: “A personalidade jurídica nada mais é do que uma técnica de separação patrimonial; logo, se o controlador, que é o maior interessado na manutenção desse princípio, descumpre-o na prática, não se vê bem porque os juízes haveriam de respeitá-lo, transformando-o, destarte, numa regra puramente unilateral”. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 6ª ed. São Paulo: Forense, 2014, com notas de Calixto Salomão Filho, n. 136, p. 388.

¹⁴¹ Arts. 986 a 990, do Código Civil.

dos sócios na falência¹⁴², na maioria das vezes, são impossíveis de se comprovarem justamente porque dependem de cumprimento dos deveres, *e.g.*, documentos contábeis.

Exemplo disso está no caso narrado no início desse trabalho referente à falência da temakeria, uma sociedade limitada.

In casu, não foi possível avaliar o *desvio de finalidade*, tampouco a *confusão patrimonial* ou, mesmo em ação própria de responsabilidade contra os sócios e administradores da sociedade, a responsabilidade dos envolvidos na falência da sociedade, porque não havia qualquer documentação referente às atividades empresariais para se conhecer se houve ato ilícito, dano e nexo de causalidade, requisitos básicos da ação de responsabilidade.

Não existiam, a despeito do que determina o Código Civil, a escrituração uniforme de livros mercantis, a adoção de livros obrigatórios, o levantamento anual do balanço patrimonial e do resultado econômico, a boa guarda da escrituração, da correspondência e dos demais papéis concernentes a sua atividade. No processo ainda havia, além de declaração expressa da contadora de que os sócios não lhe repassavam quaisquer dados para que a contabilidade fosse feita, declarações dos próprios sócios afirmando que nunca realizaram qualquer escritura fiscal ou contábil.

Ora, como visto nesse trabalho, esses são alguns dos deveres que o Código Civil impõe para que a atividade empresarial seja considerada regular, tendo em vista o interesse público que a sociedade tem de que as empresas não sejam utilizadas com propósitos escusos. Consequentemente, aqueles que não cumpriram com os seus deveres não poderiam ser beneficiados porque não tem qualquer documentação que possam ser verificadas para fins de imputação de responsabilidade.

Em outras palavras, não é apenas porque os sócios utilizaram o tipo societário *limitado* que as suas responsabilidades serão limitadas sem ter que cumprir outros requisitos legais. Nesse sentido, mesmo o *Decreto das Limitadas*, como ficou conhecido o Decreto 3.708, de 1919, que instituiu a possibilidade de constituição da sociedade por quotas de

¹⁴² “Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.”

responsabilidade limitada, previa, no seu art. 10º, que a responsabilidade dos sócios seria *ilimitada* em caso de excesso de mandato ou de *atos praticados em contrariedade ao contrato ou à lei*¹⁴³.

Em verdade, se traçarmos o percurso de aprovação do tipo jurídico da sociedade de responsabilidade limitada no ordenamento brasileiro, perceberemos que os argumentos favoráveis à posituação desse tipo societário estavam baseados na preocupação com a utilização, por parte de comerciantes, de figuras jurídicas ilícitas ou que pudessem ser utilizadas à margem do Direito.

Isso fica claro, por exemplo, das palavras de Sylvio Marcondes Machado, quando o autor defende a extensão da limitação da responsabilidade também para o comerciante individual, sob o argumento de que os comerciantes estariam “ludibriando a lei” para se valerem da responsabilidade limitada¹⁴⁴.

No mesmo sentido, percebe-se das lições de Bruno Salama que a responsabilidade limitada era uma *tecnologia institucional* essencial ao desenvolvimento da atividade empresarial. Isso porque, segundo o autor, a criação da sociedade de responsabilidade limitada no Brasil foi influenciada pela ideia de que a limitação das responsabilidades do sócio era verdadeira *necessidade da prática comercial*¹⁴⁵, a fim de afastar o descolamento entre a realidade econômica e o Direito por meio de criações artificiais e à margem da lei.

Logo, dessas breves considerações históricas a respeito da limitação da responsabilidade patrimonial a partir da constituição da sociedade limitada, não se pode

¹⁴³ “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.”. BRASIL. Presidência da República. Decreto 3.708, de 10 de janeiro de 1919. Regula a constituição de sociedades por quotas, de responsabilidade limitada. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL3708.htm>>. Acesso em: 23.11.2015.

¹⁴⁴ “É de observação corrente que o princípio da responsabilidade patrimonial ilimitada, especialmente no caso das pessoas físicas, não se coaduna com os caracteres da atividade econômica moderna. A extensão e o complicado entrelaçamento dos negócios, a enorme dificuldade de previsão nas operações comerciais e industriais, os riscos e perigos que as circundam na interdependência, frequentemente mundial, dos fatos econômicos, impõe a limitação dos riscos patrimoniais, e com um impulso irresistível, que se desafoga inevitavelmente no ludíbrio à lei, quando não encontra nesta a fórmula correspondente.”. E complementa: “Êsse impulso, que leva o comerciante individual a buscar a limitação da própria responsabilidade, tem suscitado, no quadro da ciência jurídica, labores de duas ordens. Aos intérpretes do direito constituído preocupa a eficácia dos meios indiretos usados para aquela finalidade. Em direito constituído, cogita-se da elaboração de instituto que propicie a solução direta do problema”. **Limitação da Responsabilidade de Comerciante Individual**. São Paulo: Max Lemonad, 1956, p. 12.

¹⁴⁵ SALAMA, **O fim...**, op. cit., p. 64.

admitir que o descumprimento dos deveres empresariais possa manter a limitação da responsabilidade, especialmente se considerarmos que a sua introdução no Direito brasileiro veio para suprir uma lacuna na disciplinação da atividade empresarial pelo ordenamento jurídico. Todavia, se as regras da sociedade limitada não são aplicáveis àqueles que descumprem com os seus deveres empresariais, ainda resta identificar quais regras substituirão a disciplina da sociedade limitada.

Nesse momento, antes de dar o próximo passo em direção às regras a serem aplicadas, analisaremos outra questão que, inclusive, está vinculada a esse assunto: o *grau* de descumprimento dos deveres. Em relação ao grau de descumprimento nos referimos basicamente a *qual* dever foi violado e *em que medida* esse dever foi violado.

Isso porque, se por um lado concorda-se que o descumprimento dos deveres pelo empresário acarreta a perda da proteção das regras do Direito Empresarial, tendo em vista que os deveres existem justamente pela sua função de proteção dos credores, do mercado e da Sociedade, por outro lado não se pode tratar da mesma forma quem descumpra deveres diferentes de formas distintas. Daí a necessidade de se analisar o *grau* de descumprimento dos deveres que, basicamente, divide-se em *qual* dever foi desrespeitado e *em que medida* esse dever foi violado.

Em primeiro lugar, está a análise dos efeitos do descumprimento do dever de não inscrição dos atos constitutivos na Junta Comercial, ou seja, do dever de regularização da atividade empresarial. Nesse sentido, de acordo com o Código Civil, no seu art. 986¹⁴⁶, enquanto não inscritos os atos constitutivos, a sociedade será regida pelas regras da *sociedade em comum*.

No Direito brasileiro, a sociedade em comum foi primeiramente disciplinada pelo Código Comercial de 1850, no seu art. 304¹⁴⁷. Segundo o dispositivo legal, a proteção dos

¹⁴⁶ “CAPÍTULO I - Da Sociedade em Comum. Art. 986. Enquanto não inscritos os atos constitutivos, rege-se a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples.”.

¹⁴⁷ “Art. 304 - São, porém, admissíveis, sem dependência da apresentação do dito instrumento, as ações que terceiros possam intentar contra a sociedade em comum ou contra qualquer dos sócios em particular. A existência da sociedade, quando por parte dos sócios se não apresenta instrumento, pode provar-se por todos os gêneros de prova admitidos em comércio (artigo nº. 122), e até por presunções fundadas em fatos de que existe ou existiu sociedade.” BRASIL. Presidência da República. **Lei 556, de 25 de junho de 1850**. Código Comercial Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 29 out. 2015.

interesses de terceiros que haviam negociado com a sociedade sem instrumento contratual arquivado se daria com a possibilidade de satisfação das dívidas perante a sociedade em comum¹⁴⁸ ou contra qualquer dos sócios em particular.

O Código Civil vigente acabou por inovar quando tratou sobre a sociedade em comum em relação ao Código Civil de 1916, que denominava tais sociedades pelas expressões sociedade de fato e sociedade irregular. A inovação tinha como *ratio* solucionar os problemas advindos da disciplina das sociedades de fato e irregulares, especialmente, como ressalta Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, na disciplina do patrimônio¹⁴⁹.

Insatisfações doutrinárias a parte, nos interessa para o momento que, na atual disciplina da sociedade em comum oriunda do Código Civil, percebe-se, a partir do art. 990, que todos os sócios respondem de forma solidária e *ilimitada* pelas obrigações sociais¹⁵⁰. Isso quer dizer, portanto, que aqueles que não cumprem com o seu dever de inscrição dos atos constitutivos perante o registro público de empresas mercantis acabam por ter como *ilimitada* a sua responsabilidade patrimonial, *independentemente da forma societária escolhida*.

É evidente, portanto, que a noção funcional dos deveres empresariais, nesse caso o dever de inscrição dos atos constitutivos, são orientadas para atingir fins socialmente desejáveis, como a publicidade dos atos empresariais de forma a exteriorizar a saúde financeira da empresa. É por essa razão que, a partir de uma interpretação teleológica dos dispositivos legais do Código Civil, em relação ao descumprimento desse primeiro dever,

¹⁴⁸ Waldemar Ferreira explica que a expressão *sociedade em comum* foi utilizada pelo Código Comercial porque, uma vez que as sociedades não tivessem observado as exigências legais de constituição, registro e publicidade, era possível identificar apenas as personalidades dos sócios, orientadas a finalidades comuns, e em torno de um mesmo patrimônio, sem que se pudesse identificar o quinhão de cada sócio. FERREIRA, Waldemar. **Sociedades Comerciais Irregulares**. São Paulo: São Paulo Editora, 1927, p. 52. *Apud* FONSECA, José Bráulio Petry. **Sociedade em comum: entre a construção de uma nova disciplina situada nos quadros do direito societário e a paradoxal aplicação do regime da sociedade de fato ou irregular**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio grande do Sul, Porto Alegre, 2014, p. 07.

¹⁴⁹ “Era bastante insatisfatória a disciplina da sociedade de fato ou irregular no direito anterior, o que ficou demonstrado pela grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial, sobretudo na disciplina do patrimônio.” FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A Sociedade em Comum**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 37.

¹⁵⁰ “Art. 990. Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.” BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

entendemos que as regras da sociedade em comum devem ser aplicadas, incluindo aí as suas eventuais consequências, como a possibilidade de extensão dos efeitos da falência, em decorrência da da responsabilidade ilimitada dos sócios.

Quanto ao descumprimento dos demais deveres, como falta de escrituração contábil e de organização adequada dos livros mercantis, a solução que se adota impõe o exame de outro tipo societário: a sociedade simples. Nesse caso, a consequência lógica da implicação das regras da sociedade simples depende da análise do art. 1.080, do Código Civil¹⁵¹, em conjunto com as disposições do tipo societário adotado pelo empresário.

Em primeiro lugar, tem-se novamente que, ao descumprir com seus deveres empresariais impostos pela legislação, ocorre a perda da limitação da responsabilidade patrimonial. Isso porque, o art. 1.080, do CC, estabelece que aqueles que deliberarem de forma contrária à legislação, responderão com todo o seu patrimônio perante as obrigações assumidas.

É por essa razão que, em se tratando da sociedade limitada, os sócios que não cumprirem com os seus deveres de escrituração contábil e atualização dos livros mercantis, sofrerão as consequências do art. 1.080, tendo em vista que esse tipo societário exige a aprovação das contas da administração por deliberação dos sócios¹⁵², assim como a deliberação dos sócios para realizarem o pedido de recuperação judicial¹⁵³.

Isso porque essas exigências fazem parte do *tipo* sociedade limitada, sem as quais não se pode valer das regras de proteção que o Direito atribui a essa figura jurídica. Todavia, a sociedade simples, por sua vez, apesar de poder praticar atos negociais¹⁵⁴, não exige a

¹⁵¹ “Art. 1.080: As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram.”.

¹⁵² “Art. 1.071. Dependem da deliberação dos sócios, além de outras matérias indicadas na lei ou no contrato: I - a aprovação das contas da administração;”. BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 10 out. 2015.

¹⁵³ Idem: “Art. 1.071. (...): VIII - o pedido de concordata.”. Convém lembrar que, a partir da Lei 11.101, de 2005, a concordata deixou de existir, dando lugar ao instituto da recuperação judicial.

¹⁵⁴ Sylvio Marcondes explica porque, antes da mudança feita pelo Congresso Nacional no título do livro que hoje se chama *Do Direito de Empresa*, o título chamava-se *Da Atividade Negocial* e englobava, na mesma parte, tanto a sociedade empresária quanto a sociedade simples: “Ora, não obstante serem os atos negociais facultados a todas as pessoas e, por essa razão, cabíveis num direito objetivo comum, é certo que a sua prática, quando continuamente reiterada, de modo organizado e estável, por um mesmo sujeito, que busca uma finalidade unitária e permanente, cria, em torno desta, uma série de relações interdependentes que, conjugando o exercício coordenado dos atos, o transubstancia em atividade.”. Sociedade e exercício da atividade mercantil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 62, v. 210, p. 28-38, maio/jun. 1965, p. 30.

aprovação de contas, tampouco a escrituração contábil como forma de manutenção da limitação da responsabilidade, já que a responsabilidade dos sócios é ilimitada.

Daí a possibilidade de se aplicarem as regras da sociedade simples para aqueles que não cumpriram com os seus deveres empresariais, visto que essa sociedade, por não conferir aos sócios a limitação da responsabilidade, tem um menor “interesse público” na fiscalização das suas externalidades, pois o patrimônio dos sócios sempre responde por suas dívidas.

Isso porque, como visto anteriormente, são deveres empresariais a correta escrituração contábil e mercantil, bem como, no âmbito falimentar, os deveres de não cometer crime falimentar, de reconhecer a situação de crise econômico-financeira e de colaborar com a falência. Ademais, o próprio art. 1.053, do Código Civil, prevê a regência supletiva das regras da sociedade simples para as omissões referente ao Capítulo da sociedade limitada¹⁵⁵.

Reforça-se: em relação aos deveres, a lei impõem aos sócios deliberarem em assembleia sobre as contas da administração. Por óbvio, as sociedades que não tenham escrituração contábil nem organização dos livros mercantil em ordem não conseguirão cumprir com a disposição estabelecida no art. 1.071, I, do Código Civil.

Nesses casos, da mesma forma que para a sociedade em comum, o Diploma Civil prescreve que a responsabilidade da sociedade simples será ilimitada, como se percebe da leitura do art. 1.023¹⁵⁶. Assim, as consequências antes previstas também poderão ocorrer para os sócios que não cumprem com os seus deveres básicos de escrituração contábil e mercantil adequada, ficando os sócios à mercê da extensão dos efeitos da falência, em caso de quebra, e, como não é possível verificar o patrimônio da sociedade por inexistência de balanço contábil e escrituração mercantil, sendo possível atingir de plano os bens dos sócios.

Todavia, no caso da sociedade simples, dever-se-á respeitar o patrimônio de afetação constituído a partir da criação da sociedade, visto que essa tem personalidade. Daí

¹⁵⁵ “Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples. Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.”.

¹⁵⁶ Art. 1.023. Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária.

que, antes de se executar os bens dos sócios, deve-se verificar se o patrimônio da sociedade não supre as dívidas que estão sendo executadas¹⁵⁷.

De forma exemplificativa, voltemos ao caso da *temakeria* que pediu autofalência sem, no entanto, apresentar qualquer estimativa contábil capaz de averiguar a situação financeira da sociedade.

In casu, não se toma posição contrária à possibilidade de a sociedade “irregular” pedir a autofalência. Como visto na primeira parte desse trabalho, a partir do Código Civil de 2002, o ordenamento jurídico suplantou o critério formal e, em seu lugar, optou pelo critério *material* para fins de caracterização do empresário¹⁵⁸.

A discussão, entretanto, persiste em qual a consequência da falência para uma sociedade que, como no caso que se comenta, não demonstrou qualquer documento contábil e, ainda, não apresentou qualquer perspectiva de serem verificados se a pessoa jurídica foi utilizada com abuso ou desvio de finalidade. Nessas situações, resta verificada a possibilidade de extensão da falência para os sócios, que passarão a ter a responsabilidade *ilimitada*, tendo em vista a descaracterização do tipo sociedade limitada a partir do descumprimento dos deveres legais essenciais à sociedade limitada¹⁵⁹.

Assim, restam analisados os efeitos do descumprimento dos deveres empresariais, sempre com atenção à nova deontologia prevista pelo Código Civil, que busca dar uma contrapartida para a Sociedade, tendo em vista as externalidades que a atividade empresarial produz. Como se percebe, não só concordamos com essa diretriz do Código Civil, mas também entendemos que cabe ao Direito *influenciar* os empresários e sócios que constituem

¹⁵⁷ “Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.”.

¹⁵⁸ Nesse sentido, concordamos com Vera Helena de Mello Franco e, conseqüentemente, com Trajano de Miranda Valverde, quando a primeira, com base em lições do segundo, afirma ser possível o pedido de falência pelos empresários “irregulares”, como se percebe das suas palavras: “Mas a solução deixa de lado a possibilidade de o empresário, pessoa física, confessar a própria falência e não é possível a mesma norma legal prever um tratamento desigual para a mesma realidade, a saber: o exercício de fato da atividade empresarial. Lembramos que o direito anterior não excluía a possibilidade do ‘comerciante irregular’ confessar a própria falência, desde que, como prelecionava Miranda Valverde, juntasse ‘prova de sua qualidade, talões ou recibos de impostos pagos para o exercício da profissão’. Entende-se, portanto, a autorização para a confissão da autofalência, como extensiva, inclusive aos empresários irregulares, tal como era a orientação do direito anterior”. FRANCO, Vera Helena de Mello. **Comentários...**, op. cit., p. 420.

¹⁵⁹ Poderia haver discussão se, tendo a sociedade se *realinhado* com os deveres ao pedir a autofalência, isso não poderia *atenuar* as sanções. Para o plano dos efeitos, poderia atenuar uma eventual sanção imposta (como na fixação da pena, ou mesmo um prazo menor para a extinção das obrigações do falido), mas não evitar a ocorrência da perda da limitação patrimonial.

sociedades empresárias a cumprirem com os seus deveres ao desenvolverem atividade empresária.

Ocorre que há duas formas de incentivar condutas. Uma delas é negativa e diz respeito à, como analisamos até agora, *sancionar*, ou melhor dizendo, evitar que se beneficiem das regras protetivas oriundas do Direito Empresarial quem descumpriu com seus deveres empresariais. A outra forma de estimular condutas é positiva, isto é, agregar a condutas corretas um *benefício*.

Todavia, na legislação brasileira atual, não existe qualquer “benefício extra” para quem cumpre com os seus deveres empresariais. Em verdade, mesmo aquele que é honesto, cumpre com todos os seus deveres, pode vir a sofrer *sanções*, ainda que indiretas, pelo ordenamento jurídico (como no caso da banalização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica).

É sobre a possibilidade de externalização de aspectos *positivo* (benefícios), a partir do cumprimento dos deveres empresariais e da análise dessa questão no Direito Comparado, que passaremos a abordar na última parte deste trabalho.

B) INCENTIVOS AO CUMPRIMENTO DOS DEVERES EMPRESARIAIS: ANÁLISE CRÍTICA DO TRATAMENTO LEGAL DA FALÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO À LUZ DO DIREITO NORTE-AMERICANO

Uma vez examinadas as consequências jurídicas do descumprimento dos deveres legais pelos empresários, consequências essas entendidas como uma reação do ordenamento jurídico para desestimular o descumprimento, cabe nesse momento analisar o outro lado da questão.

Nesse sentido, o “outro lado” apresenta-se a partir da seguinte pergunta: tendo o empresário cumprido com seus deveres empresariais oriundos do Código Civil e, em caso de crise econômico-financeira, oriundos da Lei de Recuperação e de Falências, como o ordenamento disciplina esse empresário? Isto é, quais os *benefícios*, para além do exercício regular da atividade empresarial e da consequente aplicação das regras de proteção oriundas do Direito empresarial, que o empresário recebe ao cumprir com os seus deveres legais?

Ao referimo-nos a *benefícios*, não estamos propondo que o cumprimento dos deveres empresariais não seja suficiente; em verdade, justamente por serem *deveres*, é que deverão ser cumpridos sem qualquer contrapartida em especial¹⁶⁰. Ocorre, todavia, que os seres humanos também são movidos por *incentivos*.

Assim, para além do dever moral de seguir a lei, ou mesmo para além do temor à sanção jurídica, a legislação pode introduzir benefícios aos destinatários da lei, a fim de que os deveres sejam cada vez mais observados¹⁶¹. Diante disso, analisaremos como a Lei 11.101 buscou disciplinar o empresário endividado e, tendo em vista os dez anos de aplicação da lei, quais as consequências desse tratamento foram verificadas. Ademais, verificaremos se existe possibilidade de solucionar problemas existentes hoje no ordenamento jurídico

¹⁶⁰ Eros Grau, ao definir a palavra *dever*, em contraposição à *obrigação* e *ônus*, afirma que: “O *dever jurídico* consubstancia precisamente uma vinculação ou limitação imposta à vontade de quem por ele alcançado. Definido como tal pelo ordenamento jurídico, o dever há de ser compulsoriamente cumprido, sob pena de sanção jurídica – o seu não atendimento configura comportamento ilícito.”. GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 77, 1982, p. 178.

¹⁶¹ Sobre a promoção de incentivos por meio da legislação, v. a obra de THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass. R **Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness**. New York: Penguin Books, 2009.

brasileiro, a partir do estudo de institutos utilizados no Direito Comparado¹⁶² que visem incentivar os empresários a cumprirem com os seus deveres legais.

A Lei de Recuperação e Falência adotou um sistema misto¹⁶³ de critérios para determinação do estado de insolvência do empresário. Por um lado, utilizou o critério da *impontualidade injustificada*, isto é, se considerou a presunção da insolvência derivada da impontualidade do devedor no pagamento de obrigação líquida, devidamente comprovada pelo protesto do título executivo que a corporifica (art. 94, I, LREF)¹⁶⁴.

Ao lado desse critério, a Lei considera insolvente o empresário que tenha cometido determinados *atos falimentares*, sob a *ratio* de que a prática de um dos atos elencados nos

¹⁶² Apesar deste trabalho não ser de Direito Comparado, como dito na Introdução, nos valem do “espírito” do comparatista para encontrar soluções para o problema apresentado. Essas lições foram inspiradas a partir da seguinte passagem de ZWEIGERT, Konrad. Zur Methode der Rechtsvergleichung. Studium Generale, 193, 1960, p. 195. *Apud*: KENNEDY, David. The methods and politics of Comparative Law. **The Common Core of European Private Law: Essays on the Project**. Kluwer Law International, 2003: “Zweigert states that ‘the comparative jurist will mainly refer to such legal systems which are likely to supply him with a special stimulation for the problem to be examiner’.”, p. 358.

¹⁶³ CAMPINHO, S. **Falência**..., op. cit., p. 207.

¹⁶⁴ “Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;”. BRASIL. Presidência da República. **Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111101.htm> Acesso em: 25 out. 2015.

incisos II e III do artigo 94, da Lei 11.101, demonstram a impossibilidade de o devedor cumprir as suas obrigações¹⁶⁵, ainda que não se tenha verificado falta de pagamento¹⁶⁶.

Como se percebe, apesar de a Lei 11.101 ter adotado um sistema considerado como misto para a caracterização da falência, a insolvência, no sistema brasileiro não se configura simplesmente pelo fato de o ativo ser inferior ao passivo¹⁶⁷. No caso dos empresários pessoas naturais, como já destacado na Introdução, isso pode transformar-se em um grave problema.

Isso porque, uma vez que a Lei de Falências só será aplicada nos casos acima mencionados, aquele empresário endividado, mas que não preencha os requisitos para pedir a falência, não verá correr a seu favor os prazos prescricionais referentes às suas dívidas, tampouco o prazo referente à sua própria condição de endividado. O resultado, nessas situações, é que o empresário acaba tornando-se “escravo” da sua dívida, pois, além de não se livrar dela, não consegue retornar ao mercado para tocar seu empreendimento.

Ocorre que, tratar a falência de uma forma restritiva, negando a sua possibilidade àqueles que simplesmente tenham passivo maior do que o ativo, não é a melhor forma de

¹⁶⁵ “Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: (...) II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal; III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial: a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos; b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não; c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo; d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor; e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo; f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento; g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial. § 1º Credores podem reunir-se em litisconsórcio a fim de perfazer o limite mínimo para o pedido de falência com base no inciso I do caput deste artigo. § 2º Ainda que líquidos, não legitimam o pedido de falência os créditos que nela não se possam reclamar. § 3º Na hipótese do inciso I do caput deste artigo, o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9º desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica. § 4º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, o pedido de falência será instruído com certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução. § 5º Na hipótese do inciso III do caput deste artigo, o pedido de falência descreverá os fatos que a caracterizam, juntando-se as provas que houver e especificando-se as que serão produzidas.”

¹⁶⁶ Como bem nota Sérgio Campinho, a falta de pagamento apenas ocorrerá na hipótese do inciso II, do art. 94. Todavia, não se confunde essa figura com a impontualidade, “revelando a execução sem garantia como sua causa fundamental.” Op. cit., p. 208.

¹⁶⁷ Nesse sentido, observa a Professora Vera Helena de Mello Franco: “Mantem-se, destarte, como critério a presunção de insolvência – insolvência aparente -, que pode não traduzir o que se entende por insolvência em sentido econômico. Vale dizer, passivo maior do que ativo. Inclusive, note-se, o estado de insolvência pode existir independentemente do inadimplemento desta ou daquela obrigação.” Op.cit., p. 393.

pensarmos o sistema concursal brasileiro¹⁶⁸. A esse respeito, Carvalho de Mendonça apontava a função dupla da falência, ressaltando que, para o devedor, a falência também era uma possibilidade de “*liberação*” das suas dívidas pré-falimentares:

“[a falência oferece] aos credores valiosa defesa coletiva no desastre econômico do devedor comum, impedindo preferências injustas, abusos e fraudes, proporciona o expediente honesto para o devedor demonstrar a sua lisura no infortúnio, observando a *par conditio creditorum*, e promover a sua liberação”¹⁶⁹.

Apesar dos ensinamentos de longa data do mestre Carvalho de Mendonça, percebemos a primeira deficiência da Lei 11.101, de 2005: a dificuldade de os empresários terem extintas as suas obrigações pré-falimentares. A consequência disso é que os empresários acabam se afastando do processo de falência.

Esse, como veremos adiante, não é o único problema relativamente ao desestímulo por parte dos empresários a utilizarem o instituto da falência, apesar de ser o mais grave. Isso porque, de todos os objetivos que a Lei 11.101, de 2005, buscou alcançar a extinção das obrigações do falido teve o pior resultado.

Na prática, como visto anteriormente, o empresário endividado não consegue retornar ao mercado, e um dos motivos é a insuficiência dos mecanismos da Lei de Recuperação e Falência.

Nesse sentido, um dos dispositivos que mais contribuem para a não liberação do empresário, mesmo após o procedimento de falência, é o art. 158, III, da Lei 11.101¹⁷⁰. Da

¹⁶⁸ No Direito norte-americano, que servirá de base para a comparação com o Direito brasileiro, tendo em vista a larga influência das disposições do *Bankruptcy Code (B.C.)* na Lei 11.101, de 2005, não há critérios explícitos que um devedor tenha que preencher a fim de pedir a falência. A esse respeito, Douglas Baird comenta a Section 101, do *B.C.*: “Section 101 of the Bankruptcy Code defines insolvency as the condition that exists when a debtor’s liabilities fairly discounted exceed its assets, but insolvency itself is not a prerequisite for bankruptcy for individual or for corporations.”. **Elements...**, op. cit., p. 08.

¹⁶⁹ **Tratado...**, vol. II, op. cit., p. 24. In: CAMPINHO, op.cit., p. 07.

¹⁷⁰ “Art. 158. Extingue as obrigações do falido: I – o pagamento de todos os créditos; II – o pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários, sendo facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir essa porcentagem se para tanto não bastou a integral liquidação do ativo; III – o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado do encerramento da falência, se o falido não tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei; V – o decurso do prazo de 10 (dez) anos, contado do encerramento da falência, se o falido tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei.”.

leitura desse dispositivo, conclui-se que, se o empresário falido não tiver cometido crime falimentar, apenas 05 anos após o término da falência ele poderá estar *liberado* das suas obrigações pré-falimentares.

Assim, se analisarmos isso em conjunto com o tempo médio de duração dos processos falimentares no Brasil¹⁷¹, que é estimado como tendo 09 anos em média, chegaremos à conclusão de que o empresário somente poderá voltar ao mercado livre das suas obrigações pré-falimentares após, em média, quatorze anos.

Ora, não se pode afirmar que isso corresponde a qualquer *liberação* do empresário, visto que, estando atrelado às suas dívidas, dificilmente conseguirá adquirir crédito para poder voltar a empreender.

Assim, com obrigações que podem durar até 14 anos, qual o incentivo para os empresários escolherem o caminho da falência? Ainda que exista um *dever* do empresário de reconhecimento da sua crise e, conseqüentemente, de efetuar o pedido de falência, poucos empresários assim procedem¹⁷².

E essa é uma das razões pelas quais muitos empresários, ao invés de tomar o caminho regular do processo de falência, preferem empreender de forma irregular e ilícita, através de “laranjas” e “empresários-zumbis”.

Essa opção pela “irregularidade” acaba ferindo o ordenamento jurídico brasileiro e, ainda, por descolar o Direito da realidade. Ademais, acrescenta-se a isso um custo considerável para a sociedade, pois além de o empresário não voltar para o mercado, ele também não paga sua dívida, deixando de gerar tributos, empregos e de cumprir com a sua função social.

Apesar de não ser o ponto central deste trabalho, o debate sobre a função social do empresário é um tema relevante. Isso porque, a Constituição Federal estabelece, no seu art.

¹⁷¹ “Os desembolsos ocorridos nos processos de falência foram de em média 35% do ativo final da falida, os ativos das falidas perderam, em média 47% do valor, a taxa de recuperação total dos credores foi de, em média, 12% e os processos duraram 9 anos, em média”. JUPETIPE, Fernanda. **Custos de falência da legislação falimentar brasileira**. Dissertação de Mestrado na USP, no prelo, p. 115, 2014.

¹⁷² E os que assim procederem, pedindo a autofalência, geralmente não decorre do cumprimento da lei, mas justamente o oposto. Como vimos no caso Temaky, a autofalência acaba sendo invocada apenas para o empresário ter uma “desculpa” para parar de cumprir as suas obrigações trabalhistas, fiscais, etc., e assim poder iniciar outros empreendimentos, em flagrante fraude aos credores.

1º, IV, que a livre iniciativa é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito¹⁷³. Por sua vez, quando o empresário empreende, ele está exercendo a livre iniciativa com finalidades socialmente desejadas: gerar riqueza, criar e faz circular produtos para o consumidor, geração de tributos, etc¹⁷⁴.

Assim, especialmente pela importância do empresário para a sociedade, é que se optou por estudar alternativas para que o empresário venha a cumprir com os seus deveres e, conseqüentemente, possa retornar de forma regular para o mercado.

Para realizar esse objetivo, e tendo em vista a larga influência da legislação e da *ratio* do Direito norte-americano na Lei 11.101, de 2005, pesquisou-se, no sistema de falências norte-americano, soluções para o problema da dificuldade do empresário em grave crise econômica retornar ao mercado de forma regular¹⁷⁵.

O que se encontrou, além de ser uma alternativa possível de ser implementada no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrou que o legislador pátrio, ao buscar influência no Direito norte-americano, deixou de lado um dos grandes objetivos do sistema falimentar dos Estados Unidos: o *fresh start* do devedor, isto é, a possibilidade de recomeço do devedor após o processo de falência.

¹⁷³ “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;”. BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>>. Acesso em: 10.10.2015.

¹⁷⁴ “A função social da empresa tem exigido a compreensão do papel social dos agentes econômicos, seja como formadores de riquezas para as populações e responsáveis pelo crescimento do produto interno bruto dos países, tendo em vista a distribuição de benefícios como salários, pagamentos de tributos e distribuição de dividendos, mas, ao mesmo tempo, tais agentes e a própria empresa são vistos como fonte de externalidades, consideradas como ações e estratégias para evitar a exposição ao risco inerente à atividade empresarial, transferindo-o para a coletividade”. BRANCO, Gerson. Ponderação principiológica..., Op. cit., p. 370.

¹⁷⁵ A pesquisa que dá origem à última parte deste trabalho foi fruto de investigação científica a partir de Bolsa de Iniciação Científica concedida pela UFRGS entre 01/10/2014 a 31/07/2015 (BIC/UFRGS), no âmbito do projeto de pesquisa “O Regime da Autonomia Privada, Liberdade de Iniciativa e Função Social nos Contratos Empresariais”. Em decorrência desse patrocínio da Universidade, pode-se apresentar a pesquisa no Salão de Iniciação Científica da Faculdade de Direito da UFRGS e no Salão de Iniciação Científica da UFRGS. A respeito disso, agradece-se aos Professores André Estevez e Fernanda Cantali, que, além de oferecerem importantes críticas, concederam ao pesquisador o prêmio de Destaque, na banca de Direito Privado, do SIC da Faculdade de Direito da UFRGS. Aproveita-se, também, para agradecer aos Professores Luis Felipe Spinelli e Maria Cláudia Cachapuz pelos questionamentos e pelas críticas sugeridas na apresentação desta parte do trabalho no SIC do Salão de Ensino da UFRGS.

Sendo assim, nessa parte final, abordaremos as principais questões sobre o *fresh start*, como a sua definição e seu papel para o *Bankruptcy Code*, bem como sobre os meios para alcançá-lo.

Nos Estados Unidos, a atenção que o Direito Concursal recebe do Estado é muito maior do que a que vemos no Brasil. Isso porque, no sistema norte-americano, o Estado é responsável por impor uma “política pública da crise econômico-financeira dos devedores”¹⁷⁶.

Não seria forçado dizer que os americanos consideram a *Bankruptcy Law*, o Direito Concursal, uma questão de ordem pública¹⁷⁷.

Ademais, percebe-se isso também quando, ao estudar o sistema recuperacional e falimentar norte-americano, deparamo-nos com inúmeros mecanismos e institutos que dependem da atuação administrativa do Estado, ao invés de delegar o poder às partes ou, como ocorre no Brasil, unicamente ao juiz.

Um desses mecanismos, que em verdade mais é um “princípio”¹⁷⁸ que permeia o *Bankruptcy Code* chama-se *fresh start*. Em linhas gerais, a ideia do *fresh start* é permitir que

¹⁷⁶ Nesse sentido, inclusive, é recorrente encontrar textos de políticos sobre o tema, como o da Senadora Elizabeth Warren: “This essay is about bankruptcy policy. It attempts to articulate a comprehensive statement about the various and competing goals that underlie the bankruptcy system. The essay offers both a positive observation, drawn from the Code and its operation, and a normative evaluation, designed to outline the difficult value judgments that comprise the bankruptcy system. It also serves warning: before commentators propose any sweeping changes or policymakers take seriously any suggestions to scrap the system, they must consider the impact of such proposals on a number of competing normative goals”. *Bankruptcy policymaking in an imperfect world. Michigan Law Review*. November, 1993, v. 336, p. 02.

¹⁷⁷ Ao discorrer sobre o *fresh start*, instituto norte-americano que analisaremos logo adiante, Charles Tabb afirma que a *utilidade social de uma política pública* voltada para a reinserção dos indivíduos vem sendo há muito tempo aceita nos Estados Unidos: “As the Supreme Court stated in *Local Loan Co. v. Hunt*, one of the central policies of our bankruptcy law is to give ‘the honest but unfortunate debtor... a new opportunity in life and a clear field for future effort, unhampered by the pressure and discouragement of preexisting debt’. The social utility of such a policy has long been accepted. As early as 1765, Sir William Blackstone opined that through the discharge ‘the bankrupt becomes a clear man again; and, by the assistance of his allowance and his own industry, may become a useful member of the commonwealth’”. TABB, Charles. *The scope of the fresh start in bankruptcy: collateral conversions and the dischargeability debate. The George Washington Law Review*, 1990, vol. 43, p. 57.

¹⁷⁸ Nesse sentido, uma vez que o *Bankruptcy Code* não utiliza expressamente a expressão “*fresh start*”, optamos por categorizá-lo como um princípio, e não uma cláusula geral, visto que essas, necessariamente, não podem ser implícitas no texto legal. Sobre o assunto, ver MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 50, abr. 2004: “Outra característica fundamental das cláusulas gerais é a de que elas serão sempre expressas. Enquanto um princípio pode integrar um sistema jurídico em que pese não positivado, como o era o princípio da boa-fé objetiva antes do Código Civil de 2002, jamais haverá cláusula geral implícita, uma vez que se trata de técnica legislativa.”, p. 03.

o devedor retorne ao mercado após um dos procedimentos falimentares existentes no Código¹⁷⁹.

Essa necessidade de que o devedor retorne ao mercado após uma crise econômico-financeira está ligada à, principalmente, três questões. A primeira questão é histórica e está intimamente vinculada com a própria origem do Direito falimentar norte-americano: a necessidade de os devedores colaborarem com a falência.

Isso porque, até 1705, na Inglaterra, a Lei de falências tinha uma natureza quase criminal¹⁸⁰. Relatos da época demonstram que, uma vez que os credores poderiam prender e, em casos extremos, inclusive tirar a vida dos devedores, esses tornavam-se exímios *fugitivos* em relação aos implacáveis credores¹⁸¹.

Dessa forma, praticamente todas as falências à época eram frustradas, tendo em vista que devedores burlavam o sistema de garantias e cometiam fraudes aos credores a todo momento¹⁸². Daí a necessidade de “envolver” o devedor no processo falimentar, tendo o *fresh start*, a partir de um mecanismo que veremos a seguir, o *discharge*, o papel de trazer o devedor para participar da falência.

¹⁷⁹ Sheila Cerezetti, em artigo sobre o papel dos credores no *Bankruptcy Code*, afirma que o *fresh start* destina-se a atribuir um novo *status* financeiro favorável ao devedor: “A principal característica do *Bankruptcy Code* consiste no objetivo de recuperação, o qual é principalmente promovido pelas normas relativas à reorganização de empresas previstas em seu *Chapter 11*. Outro importante propósito do referido diploma é permitir que o devedor retorne ao mercado, o que é bastante estimulado pelo *fresh start*, destinado a atribuir novo *status* financeiro favorável ao devedor”. Op. cit., p. 165.

¹⁸⁰ TABB, Charles. The historical evolution of bankruptcy discharge. **American Bankruptcy Law Journal**, Vol. 65, pp. 325-71, 1991, p. 330.

¹⁸¹ Jay Cohen relata que foi justamente a “habilidade” dos devedores em lograr as prisões que deram origem às primeiras leis falimentares. COHEN, Jay. The history of imprisonment for debt and its relation to bankruptcy discharge. **The Journal of Legal History**, v.3, issue 2, 1982, p. 155.

¹⁸² Nas palavras de Charles Tabb: “However, these remedies eventually became inadequate in certain cases, as commerce and the concomitant use of credit continued to expand and as transportation improved. One problem was that the writs themselves did not work as well as expected. Debtors devised tactics, such as hiding assets, making fraudulent conveyances, taking sanctuary, fleeing the kingdom, or “keeping house”, which frustrated creditors’ collection attempts”. TABB, op. cit., p. 328.

A segunda questão tem um componente ético muito importante. Os norte-americanos, à semelhança do que já decidiu o Tribunal Constitucional Federal alemão¹⁸³, não toleram que o indivíduo fique atrelado, preso, enfim, refém das suas dívidas¹⁸⁴.

Daí que um dos principais avanços no sistema concursal norte-americano foi o de *beneficiar* “o devedor honesto, mas infeliz na condução do seu patrimônio” com a possibilidade de voltar ao mercado. A expressão “devedor honesto, mas infeliz na condução dos seus negócios” refere-se ao *standard* construído em 1934, a partir de uma decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Local Loan Co v. Hunt*¹⁸⁵.

In casu, a Suprema Corte decidiu que a todo devedor honesto, mas azarado na condução dos seus negócios deve ser proporcionado uma nova oportunidade na vida e um campo livre para o seu futuro esforço, livre das pressões e dos constrangimentos das dívidas preexistentes¹⁸⁶.

Esse ponto é decisivo para entender porque os Estados Unidos, um país de forte tradição liberal e construído a partir da confiança no crédito, permite que algumas obrigações do devedor sejam consideradas inexigíveis pelos credores após o processo de falência.

A terceira e última questão pelo qual o *fresh start* é tão importante no sistema falimentar norte-americano tem origem na cultura de educação financeira dos cidadãos daquele país. Isso porque, para receber o *discharge*, mecanismo que torna as dívidas

¹⁸³ O caso do Tribunal Constitucional Federal foi apresentado por Claus-Wihelm Canaris e dizia respeito a um fiador que praticamente não tinha nenhum patrimônio, sendo que os seus rendimentos mal davam para cobrir os juros, restando a pessoa completamente aprisionada pela sua dívida, pois teria que trabalhar o resto da vida para pagá-la. O Tribunal Constitucional Federal considerou que tal “aprisionamento” do sujeito à dívida seria uma “violação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em conformidade com o art. 2º, I, da LF”. CANARIS, Claus-Wihelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: 2006, p. 231.

¹⁸⁴ Com uma argumentação semelhante a do Tribunal Constitucional Federal alemão, Douglas Baird esclarece, de forma brilhante, o assunto: “A person might be stricken with a catastrophic illness or lose a well-paying job and be unable to cut back on expenses before being overwhelmed by debt. Families with incomes of \$30,000 a year, no matter how well intentioned, are not going to be able to pay off \$100,000 in debt. They have no assets beyond clothes, a wedding ring, and some household furniture. There are many honest, decent individuals who through improvidence or bad luck end up owing their creditors more than they can ever repay.”. **Elements...**, op. cit., p. 30.

¹⁸⁵ ESTADOS UNIDOS. **Local Loan Co. v. Hunt**, 292 U.S. 234, 244 (1934), disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/292/234/case.html>>, acesso em 17/10/2015.

¹⁸⁶ Tradução livre do seguinte trecho da decisão: “[I]t gives to the honest but unfortunate debtor a new opportunity in life and a clear field for future effort, unhampered by the pressure and discouragement of preexisting debt. **Local Loan Co. v. Hunt**, op. cit., p. 03.

inexigíveis perante os credores, o devedor terá que realizar, no mínimo, dois cursos de educação financeira.

O primeiro desses cursos destina-se a orientar o devedor sobre a composição e origem da sua dívida, daí a sua realização ser anterior ao processamento da falência; o outro curso refere-se à educação financeira do devedor propriamente dita, no sentido do estudo das questões econômicas e financeiras¹⁸⁷.

Nesse sentido, a obtenção do *discharge*, instrumento essencial para o retorno do empresário devedor no mercado, passa pelo estudo de questões financeiras e contábeis que, ao fim e ao cabo, são vitais para a própria atividade empresarial desenvolvida pelo empresário. Assim, nos Estados Unidos, o processo de falência, não deixa de ser uma oportunidade de aprender conceitos básicos de educação financeira.

Por essas razões, o *fresh start* tornou-se um dos objetivos centrais da legislação federal de falências dos Estados Unidos. No entanto, evidentemente que o *fresh start* não é autoaplicável; isto é, o princípio, sozinho, não é suficiente.

Logo, por funcionar como um princípio, no sentido de orientar que as disposições do *Bankruptcy Code* sejam interpretadas de forma que o devedor possa livrar-se das suas dívidas a fim de voltar ao mercado o mais rápido possível, o *fresh start* necessita de outros mecanismos que o façam, na prática, ter eficácia. Desses mecanismos que concretizam o *fresh start*, o mais importante é o *discharge*.

¹⁸⁷ Mais informações sobre esses cursos podem ser encontradas na obra *Bankruptcy Basics*, editada pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos e pelas Cortes dos Estados Unidos. Em linhas gerais, independentemente do procedimento que se está protocolando, dois cursos devem ser feitos. O *credit counseling* é um curso que deve ser feito antes do pedido de recuperação judicial (*reorganization*) e da falência. Esse curso é específico sobre os débitos existentes no momento do pedido de *bankruptcy* e, caso não seja feito, pode acarretar o indeferimento do pedido. O *debtor education* - Chapter 7 (Section 727(a)(11)) e Chapter 13 (1328(g)) do *Bankruptcy Code* - serve como requisito indispensável para receber o *discharge*. Ele deve ser feito em até 60 dias da reunião do devedor com os credores (*341 meeting*), nos casos de falência. Nos demais casos (recuperação judicial), o curso deve ser feito antes de quitada a última parcela referente ao cumprimento do plano de recuperação. Esse curso é mais direcionado a dar noções básicas de finanças para os devedores. Ambos os cursos foram introduzidos a partir da reforma de 2005, *The Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005* (BAPCPA). O Governo tem uma lista, dividida por Estado, com os cursos que são considerados “oficiais” para se obter a certificação. Sobre os preços, os cursos tem diferentes custos (variam de \$5 a \$100) e podem ser feitos tanto presencialmente, por telefone ou *online*. Por exemplo, no site <https://9dollardebteducation.com/debtor-education-details.html>, o curso pode ser feito pela internet e custa apenas \$9, tendo duração de 2 horas. Disponível em: <<<http://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics>>>, acesso em 06/10/2015.

O *discharge* tem justamente o papel de liberar o devedor de certas dívidas¹⁸⁸ constituídas antes do procedimento falimentar¹⁸⁹. Um dos mais importantes autores do Direito falimentar norte-americanos, Charles Tabb, define o efeito legal do *discharge* como “poderoso na sua simplicidade: o devedor fica liberado das suas obrigações de pagar dívidas pré-falimentares”¹⁹⁰.

De fato, a partir do procedimento falimentar é possível que certas dívidas pré-falimentares passem a ser inexigíveis pelo credor perante aquele devedor¹⁹¹. Como já se pode perceber, a dívida não deixa de existir, logo, eventuais terceiros garantidores ainda terão que honrar suas obrigações, *e.g.*, um fiador.

Porém, como já antecipado, o *discharge* não ocorre a partir do simples protocolo do pedido de falência. Assim como os cursos de educação financeira, há outros requisitos que a legislação norte-americana exige que os devedores cumpram para a concessão desse benefício.

É exatamente nesse ponto que a questão dos deveres empresariais analisada nesse trabalho entra em conexão com as disposições do *Bankruptcy Code*. Isso porque, ao analisarmos os requisitos para a obtenção do *discharge*, nos Estados Unidos, veremos que praticamente todos estão vinculados, se compararmos com a legislação brasileira, aos deveres empresariais exigidos pelo Código Civil ou pela Lei de Falências brasileira.

¹⁸⁸ Não são todas as dívidas pré-falimentares liberadas a partir do *discharge*. Em verdade, as dívidas que geralmente são liberadas são aquelas correspondentes a cobranças de cartões de crédito; despesas médicas; empréstimos pessoais de amigos, familiares e empregadores; cheques não honrados; indenizações oriundas de acidente de automóvel; dívidas de negócios, valores devidos em contratos de locação (inclui alugueis vencidos); dívidas decorrentes de condenações oriundas de tribunais civis (exceto se baseadas em fraude); multas fiscais e impostos não pagos após um determinado período, entre outras. Isso porque, o *Bankruptcy Code* expressamente veda a liberação de dívidas contraídas em contrariedade à ordem pública e decorrentes de comportamentos impróprios. Como se verifica das disposições das *Section 523(a)*, em que há cerca de 19 categorias de débitos não liberáveis por razões de política pública: “11 U.S. Code § 523 - Exceptions to discharge.”. ESTADOS UNIDOS. Disponível em: <<http://law.cornell.edu/uscode/text/11/523>>. Acesso em 05/10/2015.

¹⁸⁹ “[T]he bankruptcy discharge, which releases debtors from personal liability from specific debts and prohibits creditors from ever taking any action against the debtor to collect those debts.”. **Bankruptcy Basics**, op. cit, p. 21.

¹⁹⁰ Tradução livre do inglês: “The legal effect of the discharge is powerful in its simplicity: the debtor is freed from the obligation to pay prebankruptcy debts”. TABB, Charles. The scope of the fresh start in bankruptcy: collateral conversions and the dischargeability debate. Op.cit., p. 57.

¹⁹¹ Processualmente, o *discharge* oferece ao devedor um *permanent statutory injunction*, ou seja, uma ordem judicial permanente que impede que o credor possa cobrar daquele devedor, por qualquer meio, seja judicial ou extrajudicial, determinado débito (§524, do *Bankruptcy Code*).

Evidente que isso não é por acaso. As preocupações do legislador brasileiro também são as do legislador norte-americano.

Por exemplo, nos Estados Unidos, desde o primeiro *Act* que instituiu a possibilidade do *discharge*, em 1800, um dos requisitos era justamente a necessidade dos comerciantes terem os livros contábeis¹⁹².

Na atual legislação, o *Bankruptcy Code*, existem ainda outras condições para a concessão do *discharge*, como não ter transferido ou ocultado bens com a intenção de prejudicar credores¹⁹³, não ter destruído ou ocultado livros e registros contábeis e comerciais¹⁹⁴, não ter cometido qualquer crime falimentar e, ainda, não ter recebido um *discharge* num período de 8 anos.

Essas condições demonstram que a intenção do sistema falimentar norte-americano é que o *discharge* só ocorra para aqueles devedores que cumpram com os seus deveres legais¹⁹⁵ e que não estão utilizando de forma abusiva o processo falimentar¹⁹⁶. Ademais, esses requisitos, à semelhança do que ocorre no Direito brasileiro, espelham a necessidade de a sociedade ter alguma contrapartida em relação às atividades empresariais desenvolvidas pelos empresários.

Entretanto, percebe-se que o legislador norte-americano, ao contrário do brasileiro, também procurou incentivar o cumprimento desses deveres a partir da concessão do *discharge*, essencial para que o empresário alcance o seu *fresh start* e possa voltar ao mercado e empreender de forma livre.

Mesmo assim entendemos que há espaço, na legislação brasileira, para a introdução de institutos semelhantes ao *discharge* no nosso sistema falimentar.

Isso porque, de certa forma, o art. 158, da LREF, não deixa de ser uma liberação das dívidas pré-falimentares do falido. O problema, como visto anteriormente, é que o

¹⁹² TABB, Charles. *Evolution*, op. cit.: “Merchants were required also as a condition of their discharge to keep proper books of account.”, p. 352.

¹⁹³ §727(a)(2), do *Bankruptcy Code*. ESTADOS UNIDOS. **Bankruptcy Code**. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title11-front&num=0&edition=prelim>>. Acesso em: 30.10.15.

¹⁹⁴ §727(a)(3), *idem*.

¹⁹⁵ §727(a), *idem*.

¹⁹⁶ §707(b), *idem*.

dispositivo estabelece um período de “05 anos do término do processo de falência” para o devedor ver as suas obrigações pré-falimentares extintas.

Uma possível solução que se propõe, embora não seja possível aprofundá-la nesse momento pela limitação que um trabalho de graduação impõe, seria a redução do período de 05 anos determinado pela lei para aqueles empresários que, comprovadamente, cumpriram com os seus deveres empresariais oriundos do Código Civil e da Lei de Recuperação de Empresas e Falências.

Com essa modificação do texto da lei, poder-se-ia atrair os empresários para que optem pelo processo falimentar em caso de crise econômico-financeira e não *fujam* desesperados – ou mal-intencionados – dos seus credores, como faziam os devedores, no século XVI, na Inglaterra e nos Estados Unidos, com medo das consequências impostas aos falidos.

Hoje, a pecha de *falido* continua sendo uma das consequências negativas do processo de falência, pois a sua imagem, no Brasil, está atrelada ao fracasso. Ao contrário dos Estados Unidos, onde o ex-falido é visto como alguém com experiência e, portanto, confiável para futuros negócios, o devedor brasileiro é visto com desconfiança, e o falido com desprezo.

Todavia, também é possível mudar comportamentos através das leis. É por essa razão que a solução proposta acima tem ainda a pretensão de retirar do processo de falência a carga negativa que a palavra hoje atrai.

Em verdade, o processo de falência deveria se propor ao que previa J.X. Carvalho de Mendonça, ainda no século passado, como nos referimos anteriormente: proporcionar um expediente para que o devedor demonstre a sua “*lisura no infortúnio*” e que, ao fim e ao cabo, seja promovida a sua *liberação*.

CONCLUSÃO

As ideias nesse trabalho originaram-se da relevância do estudo dos deveres empresariais para o ordenamento jurídico brasileiro. Resumidamente, as conclusões obtidas a partir da pesquisa podem ser divididas em três partes.

Em primeiro lugar, em decorrência da análise dos efeitos dos deveres empresariais para os empresários, no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário cumprir os deveres estabelecidos no Código Civil e na Lei de Recuperação de Empresas e Falência para obter as regras de proteção oriundas desses diplomas legais.

Em virtude disso, pode-se concluir que aquele que empreende de forma profissional e organizada, o empresário, em razão das externalidades potenciais da atividade econômica organizada e pela necessidade de um controle social do exercício de tais atividades, atrai deveres de ordem pública que são requisitos essenciais para o exercício de alguns direitos, como a limitação da responsabilidade patrimonial e o pedido de recuperação judicial.

Nesse sentido, os critérios materiais, como a necessidade de o produtor rural que exercer atividade econômica organizada se inscrever na Junta Comercial, conforme visto da decisão do Superior Tribunal de Justiça analisada no início deste trabalho, e o conceito material de empresário servem como instrumentos para submeter quem exerce tais atividades a um dado regime legal e exigir o cumprimento de deveres essenciais para a que a empresa dê a contrapartida à sociedade pela possibilidade de seu desenvolvimento em uma ordem constitucional baseada na livre iniciativa em função de fins socialmente desejáveis.

Em segundo lugar, os deveres dos empresários vinculados à pesquisa podem ser sistematizados em três grupos: inscrição do registro na Junta Comercial; deveres para o exercício regular da atividade empresarial, destacando-se os deveres de escrituração contábil e de organização adequada dos livros mercantis; e, por fim, deveres falimentares, dos quais se destacam o dever de reconhecimento da crise econômico-financeira insuperável (pedir a autofalência), o dever de colaborar com a falência e o dever de não cometer crime falimentar.

Em relação ao descumprimento dos deveres, verificou-se dois resultados possíveis dependendo do *grau* de descumprimento dos deveres, isto é, *qual dever e em que medida* estaria ocorrendo a violação. Pelo descumprimento do primeiro grupo de deveres (inscrição do registro na Junta), a sociedade limitada ou a EIRELI acabam por perder a proteção da

limitação patrimonial, tendo em vista a aplicação das normas da sociedade em comum, possibilitando, em caso de crise econômico-financeira, a extensão dos efeitos da falência, tendo em vista a responsabilidade ilimitada dos sócios.

Por outro lado, pelo descumprimento do segundo grupo de deveres (falta de escrituração contábil e de organização adequada dos livros mercantis), os sócios de sociedades limitadas ou o sócio da EIRELI perdem a proteção da limitação da responsabilidade, tendo em vista a aplicação das regras da sociedade simples, uma vez que esse tipo societário, embora possa vir a praticar atos negociais, não exige a aprovação das contas pelos sócios, restando clara a diminuição do controle “público” nessa sociedade, daí a responsabilidade dos sócios e administradores ser ilimitada.

Em terceiro lugar, quanto ao *cumprimento* dos deveres empresariais, verificou-se um grave problema no que diz respeito ao tratamento conferido àqueles que, embora estejam em crise econômico-financeira, cumprem com os seus deveres legais. Isso porque, não há qualquer espécie de “benefício” que venha a incentivar os empresários a cumprir com os seus deveres.

Na prática, como cumprir deveres é um custo, os empresários, em uma verdadeira inversão ao proposto por qualquer legislação, acabam por serem incentivados a não cumprirem os deveres legais¹⁹⁷. A consequência disso é a utilização, cada vez mais frequente na realidade brasileira, de “laranjas” e “empresários zumbis”, ocasionando um prejudicial descolamento do Direito da realidade, pois o empresário endividado acaba não conseguindo retornar para o mercado, uma vez que a falência não lhe oferece melhor caminho.

Para solucionar esse problema, pesquisou-se o sistema de Direito falimentar norte-americano, tendo em vista a forte influência do *Bankruptcy Code* na Lei 11.101, de 2005. A partir da pesquisa comparada, verificou-se que o sistema falimentar dos Estados Unidos tem como um dos objetivos principais o retorno do devedor ao mercado (*fresh start*).

O *fresh start* do devedor é realizado por meio do *discharge*, que é uma forma de liberação de algumas das dívidas pré-falimentares do devedor após um dos procedimentos do *Bankruptcy Code*, sendo essa uma alternativa viável para o problema enfrentado no

¹⁹⁷ Lembre-se de que o empreendedor é, antes de tudo, um tomador de risco. Como nos lembra Peter Bernstein, “a palavra risco deriva do italiano antigo *risicare*, que significa ousar”. A lei, nesse sentido, deve direcionar a ousadia do empresário para beneficiar o máximo possível a sociedade como um todo. BERNSTEIN, Peter. **Desafio aos Deuses: a fascinante história do risco**. Tradução de Ivo Karytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 08.

Brasil. Ao fim, propôs-se uma modificação na Lei 11.101, de 2005, especialmente no art. 158, III, para que seja diminuído o período para extinção das obrigações do falido após o término do processo falimentar, pois isso traria o empresário de volta ao mercado de forma mais rápida e eficaz, fazendo com que esse opte pelo processo falimentar e não por empreender de forma irregular.

Diante dessa análise, pode-se responder às perguntas realizadas no início desse trabalho. De plano, verificou-se que os deveres empresariais representam regras de ordem pública que não podem ser suplantadas pela mera escolha do tipo societário.

Assim, as regras de proteção do Direito Empresarial só estarão disponíveis àqueles que cumprirem com os seus deveres empresariais. Em resposta aos casos apresentados, consideramos correta a decisão do Superior Tribunal de Justiça ao negar o processamento da recuperação judicial para os produtores rurais não inscritos na Junta Comercial. Isso porque, além de o registro ser um dever legal, dele derivam outros deveres – de publicidade, contabilidade, escrituração mercantil – que não podem ser deixados de lado, sob pena de causar um risco sistêmico pela desconfiança gerada nos negócios.

Quanto ao caso da autofalência da temakeria, o resultado apresentado a partir desse trabalho é indiscutível: o descumprimento dos deveres acarreta a perda da proteção das regras de Direito Empresarial. Assim, diante da impossibilidade de cumprimento dos requisitos do art. 1.071, I, do Código Civil, pela ausência de qualquer escrituração contábil e da inexistência da atualização dos livros mercantis, a consequência é a aplicação do art. 1.080, do mesmo Diploma, restando ilimitada a responsabilidade dos sócios da temakeria, com a consequente possibilidade de extensão dos efeitos da falência a eles, tendo em vista o disposto no art. 81, da LREF.

Por fim, apresentou-se uma proposta de solução para a diminuição do descumprimento dos deveres empresariais no Brasil: a adoção de regras que diferenciem aqueles que cumprem os seus deveres, mas que, por um infortúnio venham a se tornar devedores e a falir, em relação a outros que não conduzam os seus negócios em conformidade com a lei.

Como se percebe, a preocupação principal deste trabalho é que o Direito seja coerente com a realidade, sendo cada vez mais espelho da sociedade e da realidade. E isso tem uma razão.

O Direito, como produto da sociedade, não pode ficar à margem das alterações econômicas e sociais, mas deve reagir frente às verificações de fraude e abuso de direito.

Se alguns mecanismos jurídicos estão sendo utilizados de forma contrária às suas funções determinadas pela lei, o Direito não pode fechar os olhos para essa distorção, sob pena de esvaziar a aplicação dos próprios institutos. Esse é o caso, por exemplo, da falência.

A falência, no Brasil, é tratada com certo desprezo, sendo seu significado utilizado, inclusive, como sinônimo de fracasso. Todavia, esse não é o tratamento adequado para um instituto de grande relevância, especialmente numa sociedade de economia capitalista.

Como visto nos Estados Unidos, a falência e, em geral a crise do empresário, é uma ótima oportunidade para se *mapear o mercado* e as suas deficiências. Por exemplo, um americano empresário falido não é um empresário fracassado, mas um empresário experiente. Isso faz toda a diferença, quando estamos falando de uma economia de mercado, em que ter conhecimento de questões financeiras é fundamental para o empresário empreender e exercer a livre iniciativa de forma regular.

Com este trabalho, portanto, para além de estudar os deveres dos empresários, a intenção é ver o outro lado da crise econômico-financeira: a boa-fé do devedor e do falido, no sentido do lado positivo que a falência pode proporcionar para a sociedade.

Esse sentido diz respeito à possibilidade de beneficiar os devedores e falidos que tenham cumprido com os seus deveres, visto que a consequência disso é incentivar a sociedade a agir da forma adequada, ainda que para isso se tenha que “relaxar a prisão” de quem tenha mais dívidas do que condições de pagar.

A experiência norte-americana nos mostra que falir não é só falhar, mas pode ser aprender.

Além das razões já expostas, podemos lembrar da reação do Barão de Mauá, maior empresário da história do Brasil, ao receber a sua “carta de reabilitação” após ter se recuperado da falência e ter pago integralmente seus credores. A passagem escrita por Jorge Caldeira é o resumo perfeito para finalizar a ideia central que norteou esse trabalho:

“Da experiência, ele levava as marcas. Os quase oito anos desde a moratória, e sobretudo os cinco anos desde a falência, estavam claramente estampados em sua fisionomia. Os cabelos haviam embranquecido por completo, e agora ele cultivava também barba e bigodes igualmente brancos. Continuava altivo, mas já dava evidentes sinais de fraqueza. Na

manhã daquele dia, numa das salas do Tribunal do Comércio, aconteceu a cerimônia que ele mais aguardava nos últimos anos. Muitos amigos estavam presentes, juntamente com alguns curiosos que foram para lá atraídos pela presença daquela figura quase mítica. A seu lado estava a companheira May, segurando-lhe o braço. Por algum tempo, ele se manteve firme. Mas quando o desembargador Miguel Almeida começou a ler o texto da ‘Carta de reabilitação do comerciante matriculado visconde de Mauá’, ele não se conteve. Pela primeira vez em sua longa vida, foi visto chorando em público. Estava recuperando o seu bem mais precioso, que lhe valia mais que os bens de fortuna entregues aos oficiais de Justiça: um nome honrado”¹⁹⁸.

¹⁹⁸ CALDEIRA, Jorge. **Mauá: Empresário do Império**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, pp. 534/535. Sobre a vida de Irineu Evangelista de Souza, o Barão de Mauá, além do espetacular livro de Jorge Caldeira, v. a autobiografia do Barão: MAUÁ, Irenêo Evangelista de Souza, Barão de. **Autobiografia – exposição aos credores e ao público**. Rio de Janeiro: Zelio Valverde, 1942.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Carlos Henrique. Comentários ao art. 104, da Lei 11.101, de 2005. In: TOLEDO, Paulo F.C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Orgs.) **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva. 2^a ed., 2007.

ASCARELLI, Tullio. Lezioni di Diritto Commerciale – Introduzione. In: **Corso di Diritto Commerciale**, Giuffrè, Milano, 1962.

ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. Rivista del Diritto Commerciale, 1943, v.41, I. Trad. Fábio Konder Comparato. In: **Revista de Direito Mercantil**, ano XXXV, n. 104, out.dez/1996, p. 108-126.

BAIRD, Douglas. **Elements of Bankruptcy**. New York: Foundation Press. 5th Ed. 2010.

BERNSTEIN, Peter. **Desafio aos Deuses: a fascinante história do risco**. Tradução de Ivo Karytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BORGES, João Eunápio. **Curso de Direito Comercial Terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. V. 1.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Ponderação principiológica no direito falimentar: antagonismo e complementaridade da autonomia dos credores e preservação da empresa. In: **Estudos de Direito Privado e Processual Civil – em homenagem a Clóvis do Couto e Silva**. São Paulo: RT, 2014. pp. 368 - 391.

_____. **Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. O empresário no Código Civil. **Revista do Advogado**. Ano XXV. Abril/2005, n. 81.

CALDEIRA, Jorge. **Mauá – Empresário do Império**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de Empresa à Luz do Código Civil**. 13^a Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CANARIS, Claus-Wihelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di Diritto Processuale Civile**, vol. I, CEDAM, Padova, 1936.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Vol. II. 5^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953-1955.

_____. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Vol. VII, 4. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

CAVALLI, Cássio Machado. **Empresa, Direito e Economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da UFRGS. Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2012.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. O papel dos credores no bankruptcy code. **Revista de Direito Mercantil**, n. 51/152, jan/dez. 2009.

COASE, Ronald .H. The nature of the firm. **Economica**, New Series, Vol. 4, No. 16., 1937, pp. 386-405

COHEN, Jay. The history of imprisonment for debt and its relation to bankruptcy discharge. **The Journal of Legal History**, v.3, issue 2, 1982

COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. **Revista de Direito Mercantil**, v. 50, p. 57-74, 1983.

_____. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 6ª ed. São Paulo: Forense, 2014, com notas de Calixto Salomão Filho.

_____. Na Proto-Historia das Empresas Multinacionais - O Banco Medici de Florença. **Revista de Direito Mercantil**, v. 54, p. 105-111, 1984.

CORRÊA JUNIOR, Gilberto Deon. A extensão da quebra. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 62, Ano XXI, nov.1994, p. 11-73.

COUTO E SILVA, Clóvis. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow). **Revista de Processo**, n. 37.

ECO, Humberto. **Como se Faz uma Tese – em ciências humanas**. Editorial Presença, 13ª Ed.

FONSECA, José Bráulio Petry. Sociedade em comum: entre a construção de uma nova disciplina situada nos quadros do direito societário e a paradoxal aplicação do regime da sociedade de fato ou irregular. **Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio grande do Sul**. Porto Alegre, 2014.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. Desconsideração da personalidade jurídica na falência e recuperação judicial. In: WALD, Arnaldo (Org.) **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**. Capítulo VI. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FOX. Loren. **Enron – the rise and fall**. Estados Unidos: John Wiley & Sons, 2003.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 77, 1982.

GORDLEY, James. Comparative legal research: its function in the development of harmonized law. **The American Journal of Comparative Law**, vol. 43, n. 4, 1995.

LIMA LOPES, José Reinaldo. Formação do Direito Comercial Brasileiro: a criação dos tribunais de comércio do império. **Cadernos Direito GV**, vol. 4., n. 6, novembro de 2007.

JUPETIPE, Fernanda. Custos de falência da legislação falimentar brasileira. **Dissertação de Mestrado na Universidade de São Paulo**. *No prelo*, 2014.

LISBOA, Marcos de Barros; DAMASO, Otávio Ribeiro; SANTOS, Bruno Carazza dos; COSTA, Ana Carla Abrão. A racionalidade econômica da nova lei de falências e de recuperação de empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Org.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: 2005.

LOBO, Jorge. Extensão da falência e o grupo de sociedades. **Revista de Direito**, v. 79, 2009.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (Disregard Doctrine) e os grupos de empresas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARCONDES, Sylvio. **Problemas de Direito Mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970
_____. **Limitação da Responsabilidade de Comerciante Individual**. São Paulo: Max Lemonad, 1956.

_____. Sociedade e exercício da atividade mercantil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 62, v. 210, p. 28-38, maio/jun. 1965.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 2002.

MAUÁ, Irenêo Evangelista de Souza, Barão de. **Autobiografia – exposição aos credores e ao público**. Rio de Janeiro: Zelio Valverde, 1942.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 50, abr. 2004.

MICHELON, Cláudio. A natureza (pública) do Direito Privado. Trad. Gustavo Stenzel Sanseverino. In: **Estudos de Direito Privado e Processual Civil – em homenagem a Clóvis do Couto e Silva**. Orgs. Judith Martins-Costa e Véra Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 2014, pp. 61-75.

NOVAES E FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo. Empresa, empresário e estabelecimento. A nova disciplina das sociedades. In: **Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa**. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 511 – 530.

_____. **Críticas ao Projeto de Código Comercial**. Disponível em: <<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI149079,21048-Indignacao>>>. Acesso em 29/05/15.

_____. **A sociedade em Comum**. São Paulo: Malheiros, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, Prefácio, 1983.

REALE, Miguel. **Exposição de Motivos do Novo Código Civil – “atividade negocial”**. São Paulo, 1975.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica -

“*Disregard Doctrine*”. In: **Enciclopédia Saraiva do Direito**, São Paulo, v. 2, p. 58-77, 1977

SALAMA, Bruno. **O Fim da Responsabilidade Limitada no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SCALZZILLI, João Pedro. **Confusão Patrimonial no Direito Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZZILLI, João Pedro. Efeitos da sentença falimentar quanto ao falido na Lei 11.101, de 2005. In: **Revista de Direito Mercantil**, 163, dez. 2012.

SZTAJN, Rachel. **Ensaio sobre a Natureza da Empresa. Organização Contemporânea da Atividade**. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2001.

TABB, Charles. The scope of the fresh start in bankruptcy: collateral conversions and the dischargeability debate. **The George Washington Law Review**, vol. 43, jun./1990.

_____. The historical evolution of bankruptcy discharge. **American Bankruptcy Law Journal**, Vol. 65, pp. 325-71, 1991.

THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass. R **Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness**. New York: Penguin Books, 2009.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**, v.3. São Paulo: Atlas, 3^a ed, 2012.

U.S. COURTS ON BEHALF OF THE FEDERAL JUDICIARY. **Bankruptcy Basics**. Disponível em: <<<http://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics>>>. Acesso em: 20.09.2015.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**, vol. 01. Rio de Janeiro: Forense, 1948-49.

_____. **Comentários à Lei de Falências**, vol. 03. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2008.

WARREN, Elizabeth. Bankruptcy policymaking in an imperfect world. **Michigan Law Review**. November, v. 336, 1993.

ZANINI, Carlos Klein. Comentários aos artigos 81 e 82. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo**. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZOLA, Enrico. **La Società di Fato nel Diritto e nella Pratica Commerciale**. Torino: Fratelli Boca, 1929.

ZWEIGERT, Konrad. Zur Methode der Rechtsvergleichung. *Studium Generale*, 193, 1960. *Apud* KENNEDY, David. The methods and politics of Comparative Law. **The Common Core of European Private Law: Essays on the Project**. Kluwer Law International, 2003.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão no Recurso Especial n. 1.193.115/MT. Relatora: ANDRIGHI, Nancy. Publicado no DJe 07/10/2013. Disponível em <<
http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&processo=1193115&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 19.10.2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão no REsp 1293636/GO. Relator: SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Publicado no DJe 08/09/2014. Disponível em: <<
http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=1293636&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 16.11.2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão no Recurso Especial n. 1266666/SP. Relatora: ANDRIGHI, Nancy. Publicado no DJe 25/08/2011. Disponível em <<
[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\('RESP'.clas.+e+@num='1266666'\)+ou+\('RESP'+adj+'1266666'.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(('RESP'.clas.+e+@num='1266666')+ou+('RESP'+adj+'1266666'.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>>. Acesso em 19.11.2015.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Acórdão na Apelação Crime N° 70062234893. Relator: BRUXEL, Ivan Leomar. Publicado no DJe em 17/09/2015. Quarta Câmara Criminal. Disponível em:
 <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70062234893&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70049879349&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>>. Acesso em 22.11.2015.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Acórdão na Apelação Cível N. 70065306458. Relator: CANTO, Jorge Luiz Lopes do. Publicado no DJ em 29/07/2015. Disponível em:
 <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70065306458&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70062234893&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>>. Acesso em 13.11.2015.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Acórdão no Agravo de Instrumento N. 70053608105. Relator: LUDWIG, Artur Arnildo. Publicado no DJ em 20/08/2013. Disponível em:
 <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70053608105&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70065306458&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>>. Acesso em 13.11.2015.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Acórdão no Agravo de Instrumento N. 70060890514. Relatora: ALMEIDA, Isabel Dias. Publicado no DJe em 24/09/2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70060890514&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70053608105&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em 13.11.2015.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Acórdão no Agravo de Instrumento n. 70049879349. Relatora: CEZAR, Denise Oliveira. Publicado no DJe em 22/08/2012. Disponível em: <<
<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70049879349&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>>. Acesso: 22.11.2015.

ESTADOS UNIDOS. **Local Loan Co. v. Hunt**, 292 U.S. 234, 244 (1934), disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/292/234/case.html>>, acesso em 17/10/2015.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: <<
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>>. Acesso em: 10.10.2015.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 556, de 25 de junho de 1850**. Código Comercial (parcialmente revogado pela Lei 10.406/02). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Código Criminal de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 13 set. 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 1572/2011**. CANDIDO, Vicente. Institui o Código Comercial. PL 1572/2011. Disponível em: <<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>>>. Acesso em: 29 out. 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945**. Lei de Falências (revogada). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto 3.708, de 10 de janeiro de 1919**. Regula a constituição de sociedades por quotas, de responsabilidade limitada. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL3708.htm>>. Acesso em: 23.11.2015.

BRASIL. Presidência da República. **Lei Complementar Nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>>. Acesso em: 19.10.2015.

BRASIL. Presidência da República. **Lei Nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11638.htm>>. Acesso em: 22.11.2015.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto N. 737, de 25 de novembro de 1850**. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

ESTADOS UNIDOS. **Bankruptcy Code**. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title11-front&num=0&edition=prelim>>. Acesso em: 30.10.15.

ESTADOS UNIDOS. 107th Congress. **Sarbanes-Oxley Act, de 30 de julho de 2002**. Disponível em: <<<https://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>>>. Acesso em: 25.11.2015.

ITÁLIA. **Codice Civile**. Regio Decreto, 16 marzo 1942, n. 262. Disponível em: <<<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1942-03-16;262>>>. Acesso em 25.11.2015.