O CONCEITO DE SOCIEDADE E A TEORIA DO CONTRATO PLURILATERAL APLICADOS À COMUNHÃO DE CREDORES NOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA

Candidato: Alessandro Orizzo Franco de Souza

Orientador: Alexandre Alves Lazzarini

Curso: LL.M. Direito Societário VII

São Paulo, 2010

Insper

À Elvira, Eveli
e Edgard.

Ao Desembargador Alexandre Alves Lazzarini,
pela sempre paciente, indispensável e polida orientação.

Seus comentários foram os bons ventos que me trouxeram aqui

Ao Insper, na pessoa do amigo André Antunes Soares de Camargo.

Espero estar sempre à altura dos valiosos ensinamentos que tive ali.

... la masse n'est pas une société…
… mais la masse est une sorte de communauté forcée...
... que s'agit de la défense et du soin des intérêts communs...

... a massa não é uma sociedade...
... mas a massa é um tipo de comunhão forçada...
... que se ocupa da defesa e do cuidado dos interesses comuns...

(Adapatação e tradução livre de Delamarre, Emmanuel; Le Poitevin, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, Paris, C. Hingray, 1861, vol. 6)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 8
1.1 Exposição do tema e da problemática 8
1.2 Delimitação quanto aos objetivos do trabalho e metodologia empregada 15
1.3 Notas fundamentais à compreensão do trabalho 19
2 A SOCIEDADE E A TEORIA DO CONTRATO PLURILATERAL 20
2.1 Natureza das sociedades (teoria contratualista e teorias anticontratualistas) 24
2.1.1 Teoria contratualista 25
2.1.2 Teorias anticontratualistas 28
2.1.3 Teoria do ato coletivo 29
2.1.4 Teoria do ato complexo 30
2.1.5 Teoria da instituição 32
2.2 A teoria do contrato plurilateral 39
2.3 As características do contrato plurilateral 46
2.4 Características centrais do contrato de sociedade 63
2.5 O contrato plurilateral enquanto efetiva definição de sociedade 68
3 A COMUNHÃO DE CREDORES E O CONCURSO DE CREDORES 70
3.1 Primeiras considerações – A execução concursal 73
3.2 O concurso de credores 78
3.3 A comunhão de credores 84
3.4 O fim comum dos credores 92
4 COMPARATIVO ENTRE A SOCIEDADE E A COMUNHÃO DE CREDORES 94
4.1 Elementos essenciais 95
4.1.1 Pluralidade de partes 95
4.1.2 Interesses divergentes e convergentes 97
4.1.3 Função instrumental 98
4.1.4 Fim comum 99
4.2 Sociedade vs. comunhão de credores 101
4.3 O contrato plurilateral de sociedade aplicado ao concurso de credores 104

4.4 A falta de elemento volitivo na comunhão de credores 114
5 INTERCÂMBIO ENTRE O DIREITO SOCIETÁRIO E O DIREITO FALIMENTAR117
5.1 Contrato de sociedade vs. (“lei” do) concurso de credores 119
5.1.1 Sistema jurídico 120
5.1.2 Norma, Direito Objetivo e Direito Subjetivo 121
5.1.3 Efeitos 123
5.2 O elemento volitivo 126
5.2.1 Sociedade sem elemento volitivo 126
5.2.2 O elemento volitivo presente na comunhão de credores 127
5.3 Direito Comparado 132
6 CONCLUSÃO 135

BIBLIOGRAFIA 137

1) INTRODUÇÃO

1.1) Exposição do tema e da problemática

O ramo do Direito Falimentar passou por dramática modificação nesta década com a edição da Lei n.º 11.101/2005 (Lei de Falências e Recuperação de Empresas, LFRE).

Não obstante, o conceito de comunhão de credores, um dos mais antigos pilares desse ramo do Direito manteve-se intocado, podendo-se até considerá-lo "reforçado", com a edição da novel legislação.

Em linhas gerais, a comunhão de credores, seja num processo falimentar, de recuperação de empresa, ou ainda no antigo processo de concordata, nasce da coletivização, do agrupamento dos credores da empresa que enfrenta dificuldades, constituindo um novo instituto.

Como veremos adiante neste trabalho, o agrupamento dos credores forma, numa visão pragmática, um sujeito de direito, um ente despersonalizado que reúne os credores em virtude da convergência de seus interesses para um fim comum[1], que boa parte da doutrina denomina *comunhão de credores*.

Seria, portanto, a comunhão de credores, um novo ente, separado dos credores que a compõe.

Peça fundamental para a formação e existência da comunhão de credores é o indefectível interesse comum que os credores possuem no deslinde da falência, recuperação

[1] ARAGÃO, Leandro Santos de. **Assembléia-Geral de credores: e agora? Um diálogo sobre a comunhão de credores e o direito societário.** In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos de. (coordenadores) Direito Societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. p. 289.

ou concordata, qual seja, a minimização das suas perdas, ou em outras palavras a máxima recuperação de seus créditos[2].

E a novel LFRE, mesmo impondo mudanças dramáticas no ramo do Direito Falimentar, tal como a extinção da Concordata e a criação da Recuperação de Empresas, não alterou o conceito da comunhão de credores. Pelo contrário, a LFRE reforçou este conceito.

Com efeito, ao instituir a Assembléia Geral de Credores, delimitando-lhe com precisão e amplidão os poderes e, conseqüentemente, outorgando-lhe grande responsabilidade (tal como aprovar ou rejeitar um plano de recuperação judicial), a LFRE deu, e ao mesmo tempo impôs aos credores, sob a ótica do pragmatismo, a obrigação de interação e diálogo (entre si, credores). Ao fazê-lo, a LFRE ressaltou, ou rememorou aos credores, o interesse convergente e o fim comum que eles, intrinsecamente, buscavam. Explicamos.

Nos antigos processos de falência e concordata, apesar de existir um evidente interesse convergente de todos os credores, no sentido de que todos desejavam recuperar seus créditos, fato era que pouco ou nenhum poder tinham esses credores, cabendo-lhes apenas acompanhar o deslinde da questão. Com a LFRE, e principalmente com a instituição da Assembléia Geral de Credores e do Comitê de Credores, foram dados aos credores maiores poderes sobre o deslinde dos processos de recuperação judicial e de falência; entretanto, tais poderes foram dados à comunhão de credores, e não a cada credor isoladamente.

Assim sendo, cada credor, isoladamente, preocupando-se apenas com a recuperação de seu próprio crédito, via de regra não possuirá o poder necessário para conduzir a recuperação ou a liquidação pelo caminho que lhe otimize a recuperação dos créditos. Por outro lado, os credores, coletivamente considerados e agindo em conjunto, em comunhão, possuem grande força para conduzir a recuperação ou a liquidação por um ou outro caminho, qualquer que seja o que resulte na otimização do resultado.

---

[2] Ainda que para alguns credores a melhor recuperação e satisfação dos créditos se dê por meio da falência do devedor, enquanto que para outros se de por meio da recuperação do devedor, em todos os casos o interesse dos credores converge para o fim comum de minimizar as suas perdas.

Nesse diapasão, notamos uma inegável similitude entre a comunhão de credores (num processo falimentar ou de recuperação) e a "comunhão de sócios ou acionistas" (que é, na verdade, o novo ente, formado pelos sócios, mas diferente deles: a sociedade em si).

Com efeito, os sócios ou acionistas de uma sociedade estão sujeitos ao mesmo conceito de interesse convergente a um fim comum que reúne os credores de um devedor em crise.

Devemos lembrar que o interesse convergente dos sócios, enquanto um dos pilares das sociedades, é tema abordado desde as teorias societárias clássicas. Superada ao longo a teoria do contrato bilateral[3], as teorias anticontratualistas já apontavam o interesse convergente dos sócios como ponto central da constituição de uma sociedade.

E, como bem ensina a teoria do contrato plurilateral de Tullio Ascarelli, que pode definir em si mesma o conceito de sociedade, os sócios ou acionistas possuem interesses divergentes e ao mesmo tempo convergentes; divergentes ao passo que cada sócio ou acionista busca o máximo retorno de seu próprio investimento (e, se um sócio ganha mais, é possível, ou até provável, que outro ganhe menos); e convergentes ao passo que o máximo retorno de seus próprios investimentos decorrerá sempre do melhor resultado possível para a sociedade, ou seja, do melhor retorno possível para a comunhão dos sócios ou acionistas.

Há de se notar que não abordamos aqui a questão do interesse social ou do fim social das sociedades (se a mera maximização do valor do acionista ou se a geração de valor para todos os *stakeholders* daquela sociedade). Falamos, neste trabalho, do interesse e do fim comum dos sócios (e não da sociedade), pelo que não restam dúvidas de que falamos, sim, da maximização do valor do acionista, e não da geração de valor para a comunidade na qual a sociedade está inserida.

---

[3] Apesar de possível a construção no sentido de que, num contrato bilateral, os interesses antagônicos das partes contratantes são complementares um do outro, e enquanto complementares poderiam ser considerados um fim comum. Exemplificando: Caio quer vender, e Tício quer comprar; os interesses são antagônicos, porém complementares, e enquanto complementares é cabível dizer que Caio e Tício tem como objetivo comum concluir o negócio de compra e venda.

No mesmo sentido analisamos o interesse convergente dos credores, para o fim comum de máxima recuperação dos seus créditos, ignorando, neste passo, o interesse social por trás dos procedimentos de natureza falimentar.[4]

Sob essa ótica, tratam-se, a comunhão de credores e a "comunhão de sócios", esta última consistente na sociedade por eles formada, de conceitos inegavelmente análogos.

E, em sendo conceitos semelhantes, passíveis de comparação e analogia, poderiam eventualmente os operadores do Direito aplicar a doutrina e as teses do ramo Societário aos casos e problemas do ramo Falimentar, e vice-versa.

Seria, sem dúvida, um grande avanço no Direito Empresarial brasileiro, uma vez que à novel LFRE, ainda não testada de forma ampla em nossos tribunais, poderiam ser aplicadas teses e doutrina já pacíficas no Direito Societário, e na via inversa, a jurisprudência de Direito Falimentar (passada e futura) poderia corroborar na solução de casos de Direito Societário.

Importante destacar que não se pretende afirmar que a comunhão de credores é uma sociedade, nem tampouco que os sócios são uma comunhão de credores frente à sociedade que constituíram. Sem dúvida, existem diferenças que, muito provavelmente, não podem ser superadas a ponto de se dizer serem iguais os conceitos.

Vislumbra-se, de imediato, a diferença central, que pode separar em definitivo a comunhão de sócios e a comunhão dos credores: a (aparente) ausência de elemento de vontade na comunhão de credores, característica que é fundamental na formação de uma sociedade.

Afinal, o agrupamento dos sócios em torno de um fim comum, que culmina com a formação de uma sociedade, decorre (quase sempre) de uma manifestação de vontade, mesmo

[4] "A razão de ser da falência é evitar que se estendam, no tempo, os inconvenientes da insolvência do comerciante. A finalidade é o adimplemento de todos os credores, o tanto quanto possível", MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, vol. XXVII, p. 36.

que tácita, ao passo que a comunhão dos credores advém de fato alheio à vontade e fora do controle dos credores – ou seja, na comunhão dos credores faltaria o elemento volitivo.

E, de fato, a teoria de Tullio Ascarelli, que provavelmente é hoje a mais aceita para explicar a constituição e natureza das sociedades, e na qual se baseia amplamente este trabalho, é intitulada de Teoria do Contrato Plurilateral, sendo que, por *contrato*, presume-se a manifestação de vontade.

Em outras palavras, pela teoria societária mais amplamente aceita, a sociedade consistente na comunhão dos sócios é formada por um tipo específico de contrato, e como qualquer contrato, implica numa manifestação de vontade.

Daí se poderia facilmente afirmar que há um cisma instransponível entre a comunhão de sócios e a comunhão de credores.

Por outro lado, como apontamos acima, nem toda sociedade decorre de uma manifestação de vontade. A favor deste argumento, temos como exemplo, os casos em que, num processo de recuperação judicial, ocorre a conversão de dívida em capital social, ou ainda formação de uma nova sociedade com os créditos habilitados contra a recuperanda, hipóteses nas quais os eventuais credores dissidentes nada podem fazer, senão acatar da decisão da maioria dos credores[5].

E, de maneira similar, no ramo do Direito Falimentar, podemos nos questionar se as decisões tomadas pela Assembléia Geral de Credores não seriam a manifestação de vontade necessária ao estabelecimento de uma relação, entre os credores, similar àquela prevista na Teoria do Contrato Plurilateral[6].

---

[5] e [6]Análises de caso que não faremos neste trabalho, vez que a amplitude do trabalho não comporta análises tão específicas.

Reitera-se, o objetivo do trabalho não é afirmar que a comunhão de credores é igual à comunhão de sócios, uma sociedade. O objetivo é comparar os dois conceitos, com base nas características do contrato plurilateral, e senão resolver, ao menos avançar na problemática proposta: a sociedade (comunhão de sócios) e a comunhão de credores são conceitos próximos o suficiente para permitir um intercâmbio de soluções entre os ramos do Direito Societário e do Direito Falimentar?

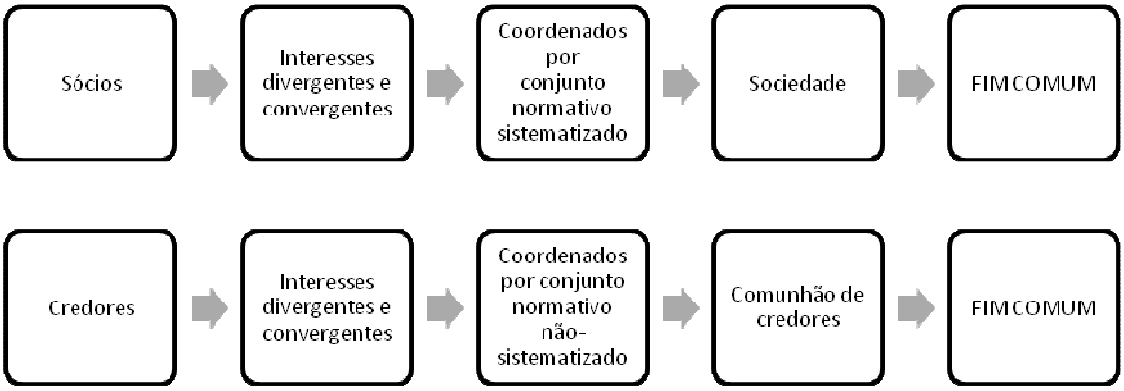
Nesse sentido, o presente trabalho estuda a comunhão de credores sob a ótica do Direito Societário, mais precisamente sob a teoria do contrato plurilateral[7], e busca traçar um paralelo entre a figura da sociedade (que nada mais é do que uma comunhão de sócios), e a comunhão de credores, buscando identificar uma linha mestra comum que aproxime os conceitos.

Tal linha mestra, numa primeira análise, consiste no fato de que, em ambas as comunhões, seus membros possuem interesses que são imediatamente divergentes, mas mediatamente convergentes num fim comum, havendo necessidade de um conjunto normativo que instrumentalize a persecução do fim comum.

No ramo do Direito Societário encontramos o conjunto normativo que instrumentaliza a persecução do fim comum dos sócios no contrato plurilateral. Já no ramo do Direito Falimentar, existe um apanhado não sistematizado de princípios e normas que não exaure tal instrumentalização.

[7] Contrato plurilateral com escopo de sociedade, e não contrato plurilateral com escopo de associação, como veremos adiante no trabalho.

Diagramando:



Em se verificando haver proximidade entre a comunhão de sócios ou acionistas e a comunhão de credores, e a depender do seu grau, poder-se-á considerar a aplicabilidade de outras teorias e soluções originadas no Direito Societário para o deslinde de questões de Direito Falimentar; isto é, poder-se-á considerar a aplicação de um conjunto sistematizado de normas (vindas do Direito Societário) a situações fático-jurídicas que carecem de normatização no Direito Falimentar.

E, por que não, também o contrário: buscar soluções no Direito Falimentar para aplicação no Direito Societário.

1.2) Delimitação quanto aos objetivos do trabalho e metodologia empregada

Nesse sentido, o tema proposto para o presente trabalho é inegavelmente amplo, especialmente por envolver dois ramos do Direito (Societário e Falimentar), e também em vista da inexistência de pré-conceitos e aparente ineditismo[8]. Assim sendo, a delimitação e restrição do tema são absolutamente necessárias.

Na esfera do Direito Societário, nosso estudo sobre a comunhão de sócios e a sociedade por eles formada estará focado na teoria do contrato plurilateral de Tullio Ascarelli.

Isso porque, a teoria do contrato plurilateral, ao buscar identificar e justificar a natureza do ato constitutivo da sociedade (como contratual), dissecou-lhe todas as facetas, e acabou adquirindo contornos de teoria geral das sociedades. Em outras palavras, pelo estudo da teoria do contrato plurilateral, acabaremos encontrando as outras definições e conceitos societários necessários ao desenvolvimento deste trabalho.

Assim sendo, analisaremos os fundamentos e conceitos dessa teoria, aprofundando-nos nas características do contrato plurilateral tal como apontadas por Ascarelli, tentando trazer os ensinamentos do Jurista em linguagem simples, prática e direta.

Entendemos que não há necessidade de limitar o estudo do contrato plurilateral no tempo, uma vez que a teoria é relativamente recente (nascida na década de 1930), e nem no espaço, posto que a teoria em si parece-nos única e universal, independentemente do sistema jurídico a que for aplicada.

Há de se notar, entretanto, que dentro da teoria do contrato plurilateral, focaremos o tipo específico de contrato plurilateral com escopo de sociedade, adentrando naquele com escopo de associação apenas para fins de explanação geral da teoria como um todo.

---

[8] Ineditismo enquanto objetivo final de um trabalho, vez que alguns autores já tocaram no assunto, como veremos adiante.

Na que tange diz respeito à comunhão de credores e os conceitos correlatos (execução concursal e concurso de credores), devemos frisar que nosso estudo tem foco no Direito Falimentar. Assim, não abordamos e não nos referimos, no decorrer do trabalho, à comunhão de credores nascida do concurso de credores de natureza civil.

Estes conceitos do direito falimentar serão abordados a partir de seus princípios clássicos, e depois serão trazidos à ótica da LFRE. Ou seja, não nos aprofundaremos, especificamente, no estudo com relação a legislações e sistemas antigos, nem tampouco a legislações e sistemas estrangeiros.

Adicionalmente, o trabalho será restringido em vista dos seus objetivos imediato e mediato, quais sejam, respectivamente, a comparação entre a sociedade e a comunhão de credores num processo de natureza falimentar, e a criação de uma base conceitual a possibilitar o desenvolvimento futuro de sub-temas específicos dentro do tema ora proposto, quais sejam, em linhas gerais, a análise pormenorizada quanto à aplicação de teorias e soluções pontuais de Direito Societário a problemas pontuais de Direito Falimentar, e vice-versa.

O tema nos parece de extrema relevância.

Do lado do Direito Societário, temos que o trabalho proposto rediscutirá a teoria do contrato plurilateral, a qual parece pouco explorada pela doutrina.

Espera-se trazer a teoria do contrato plurilateral numa ótica prática, discutindo-a com linguagem clara e objetiva, para trazer ao leitor, com a mesma clareza e objetividade, as características, os efeitos e as conseqüências que ela produz no Direito Societário.

Entendemos que o direito pátrio manca de mais obras e trabalhos sobre o contrato plurilateral, e acreditamos que quaisquer trabalhos sobre o tema são, por si só, relevantes para o desenvolvimento do Direito Societário brasileiro.

Do lado do Direito Falimentar, devemos notar, como já exposto, que a legislação passou por drástica e recente modificação. Há pouco material sobre o que se poderia chamar de novel Direito Falimentar brasileiro, e parece-nos que nenhum aborda o tema que pretendemos abordar.

Também devemos notar que a recente crise econômica internacional causou crescimento significativo no número de recuperações judiciais em curso, de empresas de todos os tamanhos e portes, o que possivelmente acarretará em crescimento também do número de falências no curto e médio prazo (em decorrência de recuperações judiciais mal sucedidas).

Assim, entendemos que o tema também é de grande relevância para o Direito Falimentar que, sob a novel legislação ainda foi pouco debatido e que, certamente, enfrentará no futuro próximo uma série de problemas e indagações novas.

No que tange à metodologia do trabalho, optou-se pelo método científico, ou seja, a exposição da tese e da problemática, com o subseqüente desenvolvimento de argumentação objetivando sustentar uma determinada solução, terminando com a conclusão, que irá validar ou rejeitar a tese.

Dada a natureza eminentemente teórica do trabalho, não nos parece que outra metodologia seria aplicável.

O trabalho de pesquisa foi realizado principalmente em legislação e doutrina nacional, com algumas colações de doutrina estrangeira, em sua maioria utilizadas para exposição de evoluções históricas e princípios, teorias e conceitos, ou então em comparações superficiais. Nesse sentido, ressaltamos que não há, neste trabalho, análises de Direito Comparado.

Não foram realizadas pesquisas jurisprudenciais porque (i) é pouca a jurisprudência de Direito Societário relevante, vez que parte significativa e crescente dos

litígios societários são resolvidos em sede de arbitragem e, conseqüentemente, são confidenciais; (ii) é pouca a jurisprudência de Direito Falimentar sob a LFRE, dada a sua recente vigência; e, talvez mais importante, (iii) a própria natureza teórica do trabalho é, de certa forma, conflitante com a natureza do provimento jurisdicional, o qual deve dispor sobre situações fáticas concretas – em outras palavras, jurisprudência que eventualmente tocasse o tema deste trabalho o faria, provavelmente, em sua fundamentação (e não na parte dispositiva) e de maneira superficial.

Passaremos, adiante, ao estudo do tema proposto.

1.3) Notas fundamentais à compreensão do trabalho

Antes, porém, de adentrar o tema, algumas notas e observações de caráter geral, fundamentais à compreensão deste trabalho, dever ser feitas.

Primeiramente, destacamos que não diferenciamos os tipos societários no decorrer deste trabalho, salvo quando o texto sugerir o contrário. Em outras palavras, *sociedade* deve ser entendida como qualquer tipo societário, seja de pessoas ou de capital, seja simples (ou civil) ou empresarial, seja por quotas, anônima, comandita etc.. Similarmente, não fazemos diferença entre *sócio* e *acionista*.

Em segundo lugar, quando nos referimos a "processos de natureza falimentar" estamos nos referindo a procedimentos, judiciais ou não, ligados ao ramo do Direito Falimentar. Assim, *processos de natureza falimentar* são, neste trabalho, genérica e indiferentemente (salvo quando o texto sugerir o contrário), processos de recuperação extrajudicial, de recuperação judicial, de falência, de concordata, e eventualmente processos de liquidação, dentre outros análogos; ou seja, tudo aquilo que deriva do conceito primitivo (como será exposto adiante, no momento oportuno) do processo de execução concursal.

Mais importante ainda é o conceito de "fim comum", já mencionado algumas vezes neste trabalho.

O *fim comum* a que nos referimos é o fim comum dos sócios e dos credores, e não o fim comum da sociedade e dos processos de natureza falimentar. Também não é o interesse social da sociedade ou dos processos de natureza falimentar. É apenas o fim comum, o objetivo último de cada um dos sócios de uma sociedade, qual seja, maximização do (seu próprio) valor do acionista, e o objetivo último de cada um dos credores num processo de natureza falimentar, que é a minimização das (suas próprias) perdas.

É fundamental, para a compreensão deste trabalho, que estes conceitos estejam sempre em mente.

2) A SOCIEDADE E A TEORIA DO CONTRATO PLURILATERAL

As sociedades são um tema de grande complexidade no Direito, especialmente no que tange a teoria – diversas teorias gerais que descrevessem a natureza, as características, a constituição e funcionamento etc., das sociedades já foram tentadas, e duramente criticadas.

Vale lembrar que as sociedades são um instituto jurídico antiqüíssimo, pré-romano[9]. O Código de Hamurabi, na Babilônia Antiga (aproximadamente ano 1.700 a.C.), já continha disposições normativas (ainda que bastante simples) relativas ao conceito de sociedade[10].

Adiante, na Roma Antiga (aproximadamente ano 500 d.C.), as sociedades foram reguladas por Justiniano em maior detalhe, e mesmo sendo tratadas, àquele tempo, como institutos de direito civil, vista que inexistente ramo específico para o direito comercial ou mercantil (e inexistente o conceito de empresa); já eram empregadas em atividades (hoje) evidentemente empresariais, tais quais as sociedades dos *publicani*, que prestavam serviços ao Estado (como, por exemplo, cobrança de impostos, execução de obras públicas etc.) e as dos *argentarii*, que eram os banqueiros da época[11].

Durante a Alta Idade Média, a pífia atividade econômica e mercantil não impulsionou o desenvolvimento das sociedades, que se restringiam, nesse período, a sociedades familiares, organizadas informalmente, sob os conceitos do que hoje denominamos sociedade em comum.

Já na Baixa Idade Média, em parte devido às proibições da Igreja Católica (proibições à cobrança de juros e à exploração de atividades comerciais, esta última imposta apenas aos membros do clero e da nobreza), e em parte à necessidade de vultosas somas para o

---

[9] LEITE JÚNIOR, Carlos Antônio Goulart, **Affectio Societattis: na sociedade civil e na sociedade simples**, pp. 2 e 13.
[10] Constava no Código de Hamurabi a seguinte regra: "Se um homem de a outro dinheiro em sociedade, o lucro e as perdas que existirem, eles partilharão diante de Deus, em partes iguais.", Idem, p. 13.
[11] REQUIÃO, Rubens, **Curso de direito comercial**, vol. I, p. 370.

financiamento das Grandes Navegações e suas explorações e empreitadas mercantis, o contrato de *commenda* desenvolveu-se e levou ao surgimento das primeiras sociedades em comandita[12].

A partir desse primeiro tipo de sociedade com caráter mercantil, na qual se viu pela primeira vez a limitação de responsabilidade (neste caso para os sócios puramente capitalistas), o instituto da sociedade voltou a se desenvolver, culminando com a criação da primeira companhia, na Holanda, em 20 de Março de 1602: a Companhia das Índias Orientais[13].

Àquele tempo as companhias eram criadas por ato do monarca, e era justamente este ato Real que lhes concedia a limitação de responsabilidade e separação de patrimônio, e conseqüentemente a personalidade jurídica, enquanto capacidade de contratar e agir em nome próprio, características que se mostraram fundamentais para fomentar o desenvolvimento econômico e social.

Pode-se dizer que, a partir de então, durante os séculos XVII e XVIII, os tipos societários mais comuns àqueles tempos (similares às nossas sociedades em comandita e sociedades em nome coletivo)[14] sofreram poucos avanços, ao passo que as companhias, novas nos sistemas jurídicos de todo o mundo, se tornaram os veículos propulsores dos grandes empreendimentos de navegação, colonização e infra-estrutura, e foram, naturalmente, o alvo das inovações da época em termos de Direito Societário.

Trajano de Miranda Valverde, em sua obra Sociedades por Ações, comenta longamente a evolução das companhias, e faz interessantíssimo histórico das primeiras "sociedades anônimas" brasileiras[15].

---

[12] REQUIÃO, Rubens, **Curso de direito comercial**, vol. I, p. 371.
[13] LAMY FILHO, Alfredo, PEDREIRA, José Luiz Bulhões, **Direito das companhias**, tit. VI, cap. I, sec. I, § 230, p. 777.
[14] Eram as sociedades de pessoas da época, que eram os tipos societários usados em larga escala pelo sem número de comerciante e artesãos, afinal, como já dissemos, as companhias eram criadas por ato do governo e destinavam-se sempre aos grandes empreendimentos, ou seja, evidentemente não se prestavam aos pequenos negócios, sempre existentes em maior número.
[15] VALVERDE, Trajano de Miranda, **Sociedade por ações**, vol. I, pp. 10 e ss.

Há de se notar que, tanto no Brasil quanto no resto do mundo, as companhias surgiram da necessidade de agregar vultosas somas de recursos para dar andamento aos grandes projetos de exploração do fim da Idade Média e da Idade Moderna; como conseqüência, entretanto, associou-se a figura das companhias à figura dos projetos de caráter público que elas desenvolviam. Tal ligação tem grande relevância para o nascimento de uma importante teoria societária, a teoria institucionalista, como se verá adiante quando analisarmos tal teoria.

Após diversas etapas evolutivas, na França pós Revolução surgiu um novo modelo de companhia, que o Código Comercial francês de 1807[16], editado pelo então imperador Napoleão Bonaparte, denominou de "sociedade anônima", e cuja constituição não mais dependia de ato do governo – a constituição era livre aos particulares, sendo necessária apenas e tão somente uma (posterior) autorização governamental (uma espécie de registro público, possivelmente com um nível maior de interferência no mérito dos documentos).

Continuou o desenvolvimento a largos passos, com o movimento liberal impulsionando a flexibilização do instituto da sociedade anônima cada vez mais, até que num dado momento, nos últimos anos do século XIX, desenvolve-se o modelo da "sociedade por quotas de responsabilidade limitada", hoje denominadas, no Direito pátrio, de "sociedades limitadas".

Suas origens são incertas, dizendo alguns doutrinadores que foi uma evolução-simplificativa da sociedade anônima, e outros que foi um *upgrade* nas sociedades de pessoas (em comandita ou em nome coletivo), existindo ainda uma terceira corrente, que diz que a sociedade limitada surgiu como um tipo completamente novo[17]. Parecem concordar[18], entretanto, que a primeira sociedade limitada nasceu na Alemanha, com a lei de 1892, seguida de perto por Portugal (1901) e Áustria (1906), e vários outros países, dentre os quais destacamos Brasil (1919), França (1925), Itália (1942), Espanha (1953), Colômbia (1971) e Argentina (1972)[19].

---

[16] VALVERDE, Trajano de Miranda, **Sociedade por ações**, vol. I, p. 19.
[17] ABRÃO, Nelson, **Sociedades limitadas**, p. 5.
[18] FERREIRA, Waldemar Martins, **Instituições de direito comercial**, vol. I, tom. II, p. 567, e ABRÃO, Nelson, **Sociedades limitadas**, p. 4.
[19] ABRÃO, Nelson, **Sociedades limitadas**, pp. 4 e ss..

E durante o século XX continuou a evolução, especialmente no que tange à regulamentação e aos usos, com o surgimento de sociedades *holding*, companhias *offshore*, sociedades de propósito específico etc..

Analisaremos, a seguir, algumas das mais importantes teorias societárias, para melhor entender a evolução das teorias e, a partir daí, adentrar na teoria do contrato plurilateral.

2.1) Natureza das Sociedades (Teoria Contratualista e Teorias Anticontratualistas)

A doutrina societária busca definir a natureza das sociedades partindo do estudo dos atos constitutivos das sociedades. Nesse diapasão, há 2 correntes principais, opostas, quanto a natureza dos atos constitutivos das sociedades e, por conseqüência, 2 correntes principais, opostas, quanto a natureza das sociedades em si: a contratualista e a anticontratualista, esta última encampando diversas teorias, dentre as quais se destaca a institucionalista.

A primeira corrente diz, em sua idéia central, que a sociedade se forma por meio de um contrato, vez que se trata de um ajuste, entre partes capazes (sócios), sobre direitos patrimoniais disponíveis, e com isso justifica a aplicação de diversas regras contratuais às sociedades.

A segunda (anticontratualista), muito resumidamente e genericamente (existem diferentes nuances nas diferentes teorias anticontratualistas), diz que a sociedade se forma por meio de declarações de vontade que são, na verdade, atos unilaterais (no mais das vezes convergentes), e que por serem convergentes não poderiam ser um contrato, vez que o contrato pressupõe uma contraposição de interesses.

A crítica de uma teoria à outra era, em apertada síntese, o fato de que os contratualistas não conseguiam justificar a inaplicabilidade de certas regras contratuais aos "contratos de sociedade", ao passo que os anticontratualistas não conseguiam justificar a aplicabilidade de tantas regras contratuais às sociedades.

Esperava-se, ansiosamente, por uma terceira teoria, a surgir da dialética então formada, e que apaziguasse as críticas de um lado ao outro.

E veio, na década de 1930, uma derivação da teoria contratualista, que aparentemente conseguiu encampar a grande maioria das críticas feitas pelos anticontratualistas aos contratualistas: trata-se da teoria do contrato plurilateral de Tullio Ascarelli.

Veremos, a seguir, um breve resumo das teorias contratualista e anticontratualistas, para em seguida adentrar a teoria do contrato plurilateral.

2.1.1) Teoria Contratualista

A teoria contratualista é aquela que diz serem as sociedades formadas por um contrato. Em sua vertente clássica, mais antiga, ao se referir ao contrato como instrumento de constituição das sociedades, refere-se especificamente ao contrato bilateral.

Pode-se dizer que, nos dias de hoje, tal teoria foi completamente superada. Mas é, ainda, merecedora de comentários, vez que dela se originam, ainda que por meio de duras críticas, as demais teorias, inclusive as que hoje são geralmente aceitas.

A teoria contratualista tem origem romana, e foi particularmente aperfeiçoada na França pós Revolução, embasada não apenas na doutrina da época, mas também na legislação.

Segundo os primórdios de tal teoria, as sociedades se formariam por meio de um contrato, e como tal, a natureza das sociedades seria contratual. Tudo isso decorrendo do conceito mais básico e simples de contrato, qual seja, o de que contrato é o acordo de vontades entre 2 ou mais particulares que gera efeitos jurídicos.

De fato, parece razoável defender que o ato de constituição de uma sociedade é um contrato quando consideramos essa simplista definição de contrato aplicada às sociedades civis da Idade Antiga e às sociedades de pessoas da Idade Medieval e da Idade Moderna, todas as quais eram organizações bastante simples e, lembremo-nos, absolutamente desprovidas de personalidade jurídica e limitação de responsabilidade.

Dada a aparente ausência de evolução das sociedades de pessoas durante a Idade Média e a Idade Moderna, a teoria contratualista continuou sendo razoável para explicar a natureza das sociedades.

Mesmo o advento, no início do século XVII, das primeiras companhias, estas sim dotadas de clara separação de patrimônio e limitação de responsabilidade e, conseqüentemente, dotadas de personalidade jurídica (enquanto capacidade de agir e contratar em nome próprio), não provocou, por si só, o questionamento da teoria contratualista. Seguia-se dizendo, aparentemente sem muita convicção e nem tampouco preocupação, que as companhias, também, eram formadas por contrato, agora envolvendo o poder soberano, concessor dos direitos de personalidade próprios desse tipo societário.

A exemplo, o alvará de constituição da Companhia do Comércio do Brasil, editado 10 de março de 1649 pela coroa portuguesa, declara que suas cláusulas foram feitas e aprovadas "por via de *contrato*" (g.n.). Já em 1849, o Decreto 575 do Império, ao autorizar, numa nova fase, a constituição de companhias por iniciativa particular, dizia que o pedido de autorização feito ao Estado deveria vir acompanhado "dos Estatutos e *contrato* constitutivo" (g.n.). [20]

O aprimoramento da teoria contratualista vem na esteira da Revolução Francesa.

Isso porque, dentre os efeitos da Revolução temos a infiltração dos ideais liberais em sistemas jurídicos de todo o mundo; a influência dos ideais liberais levou à exaltação da autonomia da vontade e da liberdade contratual, que de certa forma, eram também uma espécie de protesto contra os princípios de ordem jurídica vigentes até então, que ainda possuíam conceitos ligados ao poder absolutista dos monarcas.

O impacto frontal entre o liberalismo e o absolutismo, no campo jurídico, acarretou significativa evolução do ramo societário.

Há de se lembrar que, das duas classes societárias básicas existentes até então, a da sociedade de pessoas não possuía direitos de personalidade, e por isso já não era vista como viável para muitos empreendedores, ao passo que as companhias, apesar de possuírem tais

[20] VALVERDE, Trajano de Miranda, **Sociedade por ações**, vol. I, pp. 14 e 20.

direitos de personalidade, dependiam de prévia autorização governamental para se instalarem. Fica claro o controle e a interferência do Estado no seio do Direito Societário pré Revolução Francesa[21].

Então que os doutrinadores da época, influenciados pelo liberalismo, passaram a defender que a constituição de uma companhia, dotada dos privilégios relativos aos direitos de personalidade, deveria ser ato livre de qualquer cidadão, sem depender de prévia autorização governamental.

A advocacia desse novo modelo era fomentada pela teoria contratualista, e também, reversamente, fomentava a teoria contratualista – um alimentando o outro.

E então as legislações passaram a liberalizar a constituição de companhias, tal como fez o Código Comercial francês de 1807[22] que, como já dissemos, denominou de "sociedade anônima" o tipo societário dotado de direitos de personalidade cuja constituição não mais dependia de prévia autorização governamental.

Como conseqüência desse círculo vicioso (ou virtuoso), temos a ampla difusão e aceitação da teoria contratualista, especialmente nos sistemas jurídicos de origem romana. No momento em que poderia ser considerado o ápice da teoria, cerca de 100 anos após a Revolução Francesa, dizia o italiano Cesare Baldi:

> *"Dicesi società quel contratto col quale due o piú persone convengono di mettere qualche cosa in comunione al fine di dividere il guadagno che ne potrà derivare (art. 1697 Cod. civ.)."*[23][24]

---

[21] Até então, seguindo o desenvolvimento iniciado pela Holanda em 1602 com a criação da Companhia das Índias Orientais, as sociedades dotadas de limitação de responsabilidade eram as companhias, que eram constituídas por ato do governo. Os demais tipos societários, basicamente sociedades de pessoas, próximos das sociedades em comandita e sociedades em nome coletivo, não eram dotados de limitação de responsabilidade, e exatamente por isso não eram eficientes na captação de vultosos recursos, pelo que não se prestavam a empreendimentos maiores.
[22] VALVERDE, Trajano de Miranda, **Sociedade por ações**, vol. I, p. 19.
[23] BALDI, Cesare, ***Manuale pratico di diritto commerciale***, p. 762.
[24] Tradução livre: "Se diz sociedade aquele contrato com o qual duas ou mais pessoas convencionam colocar alguma coisa em comunhão, ao fim de dividir o ganho que dela (coisa) poderá derivar."

Em sentido similar, o francês E. Thaller:

> *"La société commerciale est une* personne, *une personne collective qu'on oppose à la personne physique. C'est ainsi que le commerce s'exerce tantôt individuellement, tantôt en société. La nature de cetter personalité sera étudiée plus loin. Mais la société doit être envisagée encore sous un autre aspect, non comme personne, mais comme* contrat. "[25][26]

Na França, inclusive, a teoria continuava sendo apoiada pelo legislador. Uma lei de 1901 mandava aplicar às associações (irmãs das sociedades) os princípios gerais dos contratos, com vistas a aferir a validade de seus atos constitutivos[27].

2.1.2) Teorias Anticontratualistas

E então vieram as críticas à teoria contratualista. Para Duguit:

> *"La société par action et l'association nous présentent deux examples notable de formation juridique où existe un concours de volotés sans qu'il y ait convention ni contrat, mais seulement une pluralité de déclarations unilatérales de volotés concourantes, à la suíte desquelles se forme une règle objective, une véritable loi matérielle du nouveau groupe, auquel peuvent adhérer par une déclaration unilatérale postérieure toutes les personnes qui, réunissant les conditions fixées par les statuts, déclarent les accepter et s'y soumettre."*[28][29]

---

[25] THALLER, E., ***Traité élementaire de droit commercial***, p. 142.

[26] Tradução livre: "A sociedade comercial é uma *pessoa*, uma *pessoa* coletiva que nós opomos à pessoa física (pessoa natural). É assim que se exerce o comércio, tanto individualmente quanto em sociedade. A natureza dessa personalidade será estudada mais adiante. Mas a sociedade deve ser vista ainda sob um outro aspecto, não como pessoa, mas como *contrato*.

[27] DUGUIT, Léon, ***Traité de droit constitutionnel***, 1927, apud SOUZA, Paloma R. Coimbra de, Ato coletivo, ato colegial, ato complexo, instituição, in FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, **Direito societário contemporâneo I**, p. 28.

[28] Idem, p. 29.

[29] Tradução livre: "A sociedade por ações e a associação nos apresentam dois exemplos notáveis de formação jurídica nas quais existe um concurso de vontades sem que haja convenção nem contrato, mas somente uma pluralidade de declarações unilaterais de vontades concorrentes, em seguida das quais se forma uma regra objetiva,

Ou seja, para Duguit, diferentemente dos contratos[30], nos quais vemos uma verdadeira contraposição de vontades entre as partes (pensando no contrato bilateral, sinalagmático), na constituição de uma sociedade estaríamos diante de uma inegável convergência de vontades: os sócios desejariam se unir para alcançar um fim comum.

E assim surgem as primeiras teorias anticontratualistas, impulsionadas primordialmente pela doutrina germânica[31], e dentre as quais destacamos a do ato coletivo, a do ato complexo e a da instituição.

2.1.3) Teoria do Ato Coletivo

Segundo a teoria do coletivo, na constituição de uma sociedade tem-se os sócios alinhados com um mesmo desejo de buscar um determinado fim comum.

Assim, ao contrário do que diziam os contratualistas, os defensores da teoria do ato coletivo, dentre os quais Kuntze e Duguit, acreditavam que o ato de constituição das sociedades não era, e nem poderia ser, um contrato, exatamente por não existir contraposição na vontade dos sócios, mas sim uma inegável convergência.

Ou seja, a teoria do ato coletivo afirma que na constituição de uma sociedade tem-se um sem número de atos unilaterais (um para cada sócio-declarante), que são as declarações de vontade dos sócios, e que cada um destes atos unilaterais converge numa mesma e única direção, qual seja, a persecução do fim comum pela sociedade que é constituída naquele ato.

Não há, como se nota, contraposição, mas somente convergência.

---

uma verdadeira lei material no novo grupo,à qual podem aderir, por uma declaração unilateral posterior, todas as pessoas que, reunindo as condições fixadas no estatuto, declarem as aceitar e a elas se submeter."

[30] Falamos aqui do contrato bilateral, ou sinalagmático, do qual o melhor exemplo é o contrato de compra e venda; neste tipo de contrato tem-se 2 partes, com vontades contrapostas e complementares – um quer vender, outro quer comprar.

[31] REQUIÃO, Rubens, **Curso de direito comercial**, vol. I, p. 381.

Ademais, afirma teoria do ato coletivo que, as declarações de vontade emitidas pelos sócios declarantes, agrupadas para a constituição da sociedade, se unem, mas sem perder, cada qual, a sua individualidade. Assim, formam um coletivo, isto é, um grupo, e que por terceiros é assim visto e considerado, mas dentro do qual cada indivíduo (ou, neste caso, cada ato ou cada declaração) preserva sua individualidade. Nas palavras de Rubens Requião, "as várias vontades dos declarantes se unem, mas ficam distintas e visíveis no âmago interno do ato"[32].

Visto por um terceiro, externo à sociedade e aos sócios-declarantes, esse agrupamento de atos aparece como uma única declaração de vontade, destinada à constituição da sociedade para persecução de seu fim social, ao passo que, vista por um dos declarantes, internamente, enxergam-se as várias declarações de vontade individuais, que se mantêm independentes uma das outras, ainda que sejam convergentes à persecução do fim comum.

Segundo os defensores dessa teoria, o ato complexo admite tanto unanimidade quando maioria. Isso porque, em se mantendo individualizadas as declarações de vontade, mas agrupando-as para a formação de um feixe único, admitir-se-ia a existência de declarações divergentes, mas que, no bojo do agrupamento, seriam sobrepostas pela maioria[33].

Assim, segundo a idéia de que os sócios, ao constituírem uma sociedade, estariam em convergência (e não em contraposição) para a busca de um fim comum, lançou-se a teoria do ato coletivo.

2.1.4) Teoria do Ato Complexo

A teoria do ato complexo é, à primeira vista, muito similar a do ato coletivo. Ambas as teorias defendem que, no ato de constituição da sociedade, não existe contraposição de

---

[32] Idem, p. 379.

[33] Num exemplo simplório e bastante prático: uma manada de elefantes correndo na direção leste – continua sendo uma manada de elefantes, e cada elefante continua sendo um indivíduo independente da manada; e a direção da manada continua sendo leste, ainda que um ou outro elefante, individualmente, esteja correndo para nordeste ou sudeste, sendo certo que esse elefante "dispersivo" acabará sendo levado, pela manada, na direção correta.

vontade entre os sócios, mas sim convergência de interesses. Então, da mesma forma e pela mesma razão, a teoria do ato complexo descarta a teoria contratualista[34].

Prossegue a teoria do ato complexo afirmando, assim como na teoria do ato coletivo, que a constituição de uma sociedade se dá mediante uma série de declarações de vontade (uma para cada sócio[35]), ou seja, a constituição de uma sociedade se por meio de vários atos unilaterais, de várias partes, convergentes para um mesmo fim comum.

A diferença, entretanto, entre as duas teorias consiste no fato de que a teoria do ato complexo defende que as declarações de vontade, atos unilaterais, se fundem em um novo ato; enquanto a teoria do ato coletivo, como apontado anteriormente, defende que cada ato unilateral permanece independente no bojo interno da coletividade.

Ou seja, os defensores do ato complexo entendem que, quando os sócios, partes, emitem, cada qual, sua declaração de vontade, e todas elas, convergentes no sentido da persecução do fim comum por meio da sociedade constituída para tal fim; ocorreria uma fusão dessas declarações de vontade numa nova, única e indissociável declaração de vontade; ou seja, os atos unilaterais se fundiriam numa espécie de novo ato, denominado ato complexo, perdendo, cada ato, sua individualidade.

A conclusão lógica é no sentido de que, no caso do ato complexo, tanto olhando de fora quanto de dentro, a constituição de uma sociedade consistiria numa única declaração de vontade, resultante da fusão de várias declarações.

Dessa diferença entre o ato coletivo e o ato complexo surge importante conseqüência: em estando viciada a declaração de vontade de um dos declarantes, a aplicação da teoria do ato coletivo levaria à conclusão de que o vício afeta apenas aquela declaração

---

[34] Por entender que o ato de constituição de uma sociedade prescinde do elemento básico e fundamental de qualquer contrato: a contraposição de vontades complementares. Novamente, a comparação feita aqui é com o contrato sinalagmático.

[35] Trata-se aqui do ato subjetivamente complexo, no qual existe pluralidade de sujeitos e um único objeto, e não no ato objetivamente complexo, no qual existe uma pluralidade de objetos e um único sujeito. Cf. SOUZA, Paloma R. Coimbra de, Ato coletivo, ato colegial, ato complexo, instituição, in FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, **Direito societário contemporâneo I**, p. 32.

pontualmente, vez que, sob aquela teoria, mesmo unidas, as declarações mantém sua individualidade e, por isso, o vício isolado de uma declaração não poderia afetar as demais; ao passo que, o mesmo vício, na teoria do ato complexo, leva inegavelmente à conclusão de que todas as declarações são afetadas porque, uma vez fundidas em uma única, não sendo possível a dissociação daquela viciada, não resta outro solução que a anulação total do ato[36].

2.1.5) Teoria da Instituição

A teoria da instituição, diferentemente das anteriores, surgiu do Direito Público, no final do século XIX. Teve, como principais desenvolvedores, Maurice Hariou (França) e Santi Romano (Itália).

A teoria parte do conceito de instituição[37], que para Hariou era uma organização social, permanente, cujos órgãos buscam a realização de um interesse comum, existindo (a instituição) independentemente dos elementos que a formam, e decorrendo sua manutenção de um equilíbrio interno de forças, isto é, de uma separação de poderes[38].

Tentamos explicar.

Instituição seria uma organização social, ou seja, uma estrutura, ligada a um determinado grupo de indivíduos, na qual órgãos, sob um determinado arranjo, trabalham coordenadamente em função dos objetivos postulados por esse grupo de indivíduos.

Há de se notar, entretanto, que apesar de estar ligada a um determinado grupo de indivíduos, a instituição é uma organização que é autônoma a esses indivíduos – assim como é independente de todos os demais elementos que a compõem. Não se pretende dizer que a instituição é uma organização que perdura fora de seu grupo ou sem elementos; mas sim que a

---

[36] Idem, p. 33.
[37] Instituição possui 2 diferentes significados: (i) técnica jurídica, tal como o "instituto da doação", e (ii) organização social; este último pode ainda ser organização social de coisas inertes, ou organização social corporativa. A instituição a que nos referimos é a instituição enquanto organização social corporativa. Cf. Idem, p. 36.
[38] REQUIÃO, Rubens, **Curso de direito comercial**, vol. I, p. 381, e cf. Idem, pp. 36 e 37.

instituição é uma organização que persiste mesmo com substanciosas modificações nos indivíduos e elementos que a formaram originalmente. Em outras palavras, uma vez formada a instituição, ela adquire autonomia suficiente para não mais depender dos elementos que a constituíram (sejam eles bens, pessoas etc.), podendo ver cada um deles substituídos, sem que sua existência seja afetada.

Isso porque, dentre os seus órgãos existe uma separação de funções e de poderes que permite o equilíbrio interno de forças, assegurando assim que a alteração nos elementos não desequilibre ou leve a instituição ao colapso.

Tal entendimento, de independência da instituição face aos seus elementos, reforça a idéia de que a instituição é permanente (no sentido de ser durável, não temporária e não perecível).

Não se pretende dizer que a instituição é eterna, indissolúvel, nem tampouco que sua existência é possível sem que ela possua membros, bens ou outros elementos. Entretanto, a instituição, na definição de Hariou, não possui vínculo forte o bastante com nenhum de seus elementos a ponto de que, a ausência ou substituição desse elemento seja causa de desequilíbrio e subseqüente colapso da instituição.

Conforme nos ensina Paloma R. Coimbra de Souza, para Hariou instituição:

> "(...) é toda organização permanente, pela qual, no interior de um agrupamento social determinado, os órgãos dispõem de poder de dominação que fica a serviço dos objetivos que interessam ao grupo, por meio de atividade coordenada. Instituição, desse modo, é caracterizada por grupo de indivíduos organizados de modo permanente, direcionado à realização de um fim comum a beneficiar todos os indivíduos, e que não perde, necessariamente, sua identidade pela mudança de seus elementos, pessoas ou bens que lhe compõem. O interesse desses indivíduos seria a realização desse fim comum. Instituição implica, portanto, subordinação

> durável de direitos e interesses privados aos fins que se trata de realizar."[39]

De maneira similar, Rubens Requião, ao analisar Hariou, diz que:

> "(...) em síntese, como indica o idealizador da teoria, os elementos de toda instituição corporativa são três: 1º a idéia da obra a realizar em um grupo social; 2º o poder organizado posto a serviço desta idéia para sua realização; 3º as manifestações de comunhão que se produzem no grupo social a respeito da idéia e de sua realização."[40]

Nota-se, assim, que o verdadeiro vínculo da instituição é com o fim comum que ela, instituição, busca alcançar; fim este que encampa os anseios da comunidade em que ela, instituição, está inserida, e não apenas dos indivíduos que estão diretamente envolvidos com a instituição.

Em outras palavras, dentro do conceito de instituição está enraizada uma ligação com o interesse público, com o fim comum enquanto bem estar social[41].

Nesse sentido, devemos ter em mente que essa teoria nasceu no campo do Direito Público, sendo possível notar certa proximidade entre o conceito de instituição e o conceito de Estado Democrático de Direito[42].

E, em sendo uma teoria desenvolvida na esfera do Direito Público (a teoria da instituição), sua primeira aplicação ao Direito Societário foi voltada às sociedades anônimas, que

---

[39] SOUZA, Paloma R. Coimbra de, Ato coletivo, ato colegial, ato complexo, instituição, in FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, **Direito societário contemporâneo I**, p. 36.
[40] REQUIÃO, Rubens, **A sociedade anônima como instituição**, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, vol. 18, p. 27.
[41] Note-se que aqui nos referimos ao "fim comum" da instituição em si, e não ao fim comum dos "instituidores".
[42] Que é, sem sombra de dúvida, uma organização social corporativa, na qual existe separação de poderes e funções entre os órgãos, gerando o necessário equilíbrio a manutenção da organização a despeito da alteração dos seus membros, sempre em busca de um fim comum com contornos de interesse público social.

não apenas eram as sociedades de maior relevo, mas também eram as que guardavam relação direta com as atividades do Estado, diferentemente das sociedades de pessoas da época.

Tal relação entre o Estado e as sociedades anônimas, já comentada no nosso breve histórico sobre o desenvolvimento das sociedades, pode ser atribuída a 2 principais elementos: (i) como vimos anteriormente, até o Código de Comércio francês de 1807, ou seja, poucas décadas antes do surgimento da teoria da instituição, a constituição de sociedades anônimas dependia de previa autorização do governo, havendo portanto uma inevitável ligação entre ambos; e, talvez mais importante, (ii) as sociedades anônimas desde sempre prestaram-se a desenvolver e explorar grandes empreendimentos que, inegavelmente, eram dotados de caráter público, tais como os grandes projetos de exploração e infra-estrutura.

Ou seja, desenvolvido o conceito de instituição na esfera do Direito Público, para explicar e justificar fenômenos e ocorrências daquele campo do Direito, desenvolveu-se a teoria da instituição, ou teoria institucionalista das sociedades.

A teoria da instituição, nascida na esfera do Direito Público, foi por conseqüência primeiramente aplicada as sociedade anônimas, ao contrário da teoria contratualista que, formulada antes, na esfera do Direito Privado, foi primeiramente destinada a justificar as pequenas sociedades de pessoas.

E, de fato, parece-nos que o conceito de instituição aplica-se razoavelmente bem à figura da sociedade anônima do século XIX.

Rememorando as características daquele tipo societário, devemos primeiramente salientar que os projetos desenvolvidos e explorados pelas sociedades anônimas da época eram todos de grande vulto, relacionados em boa parte à colonização do Novo Mundo, à implantação da infra-estrutura necessária ao desenvolvimento do Novo e do Velho Mundo e ao fomento da Revolução Industrial.

Historicamente, as sociedades anônimas ainda carregavam o estigma das primeiras companhias (de colonização e exploração), no sentido de terem íntimas ligações com e sofrerem fortes influencias dos governos que as constituíam.

E, ressalvadas as então recém constituídas sociedades anônimas de cunho familiar (uma novidade da época, que constituía, de certa forma, um desvirtuamento do tipo societário, em busca da proteção da limitação da responsabilidade), as sociedades anônimas eram, via de regra, desprovidas de um controlador majoritário – eram companhias com efetiva pulverização do capital.

Nesse contexto é fácil enxergar, na sociedade anônima, uma organização social (no sentido de estrutura orgânica), que busca um objetivo em proveito de toda uma comunidade (os grandes projetos empresariais desenvolvimentistas), na qual há uma repartição de poderes entre os órgãos (independência entre assembléia geral e administração, decorrente da pulverização do capital), na busca de equilíbrio (os órgãos mais próximos dos acionistas defendiam os interesses capitalistas destes, ao passo que os órgãos de administração defendiam a manutenção da companhia e a persecução do fim social – benéfico à comunidade sob a ótica desenvolvimentista da época), e na qual os membros e elementos que a integram (acionistas e ativos) podem ser substituídos sem que a organização em si seja prejudicada (a pulverização do capital tornava cada acionista, individualmente, irrelevante; bem com a grandiosidade dos projetos superava, por si só, a relevância de um ou outro ativo isoladamente considerado), conferindo-lhe uma forte estabilidade e durabilidade.

Assim, ao enxergar na sociedade a figura de uma instituição, buscava-se defender que a idéia de que havia um interesse social (interesse da sociedade) diferente do interesse dos sócios ou acionistas; a sociedade possuía um interesse próprio, uma função própria na comunidade em que estava inserida, e que não se confundia com o interesse dos sócios (que é, primordialmente, a obtenção de lucro).[43]

---

[43] SALOMÃO FILHO, Calixto, **O novo direito societário**, pp. 30 e ss.

Essa idéia, nascida na Alemanha pós Primeira Guerra Mundial, teve como primeiro formulador W. Ratheneu. Ele via em cada sociedade, em cada empresa, o potencial de renascimento econômico de uma Alemanha economicamente arrasada.[44]

Sua tese, de que a empresa possuía uma função social de interesse público, e não apenas privado, desenvolveu-se pela valorização dos órgãos de administração sobre a assembléia de sócios ou acionistas, na tese de que a administração seria capaz da independência necessária à defesa do interesse social contra o interesse do acionista.[45]

Tal tese foi abarcada pela legislação alemã de 1937 (*Aktiengesetz*); mas no pós Segunda Guerra Mundial foi amplamente criticada, vez que a "supremacia" da administração sobre os sócios levou a abusos e irresponsabilidades por parte dos administradores.[46]

As idéias de W. Ratheneu (chamadas de *institucionalismo publicístico*; ou seja, que preferia o interesse público ao privado) evoluíram então para aquilo que hoje chamamos de institucionalismo integracionista ou organizativo.[47]

Esse novo institucionalismo busca não a "supremacia" do interesse público, da comunidade, sobre o interesse privado do sócio; mas sim a integração dos interesses dos diferentes *stakeholders*, de maneira organizada, tal como no modelo alemão, que prevê a participação de representantes dos trabalhadores nos órgãos de administração das sociedades. A idéia é de que os trabalhadores teriam interesses diferentes dos sócios (maximização do lucro), e diferentes também da administração (bônus "polpudos"), se aproximando do que seriam os verdadeiros interesses da comunidade (até porque os trabalhadores, via de regra, são os membros da comunidade em que a sociedade está inserida).[48]

---

[44] Idem.
[45] Ibidem.
[46] Ibidem.
[47] Ibidem.
[48] Ibidem.

A despeito dos diferentes institucionalismos, podemos resumir dizendo que a questão central que diferencia a teoria institucionalista das demais é a prevalência de um interesse social sobre o interesse particular dos sócios.

Vale ressaltar, entretanto, alguns pontos cruciais para a continuidade do nosso estudo: (i) Hariou, criador da teoria da instituição, nunca aplicou sua teoria a sociedades de outro tipo que não as anônimas[49]; e (ii) a teoria da instituição não explica a constituição das sociedades anônimas, focando a sua conceituação[50], diferentemente das teorias anteriormente vistas, que partiam do estudo do ato constitutivo da sociedade para então lhe conceituar.

Com efeito, entende Requião, assim como Hariou, que as teorias contratualista e da instituição podem ser, como talvez sejam no caso das sociedades anônimas abertas, complementares: a teoria contratualista explicando a constituição da sociedade anônima, e a teoria da instituição explicando o conceito de sociedade anônima em si[51].

---

[49] REQUIÃO, Rubens, **Curso de direito comercial**, vol. I, p. 382.
[50] REQUIÃO, Rubens, **A sociedade anônima como instituição**, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, vol. 18, p. 27 e 28.
[51] Idem, p. 28.

2.2) A teoria do contrato plurilateral

A primeira menção à teoria do contrato plurilateral de que temos notícia é de autoria de Tullio Ascarelli, na *Rivista di Diritto Commerciale*, 1931, II, 256[52].

Após tal primeira menção, a teoria é novamente trazida ao longo da década de 1930, pelo próprio Ascarelli e por diversos colegas italianos, em várias publicações especializadas[53].

Na década seguinte a teoria é citada por colegas estrangeiros[54], dentre os quais destacamos o brasileiro Waldemar Ferreira que, ao criticar as teorias anticontratualistas, trazia os ensinamentos de Ascarelli:

> "Objetou, porém, e com alta agudeza, TULLIO ASCARELLI confundirem os prosélitos de tais doutrinas o escopo da sociedade com a posição dos interêsses dos sócios. O escopo social é, realmente, comum e único para todos os sócios e a sociedade bem se pode caracterizar por essa unidade de escopos; mas o interêsse dos sócios, no momento de constituí-la, permanece distinto e o de cada qual é, embora paralelo, em verdade contraposto ao do outro. Há, pois, considerar seu objetivo, tanto que constituída, e o interêsse de cada sócio em confronto com os dos outros no organizá-la."[55]

---

[52] ASCARELLI, Tullio, **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**, p. 373.
[53] A teoria é citada novamente por ASCARELLI em ***Foro della lombardia***, 1932, 439; *Note preliminari sulle intese insdustriali* in ***Rivista italiana delle scienze giuridiche***, 1933, 2ª Ed., Milão, 1937; ***Appunti di Diritto Commerciale***, 3ª Ed., 1936, vol, II, p. 20; e por AULETTA, ***Il contrato di società commerciale***, Milão, 1936, pp. 31 e ss.; GHIDINI, ***Estinzione e nullità delle società commerciale***, Milão, 1937; GHIRON, ***Corso di diritto industriale***, 2ªEd., 1937, vol. I, p. 113; ASCARELLI, Tullio, **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**, p. 373.
[54] Além de FERREIRA, Waldemar, temos RODRIGUEZ, Joaquim Rodriguez e, ***La empresa mercantil***, México D.F., 1941, p. 147; ASCARELLI, Tullio, **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**, p. 373.
[55] FERREIRA, Waldemar, ***Instituições de Direito Comercial***, vol. I, tomo II, pp. 410 ss.

Não obstante, o próprio Ascarelli atribui as bases da sua teoria a doutrinadores muito mais antigos.

Em “Problemas das sociedades anônimas e direito comparado”, o jurista inicia o capítulo no qual traz a sua teoria dizendo que Hugo Grocio (1583 – 1645), um dos pais do jusnaturalismo e do direito internacional, ao discorrer sobre as diferenças entre contratos onerosos e gratuitos em sua obra *De jure belli ac pacis*, 1625, já apontava para a existência de um tipo ou espécie diferenciada de contrato oneroso para tratar do tema das sociedades.

Grocio teria divido os contratos em onerosos e gratuitos (*permutatorii* e *benefici*), e sobre os onerosos teria dito que ou eles colocam as partes em efetiva contraposição, exercendo uma função distributiva, sendo posteriormente denominados por Ascarelli como contratos permutativos (tal qual é o caso da compra e venda), ou eles possuem uma função cooperativa, comunal, de compartilhamento, os quais ele (Grocio) chamou de *communicatorii*, e sobre os quais afirmou que, ao criarem um compartilhamento sobre uma coisa, ou a partir de uma coisa, criam uma utilidade comum (ou compartilhada) (sobre a coisa) a qual todos chamam de sociedade[56].

Ou seja, segundo Ascarelli, Grocio estaria dizendo que o contrato de sociedade não é um contrato “comum”, invocando, assim, certo tipo de senso geral segundo o qual certas regras típicas dos contratos não se aplicam às sociedades.

Como vimos, é exatamente essa inaplicabilidade de certas regras contratuais às sociedades que constitui a principal crítica da corrente anticontratualista à corrente contratualista.

E Ascarelli, partindo da diferenciação feita não apenas por Grocio, mas também por tradicionais doutrinadores de Direito Civil, desenvolveu a sua teoria do contrato plurilateral.

---

[56] Sobre os contratos *communicatorii*, diz Grocio que *aut facta communicant aut res, au hinc res, inde facta ad utilitatem communem quae omnia veniunt societatis nomine*. ASCARELLI, Tullio, **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**, p. 373

Em apertada síntese, a teoria do contrato plurilateral parte de uma inovadora forma de classificação dos contratos quanto ao número de partes: em complemento à tradicional classificação entre unilateral e bilateral, Ascarelli propõe uma terceira hipótese, que chama de contrato plurilateral.

Lembremo-nos, inicialmente, de que a classificação dos contratos em unilateral ou bilateral (sinalagmáticos) não diz respeito ao número de pessoas envolvidas, ou ao número de subscritores do contrato (até porque, um contrato, negócio jurídico que é, precisa sempre de pelo menos 2 pessoas); a divisão em questão diz respeito ao número de partes que assume obrigações.

Assim, num contrato unilateral temos apenas uma parte assumindo obrigações (e ainda assim gerando efeitos para outra parte), tal qual a doação; e num contrato bilateral, ou sinalagmático, temos 2 partes reciprocamente assumindo obrigações, ou seja, temos prestação e contraprestação, tal qual um contrato de compra e venda (uma parte se obriga a pagar o preço, e a outra parte se obriga a entregar a coisa).

E, frise-se, que "parte" contratual não se refere a uma pessoa; é possível uma doação em que haja vários doadores e/ou vários donatários, sendo que ainda assim tem-se apenas 2 partes (doador e donatário), e apenas uma delas, doador, assumindo obrigações; o mesmo vale para compra e venda, situação na qual é possível que haja vários vendedores e/ou vários compradores, simultâneos, agindo em conjunto ou em condomínio, mas ainda assim persistem apenas 2 partes: compradora, que se obriga a pagar o preço, e vendedora, que se obriga a entregar a coisa.

A inovação trazida por Ascarelli foi a inclusão de uma classe adicional, por ele considerada subespécie, que denominou de contratos plurilateriais. Nestes contratos tem-se (ainda que apenas potencialmente) várias partes contratuais.

Apesar de o contrato plurilateral não se restringir aos contratos de sociedade, é nestes que temos o exemplo de mais fácil visualização da teoria.

Num contrato de sociedade existem múltiplas partes, os sócios, cada qual assumindo obrigações e direitos, reciprocamente, entre si, sócios, e frente à sociedade. Isto é, num contrato de sociedade, cada sócio assume, por exemplo, a obrigação de integralizar determinada parcela de capital social, contra o direito de votar e de receber os dividendos correspondentes ao seu capital; tal obrigação é assumida por cada sócio, individualmente, frente aos demais sócios e frente à sociedade, assim como o direito de voto e de perceber os dividendos, que é atribuído a cada sócio, lhe é assim atribuído e garantido por cada um dos demais sócios e pela própria sociedade. Tem-se, com efeito, uma verdadeira pluralidade de partes assumindo obrigações reciprocamente.

E destaque-se que, mesmo quando existem apenas 2 partes, tal qual numa sociedade com apenas 2 sócios, considera-se o contrato como sendo plurilateral se ele potencialmente admitir a pluralidade de partes.

Avançando sobre questão da classificação dos contratos, Ascarelli ainda observa que a classificação deste quanto ao número de partes leva em conta o aspecto estrutural, e não o econômico. Menciona, nesse passo, que sob o aspecto econômico o contrato plurilateral seria um contrato organizacional[57].

Ainda, também antecipando conceitos que serão mais bem explorados adiante, quando analisarmos pontualmente as características dos contratos plurilaterais, Ascarelli dividiu os contratos quanto a sua função, atribuindo aos contratos plurilaterais uma função instrumental (tal qual aos contratos de mandato), e mencionando que os contratos permutativos (via de regra os sinalagmáticos) possuiriam uma função distributiva.

Segundo o jurista, "os contratos de permuta visam, afinal, uma distribuição dos bens entre os sujeitos de direito".[58]

---

[57] Seria um dos contratos organizacionais, não o único contrato de organização. Na verdade, Ascarelli diz ser "inoportuna a terminologia de 'contratos de organização', se utilizada para indicar apenas os contratos plurilaterais, podendo, ela, ser, ao contrário, aproveitada para indicar todos os contratos com funções instrumentais". Idem., p. 396.

[58] Ibidem, p. 396.

Continua, dizendo sobre os contratos plurilaterais que:

> "Os contratos plurilaterais visam, ao contrário, justamente disciplinar a utilização dos bens a que se referem. Os atos que, na hipótese da propriedade individual, constituem apenas manifestações do lícito jurídico, passam, ao contrário, a ser, objeto de disciplina jurídica pormenorizada, dada a necessidade de delimitar de um lado os direitos de cada parte no contrato e, de outro lado, os direitos individuais de cada parte e os coletivos de todas."[59]

Ou seja, os contratos plurilaterais, em sua função instrumental, são precursores de uma cadeia futura de atos jurídicos, e servem para instrumentalizar e regrar a execução de tais atos jurídicos no futuro. Com efeito, não se cumprem, não se satisfazem per se, mas sim pela persecução, normalmente (mas não obrigatoriamente) continuada, da finalidade para a qual foram criados.

Em outras palavras, enquanto nos demais contratos a função, via de regra, corresponde à finalidade do contrato, como por exemplo, num contrato de compra a venda, no qual a função e o fim são a transferência de uma propriedade de uma parte à outra, versus uma contraprestação pecuniária; a função do contrato plurilateral não se confunde com o seu fim, com a sua finalidade, posto que a sua função é instrumentalizar o encadeamento futuro de atos jurídicos que será necessário para alcançar a finalidade (que, no caso das sociedades, confunde-se mediatamente com o fim comum dos sócios).

E assim chegamos naquilo que acreditamos ser o cerne do contrato plurilateral, a sua característica mais marcante: o fim comum buscado pelas partes.

Isso porque, como já exposto, nos demais contratos, que via de regra são permutativos, tem-se uma efetiva contraposição de vontades e interesses (uma parte quer comprar

[59] Ibidem, p. 397.

e a outra parte quer vender), que se resolve pela execução e adimplemento do contrato, cuja função e fim são, justamente, solucionar a contraposição existente entre as partes.

Diferentemente, no contrato plurilateral cada uma das partes possui interesses que, apesar de estarem em imediata contraposição aos interesses das demais partes, convergem, mediatamente, para um fim comum. Daí a necessidade de um contrato para, regulando a contraposição imediata de interesses, instrumentalizar a busca do fim comum no qual os interesses, mediatamente, convergem.

Exemplificando, novamente por meio do contrato de sociedade, temos como partes os diversos sócios; cada qual tem como interesse final, imediatamente contraposto ao dos demais sócios, obter o maior lucro possível, ainda que (e, talvez, especialmente), em prejuízo dos demais sócios; não obstante, por trás da imediata divergência, existe uma mediata convergência para o fim, último, comum a todos os sócios, individual e coletivamente considerados – que é a obtenção do maior lucro possível; com o contrato de sociedade, instrumentaliza-se a busca desse fim comum.

E temos, assim, a principal característica do contrato plurilateral, que acreditamos ser o motivo de sua tão ampla aceitação para teorizar a natureza das sociedades: a junção entre os conceitos de contrato, enquanto ajuste instrumental entre particulares, e de fim comum, como objetivo mediato das partes.

A teoria do contrato plurilateral, ao identificar e bem sinalizar essa característica de interesses contrapostos que convergem para um fim comum, conseguiu, ao que nos parece, superar, senão todas, ao menos a maior parte das críticas à teoria contratualista. Identificou-se o contorno particular das sociedades, mantendo-lhes a natureza contratual; uma classe especial de contratos, na qual os interesses das múltiplas partes não são absolutamente opostos, mas são, sim, ao mesmo tempo divergentes e convergentes.

Nota-se, no mais, que a teoria do contrato plurilateral, mesmo mantendo a afirmação inicial da contratualidade, abarca relevante parcela do que era a teoria da instituição,

especificamente no que concerne à visão da sociedade como organização social corporativa, colocando-a dentro da teoria contratualista; pode-se dizer ter ocorrido um verdadeiro processo dialético em que ponto e contra-ponto são superados por idéia nova e superior.

Afinal, rememorando a teoria instituição, temos que a sociedade seria uma organização, permanente, autônoma aos seus elementos, que busca o fim comum de uma determinada comunidade na qual ela está inserida. É, portanto, a sociedade, instrumento para a busca do fim comum.

No mais, verifica-se o fim comum, como ponto de convergência dos interesses dos sócios, como o elemento uniforme das mais modernas teorias (vez que ausente apenas na teoria contratualista clássica).

E este elemento é encontrado não apenas na doutrina, conforme as inúmeras citações anteriores, mas também na legislação, senão vejamos:

> "Art. 1.363. Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns." (Código Civil brasileiro de 1916)
>
> "Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados."[60] (Código Civil brasileiro de 2002)

Visto, assim, o conceito geral de contrato plurilateral, passaremos à análise detalhada de suas características.

---

[60] Numa interpretação sistemática nota-se que a expressão "para lograr fins comuns" do Código Civil de 1916 foi substituída pela expressão "para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados" no Código Civil de 2002. Não há que se dizer que o Código Civil de 2002 suprimiu o conceito de "fim comum"; pelo contrário, o Código Civil de 2002 explicitou o que seria o fim comum: exercer atividade econômica e partilhar os resultados.

2.3) Características do contrato plurilateral[61]

O contrato plurilateral, segundo Ascarelli, possui diversas características próprias. Em "Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado", Ascarelli identifica 23 características, por ele enumeradas de "a" a "z". Elencamos, adiante, as 23 características, explicando-as de forma direta e objetiva.

a) Possibilidade de participação de mais de duas partes

Segundo Ascarelli, uma das principais características do contrato plurilateral, e a partir da qual surge sua classificação, é a possibilidade de dele participarem mais de duas partes.

Rememorando as explicações anteriormente trazidas, com o contrato plurilateral surgiu uma nova categoria de classificação dos contratos quanto ao número de partes: aos contratos unilaterais e bilaterais acresceram-se os contratos plurilaterais.

Devemos lembrar que a classificação em questão não diz respeito, simplesmente, ao número de partes que integram o contrato (até porque, o próprio conceito de contrato demanda o mínimo de duas partes), mas sim ao número de partes que assume obrigações em um contrato. Desta feita, num contrato unilateral somente uma das partes assume obrigações, ao passo que num contrato bilateral temos duas partes assumindo obrigações, e finalmente, no contrato plurilateral temos (potencialmente) múltiplas partes assumindo obrigações.

Note-se bem, falamos em "possibilidade" de participação de mais de duas partes, não em obrigatoriedade de participação de mais de duas partes.

E, no mais, devemos ter em mente que "parte" diz respeito aos pólos do contrato, e não ao número de pessoas que integram os pólos. Com efeito, num contrato de compra e venda

---

[61] ASCARELLI, Tullio, **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**, p. 376 à 424.

temos dois pólos (comprador e vendedor), independentemente de serem vários os compradores e/ou os vendedores (em condomínio, co-propriedade).

b) Direitos e obrigações; c) De cada parte para com todas as demais[62]

Vimos, anteriormente, que a classificação de um contrato como plurilateral decorre do fato de que existem (potencialmente) múltiplas partes, ou múltiplos pólos contratuais, cada qual assumindo obrigações recíprocas entre si, em oposição ao contrato bilateral, no qual (apenas e exatamente) dois pólos assumem obrigações, e também em oposição ao contrato unilateral, no qual, apesar de existirem dois pólos, apenas um deles assume obrigações.

Nessa linha, Ascarelli ressalta que, num contrato plurilateral, cada parte assume (b) direitos e obrigações, (c) perante todas as demais partes do contrato.

Ou seja, cada uma das (potenciais) múltiplas partes não apenas assume obrigações, mas também, em virtude do contrato plurilateral, torna-se titular de direitos.

E, mais ainda, cada parte assume obrigações *perante todas as demais partes*, e não apenas perante uma ou outra; bem como, similarmente, adquire direitos *frente a todas as demais partes*, e não apenas frente uma ou outra.

Num contrato de sociedade, poderíamos traduzir essas afirmações na medida em que cada sócio, individualmente, assume obrigações, tal qual a de integralizar o capital social, perante todos os demais sócios, e adquire direitos, tal qual o de receber dividendos, frente a todos os demais sócios.

E, de fato, não há sociedade sem que todos os sócios assumam alguma obrigação (qualquer que seja ela) e adquiram algum direito (seja ele político ou patrimonial).

---

[62] Aqui agrupamos duas das características dadas por Ascarelli, acreditando que esse formato favorece a didática deste trabalho.

d) Conclusão do contrato

Ascarelli ressalta que, por ser um contrato com múltiplas partes, a hipótese de conclusão do contrato plurilateral entre ausentes (não estando todas as partes presentes ao ato de conclusão) mostra-se muito mais complexa do que a conclusão de um contrato bilateral entre ausentes.

Traz, Ascarelli, a figura da constituição "sucessiva" de uma sociedade, isto é, a constituição entre ausentes, na qual diversos sócios aderem, "sucessivamente", ao projeto de nova sociedade, por meio de subscrições de capital encaminhadas aos pretensos fundadores da sociedade, e não a todos os subscritores, tal qual ocorre numa constituição de sociedade por meio de oferta pública de ações; esclarece que, parte da doutrina, ao estudar o tema, classificou as sucessivas subscrições dos sócios ausentes como contratos preliminares, enquanto outra parte da doutrina classificou tais sucessivas subscrições como contratos em favor de terceiros. De acordo com Ascarelli e sua teoria do contrato plurilateral, ambas as classificações estariam incorretas.

A subscrição, por sócios ausentes, vista como um contrato preliminar, consistiria em afirmar que, entre cada subscritor do capital da sociedade a constituir-se e o(s) fundador(es) haveria um contrato preliminar (consistente na própria subscrição), posto que o contrato, em si, surgiria apenas na assembléia de constituição da sociedade.

A mesma subscrição por sócios ausentes, sob a ótica de contrato em favor de terceiros, consistiria em entender que cada subscrição é um contrato entre o subscritor e o(s) fundador(es), que produz efeitos em favor de terceiros, quais sejam, os demais subscritores.

Para Ascarelli, entretanto, as subscrições sucessivas são nada mais do que propostas de adesão ao projeto, que são enviadas pelos subscritores aos fundadores (e não a cada um dos demais subscritores) por uma mera questão de praticidade, sem que se estabeleça uma relação jurídica autônoma entre cada subscritor e os fundadores.

Com efeito, Ascarelli descarta as teorias de contrato preliminar e de contrato em favor de terceiro, repisando que a sociedade se constitui, ainda que "sucessivamente", pela aceitação das múltiplas partes aos termos do contrato que lhes foi posto; e que tais aceitações, ainda que sucessivas, são a verdadeira essência da formação do contrato.

e) Dolo

No contrato plurilateral, a assertiva de o *dolo proveniente da parte contrária vicia a manifestação de vontade da parte* deve ser encarada no sentido de que apenas o dolo proveniente de *todas as outras partes* pode ensejar o vício da manifestação de vontade. Afinal, vez que cada *parte* assume direitos e obrigações perante todas as demais *partes*, para aquela *parte* o significado de *contraparte* confunde-se com *todas as outras partes*.

f) Finalidade comum

Diz Ascarelli que "à pluralidade corresponde a circunstância de que os interesses contrastantes das várias partes devem ser unificados por meio de uma finalidade comum".

Afinal, temos, nos contratos plurilaterais, uma pluralidade de partes assumindo obrigações e adquirindo direitos frente a todas e cada uma das outras partes; é natural que a coordenação desses direitos e obrigações orbite um fim comum; de tal sorte que o contrato e a sua execução, em si, não atinge o fim comum; mas (de certa maneira) prescreve como esse fim comum será atingido, ao coordenar os direitos e obrigações reciprocamente assumidos pelas partes.

Daí decorre que o fim comum assume autonomia frente ao próprio contrato; este passa a ter função meramente instrumental, e não mais finalística.

Ou seja, como já explicamos antes, enquanto no contrato sinalagmático o fim se confunde com a função (num contrato de compra e venda, o fim, o objetivo último do contrato, é a transferência de um bem mediante contraprestação; neste mesmo contrato, a função é, também,

a transferência do bem mediante contraprestação); no contrato plurilateral o fim do contrato adquire autonomia, e deixa, portanto, de confundir-se com a função.

Com efeito, faz-se necessário analisar a validade (possibilidade e licitude) do contrato plurilateral não apenas quanto à adesão de cada parte (manifestação de vontade), mas também quanto ao fim buscado pelo contrato.

Há de se ressaltar que falamos em fim do contrato plurilateral, o que não se confunde com o fim da entidade por ele criada. Em outras palavras, o fim do contrato plurilateral, que é o seu objetivo, não se confunde com o objeto do contrato, que a entidade por ele criada e as atividades a serem desenvolvidas.[63]

g) Função instrumental

Decorrendo do já exposto, verifica-se que o contrato plurilateral possui função instrumental; quer dizer, o contrato plurilateral é um instrumento, um veículo, para a realização do fim comum.

Assim, o contrato plurilateral não se exaure com a sua execução, ou com o adimplemento das obrigações ali assumidas; o contrato plurilateral, ao contrário, se exaure com a realização dos atos futuros a que ele se prestou a regular, culminando no (eventual) atingimento do fim comum.

Como já dissemos, ao passo que os contratos permutativos têm uma natureza distributiva (distribuir os bens e direitos entre sujeitos), o contrato plurilaterais visam regular a utilização dos bens a que se referem (isto é, organizar a utilização dos bens entre os diversos sujeitos).

[63] Coadunando com a idéia de que o objetivo da sociedade é o lucro, e o objeto social é a atividade econômica por meio da qual a sociedade buscará o lucro.

Em virtude dessa característica instrumental, o contrato plurilateral é um contrato que persiste no tempo, sendo um verdadeiro contrato de execução continuada.

Disso decorre que existem pré-requisitos de validade e eficácia aplicáveis à formação, bem como pré-requisitos de validade e eficácia aplicáveis à execução (enquanto função instrumental) do contrato plurilateral; no momento da formação do contrato, todos eles devem estar presentes; durante a sua execução, entretanto, os pré-requisitos de validade e eficácia aplicáveis à formação do contrato podem desaparecer, sem que haja prejuízo à execução do contrato; entretanto, o desaparecimento dos pré-requisitos de validade e eficácia aplicáveis à execução do contrato, durante a sua execução, causam-lhe a perda da validade e eficácia.

h) Prazo

Os contratos plurilaterais são, indiscutivelmente, contratos de execução continuada. E como tal, não se exaurindo quando de sua conclusão, necessitam de uma definição quanto ao seu prazo de vigência.

Há de se notar que não nos referimos, aqui, a prazos para o adimplemento desta ou daquela obrigação, mas sim ao prazo para a vigência da função instrumental do contrato, isto é, o prazo pelo qual o contrato será o veículo de persecução do fim comum, regulando a organização que por meio dele foi constituída.

E as conseqüências dessas assertivas vão de encontro ao acima exposto, quanto a manutenção dos pré-requisitos de validade e eficácia ao longo de tempo, bem como de condições socioeconômicas mínimas, ambas questões que, certamente, sofrerão alguma alteração desde a formação do contrato até o futuro momento de sua execução.

i) Condomínio

O contrato plurilateral é um dos instrumentos hábeis a constituição de um condomínio e, para Ascarelli, em algumas situações é o único instrumento hábil a constituição de um condomínio.

j) Direitos das partes

Segundo Ascarelli, num contrato plurilateral os direitos adquiridos pelas partes estão sempre fundamentalmente ligados ao fim comum, e exatamente por isso são direitos similares, *do mesmo tipo*. Exemplifica citando o direito dos sócios em receber lucros da sociedade, que mesmo sendo diferente em quantidade, é o mesmo direito em qualidade.

Destaca-se ainda que, contrariamente, nos contratos bilaterais os direitos das partes são contrapostos, tal qual numa compra e venda, em que uma parte tem o direito de receber o bem, e a outra de receber o preço.[64]

l) Obrigações das partes

Contrariamente, nos contratos plurilaterais as obrigações assumidas pelas partes podem, e muitas vezes são, diferentes: a prestação a que cada sócio se obriga, na constituição de (ou adesão a) uma sociedade podem ser diferentes em qualidade, tal como um sócio que se obriga a transferir a propriedade de um imóvel à sociedade, outro que integraliza capital com dinheiro, e outro que se compromete a trabalhar.

Nota-se, nesse mesmo sentido, uma grande flexibilidade no ajuste das obrigações num contrato plurilateral; praticamente "qualquer" coisa é possível.

Tal característica se distingue grandemente dos demais contratos, nos quais temos (via de regra[65]) uma obrigação típica, padrão, atrelada ao escopo e função daquele tipo de

[64] Ascarelli excepciona desta regra os contratos de troca, isto é, os contratos de permuta de um bem por outro bem. ASCARELLI, Tullio, **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**, p. 400.

contrato. Explicamos: num contrato de compra e venda, as obrigações assumidas são de comprar (por uma parte) e de vender (pela outra parte); num contrato de locação, uma parte se obriga a ceder o uso do bem e a outra se obriga a pagar o aluguer etc.. Não há, nos contratos bilaterais, muita liberdade para definição das obrigações das partes.

Não obstante a liberdade na pactuação de obrigações no contrato plurilateral, temos que elas serão, quase sempre, correspondentes a uma ou outra obrigação de um contrato sinalagmático (tal como transferir a propriedade de um imóvel na constituição de uma sociedade; é uma obrigação similar a de venda do imóvel num contrato de compra e venda).

Dessa constatação, Ascarelli conclui que as obrigações assumidas num contrato plurilateral estão sujeitas a um duplo regime: primeiramente, às normas gerais dos contratos plurilaterais, e em seguida (quando não conflitantes) às normais particulares daquela obrigação (as quais, via de regra, encontraremos atreladas aos contratos sinalagmáticos que possuem semelhantes obrigações).

m) Equivalência entre as obrigações das partes

Primeiramente, devemos entender que, nos contratos sinalagmáticos, permutativos, nota-se desde logo uma clara e evidente equivalência entre as obrigações assumidas de parte a parte. Isto é, com o adimplemento de ambas as partes, ocorre uma simples troca patrimonial de uma parte para com a outra, sem que o patrimônio total de nenhuma delas seja afetado. Em outras palavras, numa compra e venda, uma parte presta o bem, mas recebe da outra parte o preço que lhe equivale; e a outra, ao pagar o preço, recebe da uma o bem que lhe equivale.

Há, portanto, uma reciprocidade e equivalência de uma parte para com a outra.

---

[65] Parece-nos que nesse comentário Ascarelli não levou em consideração os contratos aleatórios, os quais não são contratos típicos e, portanto, não tem objeto típico e nem obrigações típicas. Entendemos, entretanto, que o sentido geral da exposição de Ascarelli não foi prejudicado.

Tal equivalência não é encontrada de maneira tão óbvia no contrato plurilateral. Porque, contrapondo-se a obrigação de uma das partes à obrigação da outra parte, não necessariamente se vislumbrará essa equivalência.

Há equivalência, entretanto, ao contrapor as obrigações de uma parte (frente a todas as outras partes) às obrigações de todas as outras partes (frente aquela uma parte primeira). Ou seja, as prestações de um sócio frente à coletividade, confrontadas com as obrigações da coletividade frente a esse sócio, guardam equivalência entre si.

Tal entendimento corrobora com um dos conceitos gerais do contrato plurilateral, segundo o qual a contraparte é, necessariamente, o conjunto de todas as demais partes.

n) Escopo

O escopo dos contratos plurilaterais pode ser de duas diferentes naturezas: (i) de sociedade ou (ii) de associação. Uma natureza se distingue da outra em virtude da forma de persecução do escopo: mediante operações externas (sociedade) ou internas (associação).

Devemos, inicialmente, entender o conceito que Ascarelli atribuiu à sociedade e à associação.

A primeira, sociedade, é aquela em que o escopo é perseguido por meio de operações externas, isto é, operações com terceiros, que não integram a sociedade (e que por isso não são partes do contrato plurilateral). Tem-se, claramente, o fim último de lucro.

Já a outra, a associação, é aquela em que o escopo é alcançado por meio de operações internas, ou seja, por meio de operações entre a associação e os associados; vale dizer, por meio de operações entre a associação e as partes do contrato plurilateral. Pode existir ou não a intenção de lucro.

Ascarelli exemplifica as associações nas cooperativas (ou mútuas) de crédito, de compras etc.. Nestas, o escopo é conceder crédito, ou adquirir produtos, mas sempre em benefício direito dos seus próprios associados.

No caso de uma cooperativa de crédito, nota-se facilmente o que Ascarelli pretende dizer: a associação (cooperativa de crédito) via de regra somente poderá conceder crédito aos seus membros, e o fará com taxas mais baixas do que as instituições financeiras; não há, nestes casos, operações entre a associação e terceiros.

Similarmente, no caso de uma cooperativa de compras notamos que o escopo é a compra de produtos em grande quantidade, visando maiores descontos (em virtude dos volumes negociados), para posterior revenda ou repartição entre os membros da associação; aqui se tem a associação operando frente a terceiros, estranhos ao contrato plurilateral (na compra das mercadorias); entretanto, há de se notar que seu verdadeiro escopo não é a compra de mercadorias, mas sim o fornecimento dessas mercadorias, em condições mais favoráveis, aos membros da própria associação – e aí se tem a realização do escopo, em operações puramente internas, que envolvem a associação e as partes do contrato plurilateral.

E, nessa linha, Ascarelli aponta, com muita astúcia, que a associação pode sim ter fins lucrativos, e que seus resultados podem ser distribuídos aos seus membros; isto é, a associação pode realizar as operações com os seus membros utilizando-se de valores e práticas de mercado (ao invés de oferecer condições mais vantajosas), e posteriormente distribuir o resultado financeiro entre os seus membros, como forma de beneficiá-los[66].

No mais, ensina-nos Ascarelli que, nas sociedades, os direitos de cada sócio são basicamente os mesmos, independentemente do objeto social, da atividade econômica exercida

[66] Poder-se-ia dizer que uma associação desse tipo nada mais é do que uma sociedade comum, posto que o benefício dado aos membros da associação não seria diferente da distribuição de lucros de uma sociedade, e seguindo este raciocínio, seria defensável o entendimento – criticado por Ascarelli – de que sociedade é a organização que visa lucro, e associação é aquela sem fins lucrativos; entretanto, nas associações em que existe a distribuição do resultado, este normalmente é distribuído em proporção à utilização dos serviços da associação (isto é, aquele membro que mais se valeu dos serviços da associação recebe um resultado maior do que aquele que menos se valeu dos serviços da associação), e não em função da participação do membro no patrimônio da associação (tal como é, normalmente, nas sociedades); em virtude dessa regra básica de distribuição de resultado, vemos preservado o conceito de que a associação realiza o seu escopo atuando em benefício dos seus próprios membros.

sociedade; enquanto que nas associações são idênticos os direitos entre os associados de uma mesma associação, mas diferenciando-se significativamente tais direitos em uma e outra associação, em função do objeto social de cada uma delas (se de crédito, de compra, de seguro etc.).

o) Contratos externos e internos

Os contratos plurilaterais podem também ser divididos entre externos e internos (que não se confundem com as operações internas e operações externas, vistas no item anterior). Contratos internos são aqueles nos quais as partes do contrato plurilateral realizam o fim comum ao agirem, cada qual, isoladamente, em nome e em favor próprio, perante terceiros; e contratos externos são aqueles em que tal atuação das partes não se faz necessária, ou seja, casos em que o fim comum é atingido, frente a terceiros, pela ação coletiva, comunal das partes, em nome e em favor dessa comunhão, havendo, assim, a constituição de um novo ente.

Explicamos melhor: quando um grupo de pessoas congrega uma quantia de dinheiro e emprega tal quantia em um (ou uma série de) negócio qualquer, agindo em conjunto, por meio de um representante, temos contrato plurilateral externo, no qual a realização do fim comum se dá por meio da exteriorização do(s) ato(s) a um novo ente, constituído para esse fim.

Já os contratos internos são aqueles em que a realização do fim comum se dá por meio da ação independente (ainda que coordenada) de cada uma das partes frente a terceiros. Tal construção pode ser notada, por exemplo, num contrato de *joint venture* pelo qual 2 ou mais fabricantes de produtos complementares (como um fabricante de refrigerantes e um fabricante de cervejas) elaboram uma ação conjunta de vendas e distribuição: cada qual segue sua vida, fabricando e vendendo e seu próprio produto, mas partilhando uma estratégia única de vendas e distribuição, com vistas a redução de lucros; o fim comum do contrato plurilateral estabelecido entre esses fabricantes é alcançado por meio de realização, individualmente por cada fabricante, do seu próprio objeto social, sem que haja a constituição de um novo ente.

Não temos, neste último caso (contratos internos), um *contrato de sociedade*, ainda que tenhamos um *contrato plurilateral com escopo de sociedade* e que se realiza por meio de operações externas.

p) Terminologia

De forma muito sucinta, Ascarelli esclarece que a doutrina não definiu terminologia precisa. Aquilo que Ascarelli (e nós, neste trabalho) chama de contrato plurilateral, é, por outros, chamado de contrato associativo; a expressão sociedade é, às vezes, utilizada para definir o que Ascarelli chama de associações etc..

Até por isso, no início deste trabalho, dedicamos alguns parágrafos à definição de expressões e conceitos utilizados ao longo deste trabalho. Tentamos, ao máximo, nos valer das mesmas expressões utilizadas por Ascarelli.

q) Direito de efetuar a entrada

Esta característica se aplica, segundo o próprio Ascarelli, aos contratos plurilaterais externos, ou seja, naqueles em que há a constituição de um novo ente, e consiste no fato de que cada parte tem o direito de efetuar a sua entrada no novo ente que se forma.

Isto é, conquanto *efetuar a entrada*, no sentido de integralizar o capital subscrito numa sociedade, seja obrigação da parte, é também, *direito* da parte, pois é com a realização da entrada que a parte passará a participar da execução do fim comum, percebendo a vantagem almejada.

r) Contratos abertos

Os contratos plurilaterais são, todos eles, abertos, aí entendida a possibilidade de ingresso de novas partes e a possibilidade de saída de partes, sem que isso altere a estrutura fundamental de cada contrato plurilateral em si.

O exemplo máximo de contrato aberto é o da cooperativa, que por possuir capital variável, admite o ingresso de novos cooperados e a saída de antigos sem que se faça nem mesmo alteração do contrato de constituição.

Há de se destacar, entretanto, que mesmo nos casos em que a alteração do contrato se faça necessária para a admissão da nova parte, tal qual nos contratos de sociedade limitada, o sócio ingressante passa a integrar o *contrato original*, tanto que assume, na proporção de sua responsabilidade, os débitos sociais anteriores a sua entrada[67]; e, no caso da saída de sócio, tal saída é possível sem que se afere a continuidade da própria sociedade.

s) Vícios do contrato e vícios da adesão

Nos contratos plurilaterais se faz mister diferenciar o vício do contrato (que pode anular o contrato plurilateral em si) do vício da adesão (que anulará apenas a adesão daquela parte, e não o contrato plurilateral em si).

Com efeito, um vício na declaração de vontade, num contrato sinalagmático, acarreta anulação do contrato em si.

Entretanto, o vício na declaração de vontade de uma das partes num contrato plurilateral, por excelência, não acarreta a anulação do contrato, mas tão somente da adesão daquela parte ao contrato. Trata-se do princípio da continuidade ou da conservação dos contratos, e que no caso do contrato plurilateral se aplica aos casos de vício na declaração de vontade de uma das partes porque o contrato plurilateral é, como vimos, um contrato com (possibilidade de) mais de duas partes, e aberto, que permite a saída (bem como ingresso) de partes a qualquer tempo, que seja afetada a existência e validade do contrato (presumindo-se a manutenção de pelo menos duas partes; pela didática do trabalho, deixamos aqui de tecer considerações a situação de

[67] *Assume débitos anteriores* no sentido de que passa a participar dos eventuais prejuízos anteriores; não nos referimos aqui à responsabilidade solidária ou subsidiária, mas sim aos efeitos reflexos que as perdas da sociedade causam no patrimônio do sócio por meio da diminuição do valor do ativo “participação societária”.

sociedade – permanentemente ou, como é o caso da brasileira, temporariamente – unipessoais e seu caráter contratual ou não).

Sem dúvida, existem outros vícios, que não da declaração de vontade das partes na formação do contrato, mas sim vícios do próprio contrato, que acarretam a invalidade do contrato plurilateral. Dentre tais vícios exemplificamos a ilicitude do objeto, a inobservância de forma legal e a simulação, todos os quais provocam a nulidade do contrato. Há de se notar, entretanto, que a diferenciação entre causas de nulidade e anulabilidade, nessas situações, não podem ser distinguidas com base em critérios do direito comum ou com base nas regras contratuais gerais; o que ocorre, de fato, e uma busca pela melhor solução a fim de tutelar o interesse dos eventuais terceiros prejudicados pela invalidade do contrato, situação mais comum no caso dos contratos plurilaterais externos (nos quais a invalidade do contrato pode acarretar invalidade da constituição de uma pessoa jurídica e, conseqüentemente, de impossibilidade de responsabilização dos seus sócios).

t) Execução da obrigação de cada parte

No que tange à execução e inexecução das obrigações nos contratos plurilaterais, Ascarelli diz (em vista de várias características anteriormente expostas) que a inexecução de obrigações por uma das partes não ocasiona, necessariamente, a resolução de todo o contrato; pode ocasionar a resolução do contrato apenas e tão somente com relação àquela parte faltosa, mas sem que essa resolução em relação à parte faltosa afete a existência e a validade do contrato em si[68].

É uma característica diametralmente oposta ao que ocorre nos contrato sinalagmáticos, nos quais a inexecução das obrigações de uma das partes acarreta, obrigatoriamente, a resolução do próprio contrato.

u) Substituição no objeto da obrigação de uma parte

[68] Ressalvada a manutenção de ao menos 2 outras partes, e levando-se em consideração nossos comentários anteriores sobre não analisarmos as sociedades unipessoais

No mais, por não (obrigatoriamente) se resolver com o inadimplemento das obrigações de uma parte, o contrato plurilateral admite, no mais das vezes, tanto a substituição da parte inadimplente por outra pessoa (ou seja, substituição do sujeito da obrigação), quanto a substituição da obrigação inadimplida por outra de equivalente conteúdo econômico (substituição do objeto da obrigação).

Ou seja, se uma parte inadimpliu sua obrigação, pode-se tanto substituir a parte inadimplente, quanto pode-se manter a parte, até então inadimplente, substituindo-lhe a obrigação inadimplida por outra, que possa ser adimplida.

O contrato plurilateral, em seu cerne, não é modificado pela substituição de seus elementos.

v) *Exceptio inadimpleti contractus*

Na mesma esteira, não se aplica aos contratos plurilaterais o princípio do *exceptio inadimpleti contractus*, segundo o qual o não cumprimento, por uma parte, de uma determinada obrigação contratual, autorizaria a sua contraparte a também não cumprir com a respectiva obrigação.

Ressalta Ascarelli, entretanto, que em havendo mais de uma parte inadimplente, não há como se executar o cumprimento da obrigação contra apenas uma delas – deve-se manter a paridade e o equilíbrio entre as partes, executando-se todos os inadimplentes concomitantemente.

x) Relação sinalagmática

Das características anteriores decorre o entendimento comum de que no contrato plurilateral não haveria relação sinalagmática.

Ascarelli discorda claramente dessa posição; para ele, existe, sim, relação sinalagmática no contrato plurilateral, com a diferença de que ela é indireta e mediata.

Nos contratos bilaterais, existe uma evidente relação sinalagmática, segundo a qual a obrigação de uma parte encontra sua razão de existência na obrigação da parte contrária, exatamente pelo que a insubsistência ou o inadimplemento da execução da obrigação de uma das partes provoca conseqüências diretas e claras, tal como a resolução contratual ou a aplicação da exceção do contrato não-cumprido.

A insubsistência do contrato frente a inexecução das obrigações de uma das partes decorre da idéia de que, face a inexecução de tal obrigação, não é possível atingir o fim do contrato.

A mesma situação existe no contrato plurilateral, com a diferença de que, como já explicado, o fim do contrato plurilateral é alcançado no momento da sua conclusão, mas sim pela realização dos atos que ele instrumentalizará.

Nesse sentido, se a inexecução da obrigação de uma das partes é grave o bastante para impossibilitar o encadeamento dos atos instrumentalizados pelo contrato plurilateral, torna-se impossível a consecução do fim do contrato plurilateral, pelo que o contrato, em si, torna-se insubsistente.

z) Relações internas e externas

Por terem função instrumental, voltada para a busca de um fim comum, os contratos plurilaterais servem para regular dois tipos diferentes de relações: as internas e as externas.

Internas são as relações havidas entre as partes do contrato plurilateral, ou seja, relações internas ao próprio contrato.

Externas são as relações havidas entre a coletividade instrumentalizada pelo contrato, e as suas contrapartes; as contrapartes podem ser, a depender do escopo do contrato plurilateral (sociedade ou associação), terceiros, ou as próprias partes; em qualquer caso, trata-se de uma relação externa ao contrato plurilateral, vez que ao menos um dos pólos da relação é estranho ao contrato.

Tem-se, portanto, relações internas (entre as partes do contrato) e relações externas (entre a organização formada pelo contrato e terceiros; ou entre a organização e as partes).

E, por tratar simultaneamente de relações internas e externas, é também função instrumental do contrato plurilateral a gestão e a administração dessas relações internas e externas, voltadas para a busca do fim comum. De fato, num contrato de sociedade encontramos inúmeras disposições sobre a gestão e administração da sociedade, tais quais disposições quanto ao poder de controle, poder de administração, poder de representação etc..

Ascarelli afirma que, dentre as regras de gestão e administração da organização, é comum encontrar disposições sobre deliberações majoritárias (o que seria inimaginável em outros tipos de contrato), afinal, ao se buscar um fim *comum*, o *interesse comum* deve prevalecer sobre o *interesse particular*, e por isso admite-se que a vontade da maioria, (teoricamente) representativa do interesse comum, possa sobrepujar a vontade da minoria (que, teoricamente, a contrario senso, estaria em desacordo com o interesse comum).

2.4) Característica centrais do contrato de sociedade

Depois de discorrer longamente sobre as características do contrato plurilateral, na mesma sistematização em que foram apresentadas por Ascarelli, acreditamos que seja oportuna uma recapitulação dessas características, focadas para um contrato de sociedade. Como iremos alterar a ordem de apresentação das características, para fins didáticos manteremos uma ligação com o índice de características do tópico anterior.

Primeiramente, nos lembramos da plurilateralidade, que consiste (a) na participação de 2 ou mais partes, (b) cada qual assumindo obrigações e adquirindo direitos, reciprocamente, (c) frente a todas as demais. É, sem dúvida, a mais importante característica geral do contrato plurilateral, a partir da qual deriva a sua própria classificação, e que aplica-se, sem retoques, ao contrato de sociedade.

No mesmo grau de relevância, temos que o contrato plurilateral possui (g) função instrumental para a realização do (f) fim comum das partes que o formaram. No caso dos contratos de sociedade, isso equivale dizer que o contrato é o instrumento por meio do qual ser realiza o fim comum – que é, por sua vez, o ponto de convergência dos interesses dos sócios.

Afinal, temos, nos contratos de sociedade, uma pluralidade de sócios assumindo obrigações e adquirindo direitos frente a todos e cada um dos demais sócios; há, portanto, necessidade de coordenar esses direitos e obrigações, os quais, por definição, orbitam um fim comum, que é o lucro por meio de uma atividade econômica. Portanto, a mera conclusão do contrato, ou o adimplemento das obrigações ali estabelecidas, não são o suficiente para a obtenção de lucro: é necessário que se encadeiem atos futuros, que consistem na atividade econômica da sociedade, para realizar o lucro. Por isso dizemos que o contrato de sociedade tem função instrumental, que não se confunde com o fim comum que se visa atingir por meio dele.

Também vimos que os contratos plurilaterais podem ser (o) contratos internos ou externos. No caso dos contratos de sociedade, estes são, sempre, por definição, contratos

externos, vez que o fim comum se realiza por meio da constituição de um novo ente, independente dos sócios, que age em nome e em benefício próprio.

Daí também decorre que o contrato de sociedade é um contrato plurilateral de (n) escopo de sociedade, e não de escopo de associação, vez que a realização do fim comum se dá por meio de operações externas, isto é, operações realizadas entre a sociedade (a comunhão dos sócios) e terceiros.

Nesse sentido, o contrato plurilateral de sociedade, ao regular as (z) relações internas, regula as relações entre os sócios, que são as partes do contrato, e ao regular as relações externas, regula as relações entre a sociedade e terceiros, que é a forma (relações entre a sociedade e terceiros) pela qual se realiza o fim comum; daí porque dedicar boa parte do contrato de sociedade para normatizar a gestão e administração da sociedade, comumente encontrando disposições que permitem deliberações por maioria (em oposição a deliberações unânimes), as quais refletem a sobreposição do interesse comum ao interesse particular – e por isso privilegiam a busca do fim comum.

No contrato de sociedade, os (j) direitos das partes são fundamentalmente idênticos, consistindo em direitos patrimoniais (receber dividendos e participar na distribuição do acervo da sociedade em caso de liquidação) e direitos políticos (votar e ser votado na administração da sociedade), os quais, inclusive, mereceram uma tutela legal específica (ainda que mínima)[69]. Tem-se, também, o (q) direito de efetuar a entrada, ou o direito de integralizar o capital social; apesar de num primeiro momento parecer uma obrigação do sócio (e de fato é), a integralização de sua parcela do capital social é também um direito do sócio, pois apenas depois

[69] No caso sociedade anônimas, por exemplo, temos no Art. 109: "Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembléia-geral poderão privar o acionista dos direitos de: I - participar dos lucros sociais; II - participar do acervo da companhia, em caso de liquidação; III - fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais; IV - preferência para a subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos artigos 171 e 172; V - retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei. § 1º As ações de cada classe conferirão iguais direitos aos seus titulares. § 2º Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembléia-geral. § 3º O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar."

de integralizado o capital é que o sócio passa a integrar a sociedade por completo, e a participar da busca do fim comum.

Já as (l) obrigações dos sócios, nos contratos de sociedade, são muitas vezes diferentes entre si: um sócio se obriga a transferir uma propriedade para a sociedade, outro se obriga a integralizar capital em moeda, e outro se obriga a trabalhar. Ainda assim, as obrigações assumidas por cada sócio (individualmente) costumam ser equivalentes a obrigações de um contrato sinalagmático típico, e por isso as obrigações dos sócios estariam sujeitas a um duplo regime jurídico: o regime do contrato plurilateral e o regime do contrato sinalagmático típico ao qual equivalem.

E, dada essa multiplicidade de obrigações, temos que, num contrato de sociedade não há (m) equivalência entre as obrigações de um sócio e as obrigações de outro sócio; mas há, sim equivalência, entre as obrigações de um sócio frente às obrigações, coletivamente consideradas, e todos os outros sócios. Por isso dizer que, no contrato de sociedade, a contraparte de um sócio e o conjunto formado por todos os outros sócios[70].

No que tange aos (s) vícios do contrato de sociedade, há de se fazer a mesma distinção geralmente aplicada aos contratos plurilaterais: vícios do contrato e si, e vícios na adesão ao contrato. Isso porque, em sendo a contraparte do *sócio* o *conjunto formado por todos os demais sócios*, o vício na declaração de vontade do *sócio* afeta a relação dele com a contraparte (o *conjunto formado por todos os demais sócios*), mas não afeta a relação dos demais sócios entre si. Diferentemente de um vício no contrato (objeto ilícito, por exemplo), que impede a realização do fim comum, e que por isso afeta a relação de *todos* os sócios entre si.

Nesse mesmo sentido, o (e) dolo de um sócio não enseja vício na manifestação de vontade de outro sócio; apenas o dolo da contraparte, ou seja, do conjunto formado por todos os demais sócios, e que enseja o vício na declaração de vontade do sócio remanescente.

[70] Nesse sentido, em ações judiciais societárias, o pólo passivo é sempre composto por todos os outros sócios que não estejam no pólo ativo.

E, também, a (t) inexecução das obrigações por parte de um sócio não acarreta, necessariamente, a resolução do contrato como um todo, mas tão somente a resolução do contrato com relação àquele sócio inadimplente. É o caso, por exemplo, do sócio remisso: a sociedade não deixa de existir pelo inadimplemento daquele sócio, apenas o sócio inadimplente é excluído da sociedade. E posto que a inexecução das obrigações de um sócio não compromete a continuidade do contrato em si, aos contratos de sociedade não se aplica a (v) *Exceptio inadimpleti contractus*, não sendo lícito a um sócio escusar-se, temporariamente, das suas obrigações, porque o outro não cumpriu com as dele.

Nesse mesmo sentido, vez que a inexecução das obrigações de um sócio não acarreta (necessariamente) a resolução do contrato de sociedade, no mais das vezes admite-se a (u) substituição da obrigação daquele sócio por outra de valor econômico equivalente

Entretanto, ressalta-se: a inexecução das obrigações de um sócio, apesar de não necessariamente, podem acarretar a resolução do contrato de sociedade. Verifica-se esse efeito quando a obrigação daquele sócio possuía grande relevo para a realização do fim comum (a cessão de ativo ou tecnologia único e especial, por exemplo), de tal forma que, com a sua inexecução, torna-se impossível realizar o fim comum (dependente daquele ativo ou tecnologia). Trata-se da (x) relação sinalgmática existente nos contratos plurilaterais.

No mais, os contratos de sociedade, como todos os contratos plurilaterais, são, no que tange ao (h) prazo, contratos de execução continuada, e por isso carecem de uma definição quanto ao prazo de vigência para a realização do fim comum – ainda que se disponha “prazo indeterminado.

São, também, (r) contratos abertos, que permitem o ingresso e a saída de partes, sem que se altere substancialmente a estrutura do contrato e da própria sociedade por ele constituída. E permitem, sem a necessidade de partes ou negócios intermediários, a (d) conclusão entre ausentes, nas quais as sucessivas subscrições de capital, endereçadas aos fundadores, não se constituem pré-contratos, nem contratos em favor de terceiros, mas meras propostas de aceitação do projeto de sociedade.

Últimas 2 características apontadas por Ascarelli, que não são relevantes ao nosso estudo, dizem que (i) o contrato plurilateral serve à constituição de condomínios e (p) não há, na doutrina, terminologia exata no campo do contrato plurilateral.

2.5) O contrato plurilateral enquanto efetiva definição de sociedade

Como exposto anteriormente, a teoria do contrato plurilateral surgiu da necessidade de definição e conceituação do ato de constituição das sociedades.

Ascarelli, ao desenvolver a teoria, identificou e buscou caracterizar uma espécie diferente de contrato, o qual pudesse ser aplicado aos atos constitutivos de sociedades sem incorrer nas aparentemente insanáveis falhas apontadas pelas teorias anticontratualistas.

Acabou por identificar uma subespécie de contrato, que houve por bem chamar de contratos plurilaterais, defendendo que essa classificação (plurilateral, em oposição a bilateral e unilateral) encamparia de forma mais completa e precisa as característica dos contratos utilizados na constituição de sociedades e associações.

Com efeito, a nova espécie apontada por Ascarelli se aplica com precisão aos atos de constituição de sociedades, associações, fundos e clubes de investimento, *joint ventures* etc.. Enfim, se aplica a uma enorme gama de negócios colaborativos com (potencial) multiplicidade de partes assumindo obrigações, afetos, geralmente, ao ramo do Direito Societário.

E, considerando especificamente as características do contrato plurilateral aplicadas às sociedades, é possível afirmar que: (i) não se constitui sociedade sem contrato plurilateral e (ii) o contrato plurilateral, com aquelas características específicas, não se presta a outra utilidade que não seja a constituição de sociedades.

Por isso, ainda que não sejam sinônimos, *contrato plurilateral* e *sociedade* são indissociáveis, sendo o primeiro a instrumentalização da última, e a última a materialização do primeiro.

Em vista disso, parece-nos possível definir sociedade a partir do contrato plurilateral[71] (com características de sociedade).

Arriscamos: sociedade é o ente, distinto dos seus sócios, que participa de atividades econômicas na busca de lucro, fim comum para o qual convergem os interesses dos sócios; admite múltiplos sócios, que reciprocamente se obrigam e adquirem direitos entre si; é regulada por um conjunto de normas específico, que (i) a constitui, (ii) coordena os direitos e obrigações reciprocamente havidos entre os sócios e (iii) estabelece como se darão as atividades econômicas para realização do lucro; admite múltiplas modificações em seus elementos, sem se resolver ou se extinguir enquanto for possível a realização do lucro.

[71] Do contrato plurilateral com as características específicas de sociedade.

3) A COMUNHÃO DE CREDORES E O CONCURSO DE CREDORES

Fazemos, inicialmente, um breve histórico da legislação falimentar brasileira, com base em Waldemar Ferreira[72], Trajano de Miranda Valverde[73] e Fábio Ulhoa Coelho[74].

Pouco após a declaração de independência do Brasil, em 1822, sobreveio uma lei, datada de 20 de outubro de 1823, que determinava que as leis Portuguesas vigentes até 1821 permaneciam em vigor.

Assim, a primeira legislação falimentar do Brasil, ainda imperial, foi o Alvará de 13 de novembro de 1756, da Coroa portuguesa, que era a lei de falências vigente em Portugal em 1821.

Inobstante a promulgação do Código Comercial português em 1833, o antigo Alvará de 1756 permaneceu vigente em nosso país, desde a sua publicação, passando pela nossa independência, até a promulgação do Código Comercial brasileiro, pela Lei 566 de 5 de junho de 1850.

Na seqüência, veio o Decreto 738, em 25 de novembro de 1850, regulamentar o procedimento da falência.

Tal conjunto de normas, entretanto, não se mostrou suficiente, ou apto, para ordenar o tema falimentar na prática comercial brasileira. Assim, novas legislações, específicas, vieram em 1860 e 1864, para regular a falência de bancos e de sociedades anônimas.

Ainda insuficiente aquela legislação, novas tentativas de reforma e melhoria foram feitas em 1866 e em 1879, também sem grande sucesso.

---

[72] FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de direito comercial**, vol. 5, p. 34 e ss.
[73] VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências**, vol. 1, p 15 e ss.
[74] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, vol. 3, p. 240.

Em 1889, às vésperas da queda do Império, instituiu-se uma comissão de juristas para estudar e propor reforma à legislação falimentar. Contudo, sobreveio a queda do Império, e a comissão foi, de uma forma ou de outra, dissolvida.

Governo Provisório, chefiado pelo Mal. Deodoro da Fonseca, formou nova comissão, em 1890, para reformar a legislação falimentar, com ordens para que se fizesse a reforma no menor tempo possível. Em alguns dias, aos 24 de outubro de 1890, promulgava-se o Decreto 917, que revogava a parte do Código Comercial de 1850 relativa às falências, bem como o Decreto 738 que lhe regulamentava.

A legislação falimentar republicana também foi duramente criticada por comerciantes e advogados, e assim, em menos de 10 anos, formou-se nova comissão, incumbida de redigir um novo projeto de legislação falimentar.

A comissão formada em 1900 apresentou seu projeto, que passou pro inúmeras emendas no processo legislativo, e foi finalmente promulgado, como Lei 859, em 16 de agosto de 1902.

Passados dez meses da promulgação, novos e ainda mais duros ataques foram feitos pela comunidade de comerciantes e juristas, levando o governo a publicar o Decreto 4885, em 2 de junho de 1903. Com o Decreto em questão o governo pretendia corrigir alguns dos pontos que eram apontados como falhas da Lei de 1902. Evidentemente, o Decreto não tinha, como não tem, o condão de modificar a lei, e a trapalhada tentativa acarretou novas e incontáveis confusões.

Imediatamente iniciou-se a discussão de um novo projeto de lei, que viria a modificar a Lei 859 de 1902. Durante o trâmite do novo projeto, em 1906 foi apresentado no Senado um substitutivo que, revelou-se, era da autoria de Carvalho de Mendonça. Finalmente aprovado o novo projeto, foi promulgada a nova legislação falimentar, a Lei 2024 de 17 de dezembro de 1908.

Certa estabilidade e calmaria sobrevieram, e a lei de autoria intelectual de Carvalho de Mendonça vigorou sem retoques, mas com pontuais críticas e sugestões, durante 21 anos.

Em 1929 promulgou-se o Decreto 5745, de autoria intelectual de Waldemar Ferreira, que modificava em alguns pontos a Lei 2024, mantendo, contudo, seu espírito e tradições.

Em 1939, chegou-se a elaborar um projeto de reforma, por Trajano de Miranda Valverde. Com as mudanças no governo, o projeto caiu no esquecimento e não foi levado adiante.

Poucos anos após, 1943, formou-se nova comissão para estudar e propor a reforma da lei falimentar, cujo projeto converteu-se na Lei 7661, de 21 de junho de 1945.

Novamente tivemos uma lei falimentar longeva – 60 anos de vigência.

Finalmente, em 2005, promulgou-se a LFRE, nascida de um projeto do Poder Executivo, enviado ao Congresso em 1993, e que nos seus 11 anos de tramitação (a LFRE foi aprovado em 2004) sofreu significativas mudanças.

Apesar do conturbado passado, especialmente aquele mais longínquo, com inúmeras alterações, reformas e modificações, alguns institutos e princípios básicos sempre estiveram presentes na legislação falimentar. Acima de todos eles vemos a continuada existência do instituto do concurso de credores, que é o nascedouro dos processos falimentares.

3.1) Primeiras considerações – a execução concursal

O concurso de credores nasceu na Roma Antiga, ao serem criados mecanismos de execução meramente patrimonial, descartando assim as punições pessoais e físicas que eram aplicadas ao devedor[75].

O surgimento do concurso de credores se deu com a *lex Poetilia*, que encerrou a violência (*lato sensu*) na cobrança de dívidas, que consistia na *manus injectio*; prescrevendo a *missio in bona* ou *missio in possessionem* (aquela primeira o mecanismo legal pelo qual o devedor passava por castigos físicos, escravidão, humilhação pública ou até mesmo a morte; e a última o mecanismo legal por meio do qual de dava a execução patrimonial do devedor, consistente basicamente na excussão de seus bens).[76]

Surpreendentemente, entretanto, a *missio in bona* não era um mecanismo de execução individual, mas sim um mecanismo de execução concursal.

Fazemos, aqui, parênteses para explicar *execução concursal* e *universal*.

Pontes de Miranda, ao discorrer sobre o concurso de credores, dedica um capítulo de sua mais célebre obra, Tratado de Direito Privado, à execução forçada concursal. Inicia esclarecendo as espécies de execução forçada: singular e concursal ou coletiva (concursal e coletiva como sinônimos), esta última dotada de caráter de universalidade.[77]

Explica ser possível o entendimento de que há execução forçada objetivamente singular e execução forçada subjetivamente singular; aquela, singular quanto ao objeto, diz respeito à busca da satisfação do crédito em conjunto determinado de bens do devedor; e esta, singular quanto ao sujeito, diz respeito ao caso em que um único credor busca a satisfação de seu crédito. Frisa, entretanto, que execução forçada singular é aquela em que não há concurso de

---

[75] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, vol. 3, p. 242.
[76] FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de direito comercial**, vol. 5, p. 24 e ss.
[77] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, 4ª ed, vol. XXVII, p. 17 e ss.

credores, ou seja, há apenas um credor ou, em havendo multiplicidade de credores, eles não concorrem entre si.[78]

Em sentido similar, a execução forçada coletiva também pode ser objetivamente universal ou subjetivamente universal; objetivamente universal quando se dá contra a totalidade de bens do devedor; e subjetivamente universal quando se dá pela totalidade dos credores. O fundamental é que, na execução forçada coletiva há concurso de credores (universal ou não; mas multiplicidade de credores concorrendo entre si).[79]

Na prática, vêem-se 2 conceitos principais, que apresentam relevância e aplicabilidade no mundo real: a *execução objetivamente singular*, ou seja, em que credor ou credores (pouco importa, desde que, em sendo múltiplos credores, ele não concorram entre si), buscam a satisfação de seus créditos num determinado conjunto de bens do devedor; e a *execução objetivamente e subjetivamente universal*, na qual a totalidade dos credores, concorrendo entre si, busca a satisfação de seus créditos na totalidade dos bens do devedor.[80]

A esses dois conceitos referem-se, ordinariamente, as expressões *execução forçada singular* e *execução forçada concursal* (ou *universal*), respectivamente.[81]

Assim, quando dizemos que a *missio in bona* era um mecanismo de execução concursal, pretendemos dizer que a *missio in bona* era um mecanismo de execução subjetivamente e objetivamente universal, isto é, em favor da totalidade dos credores de um devedor, em concurso, e abrangendo a totalidade de bens de devedor.

A *missio in bona*, ou *missio in possessionem*, consistia, muito simplesmente, no instituto que permitia, mediante decreto pretorial, a tomada da posse dos bens do devedor insolvente ou ausente. Tal tomada de posse se dava em favor de todos os credores, ainda que por

---

[78] Idem, p. 19.
[79] Ibidem, p. 19 e 20.
[80] Ibidem, p. 19 e 20.
[81] Ibidem, p. 20.

iniciativa de apenas um deles (ou seja, não dependia da ação conjunta de todos os credores; a ação de um, qualquer um, beneficiava todos).[82]

Waldemar Ferreira nos ensina como evoluiu a *missio in bona*, com a introdução, pelo pretor P. Rutilio Rufo, do processo da *bonorum venditio*. Por esse processo, a tomada de posse dos bens de devedor era feita pela pessoa do *curator bonorum*, um dos credores, escolhido pelo pretor, que ficava incumbido de guardar e conservar os bens. Segue Ferreira explicando que:

> "Dava-se ampla publicidade com a *proscriptio*, afixando-se *libelli* nos lugares públicos da cidade, na espectativa (sic) de que algum amigo ou parente do devedor interviesse em seu pról. Decorridos os prazos de estilo, sem sucesso; convocados os credores pelo pretor, elegiam êstes o *magister*, com a incumbência de vender os bens, em blóco, ao *bonorum emptor*, que fingisse suceder ao devedor, *similiter et bonorum emptorficto se herede agit*, e pagasse aos credores o devido, proporcionalmente. Operava-se *ficticia sucessio in universum jus*, por via da qual o *bonorum emptor* se investia dos direitos reais e pessoais do devedor, mas sob a condição de não responder *ultra vires hereditatis*, senão até o montante porcentual predeterminado dos dividendos que se obrigara a distribuir-lhes. Nem por isso se libertava o devedor da dívida, pois continuava responsável pela diferença entre o total delas e o pago pelo *bonorum emptor*.
>
> "Completava-se a *bonorum venditio* com larga série de providências, determinadas pelo pretor, contra os atos fraudulentos de desfalque de seu patrimônio, praticados pelo devedor. Entre elas, a *actio pauliana*, por via da qual *quoe in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituuntur*."[83]

---

[82] FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de direito comercial**, vol. 5, p. 25.
[83] Idem, p. 25.

Em resumo, a *missio in bona*, por meio da *bonorum venditio*, expurgava o devedor de todos os seus bens, que eram liquidados, e o produto dessa liquidação era repartido entre os credores. O processo abrangia a totalidade dos bens do devedor, e a totalidade dos credores daquele devedor.

Note-se que não era premissa da *missio in bona*, nem mesmo com o advento do processo da *bonorum venditio*, a insolvabilidade do devedor; apenas a insolvência, isto é, a impontualidade, lhe sujeitava ao processo de execução concursal universal.

Daí evoluiu-se para um novo processo executivo, o *pignus in causa judicati captum*, que buscava satisfazer o crédito dos credores mediante a constrição de tantos bens do devedor quanto necessários para solver os créditos da totalidade dos seus credores. Deixava, portanto, de ser uma execução objetivamente universal; em conseqüência, deixava de existir o concurso de credores (pois todos receberiam seu crédito integralmente). Não se tratava, por tanto, de uma execução concursal – nascia a execução força singular.[84]

Surge interessante questionamento: porque teria o Direito Romano regulado primeiramente a *bonorum venditio*? Porque não teria surgido primeiro o *pignus in causa judicati captum*, muito mais simples e, presume-se, de maior aplicabilidade?

Trajano de Miranda Valverde, ao introduzir o processo de falência, nos ensina, sobre o surgimento da *missio in bona*:

> "Surge, então, no desenvolvimento das instituições jurídicas, o processo de execução coletiva. A idéia, relativamente nova, de que os bens do devedor constituem a garantia comum dos credores, preside ao regular funcionamento do instituto e da disciplina."[85]

---

[84] Ibidem, p. 26.
[85] VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**, vol. I, p. 6.

Ou seja, quando foi mudado o foco da execução pessoal (física) do devedor, para a execução dos seus bens, foi mudado também o conceito "garantia comum" que existia até então: a garantia comum das dívidas deixou de ser a *pessoa do devedor* (vez que a pessoa não é mais objeto da execução pela *manus injectio*), e passou a ser o *conjunto de bens do devedor* (este que, por sua vez, passou a ser o objeto do processo de execução de pela *missio in bona*).

Há de se notar que, assim como Waldemar Ferreira, falamos em *garantia geral e comum*, em oposição à *garantia* em sentido estrito (tal qual o penhor, a hipoteca etc., sobre determinados bens, concedidos a um ou outro credor). Ou seja, usamos a acepção não técnica-jurídica da expressão *garantia*, de cunho mais pragmático e econômico; geral enquanto *recai sobre todos os bens de devedor* (universalidade objetiva), e comum enquanto *em favor de todos os credores* (universalidade subjetiva).

E a *bonorum venditio*, enquanto processo que instrumentalizava a *missio in bona*, nada mais era do que a excussão dessa garantia geral e comum; era a tomada de todos os bens do devedor, em favor de todos os seus credores, para serem repartidos entre esses últimos.[86]

A idéia dessa garantia geral e comum, que culminava num processo executivo subjetivamente e objetivamente universal, trouxe à baila uma espécie de *solidariedade econômica natural*[87] entre os credores, pela qual eles passaram a entender que, ao repartir o produto da excussão da garantia, repartiam também os eventuais prejuízos decorrentes da insolvabilidade do devedor.

Nascia, assim, o concurso de credores. Mas, o que é, afinal, o *concurso de credores*?[88]

---

[86] A idéia, de que o patrimônio do devedor responde por suas dívidas, existe até hoje, nas mais diferentes esferas e situações. É fato que, quem tem mais patrimônio, tem também mais crédito.

[87] PAJARDI, Piero. **Manuale di diritto falimentare**, 4ª ed., p. 1 e 2, apud FRANCO, Vera Helena de Mello, SZTAJN, Raquel. **Falência e recuperação da empresa em crise**, p. 7.

[88] É verdade, explicamos o processo de execução concursal sem explicar o concurso de credores, o que faremos adiante; poderia se dizer que "fizemos uma omelete sem quebrar os ovos", ou "antes de quebrar os ovos"? Acreditamos que não. Primeiro porque, iniciar a explicação pelo abstrato não colaboraria para a didática deste trabalho; pelo contrário, preferimos explicar o que nos parece mais prático, para dele abstrair o conceito de concurso de credores. Segundo porque, como veremos, o concurso de credores decorre, necessariamente, de um processo

3.2) O concurso de credores

Concurso de credores é o instituto pelo qual os credores de um mesmo devedor concorrem, entre si, na satisfação de seus respectivos créditos junto a um mesmo patrimônio.

Há de se notar a acepção de *concurso* na expressão *concurso de credores* (e de *concorrem* no parágrafo anterior).

Na linguagem cotidiana, a expressão concurso nos remete à idéia de competição, prova ou teste (por exemplo, concurso de monografia, concurso de beleza etc.). Carrega o significado intrínseco de competição de múltiplas partes na realização ou concretização de algo.

No linguajar jurídico, entretanto, a expressão concurso pode ter um significado diferente.

Concurso, no mundo jurídico, pode trazer a idéia de *competição, concorrência para alcançar um prêmio*, como é o caso no Direito Administrativo e no Direito Civil. Pode também, de outro lado, trazer a idéia de *colaboração, afluência para um resultado comum*, tal qual em concurso de crimes e concurso de pessoas, ambos do Direito Penal.[89] Estaria, nesse último caso, mais próximo do significado original do latim *concursus*, que carrega a idéia de "correr junto", "atacar junto", "lutar junto".

Já na expressão *concurso de credores*, utilizada tanto no Processo Civil quanto no Direito Falimentar, temos as duas idéias. É tanto a afluência de credores, como também a competição entre eles[90].

---

concursal. Exatamente por isso, Pontes de Miranda, no Tratado de Direito Privado, vol. XXVII, e basicamente todos os demais autores, valeram-se do mesmo método.

[89] SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**, p. 332 e 333.

[90] Idem, p. 333.

Ensina Pontes de Miranda que "desde que contra o mesmo patrimônio se dirigem dois ou mais créditos, há concorrência, há *concurso de credores*". Segue, ainda, esclarecendo que "êsse fato sòmente assume importância – e gravidade – se o patrimônio é *insuficiente*, ou *parece insuficiente*, para a satisfação de todos os credores que concorrem".[91]

Assiste razão a Pontes de Miranda. *Se o patrimônio é suficiente*, a totalidade dos créditos da totalidade dos credores "em concurso" será satisfeita; ou seja, há mais *afluência* do que competição entre os credores. Não há grande relevância no concurso. Cuida-se, aqui, de situação mais afeta ao Processo Civil, como na concorrência de credores contra devedor solvente.

Contatada, entretanto, a *insuficiência do patrimônio*, temos que a totalidade dos credores "em concurso" não será satisfeita; aflora, com mais força, a *competição*; e aí o concurso de credores toma importância e gravidade, dada a necessidade de instrumentos (o *instituto* concurso de credores, do qual trataremos aqui) que resolvam essa competição. É a situação que vemos nos processos de natureza falimentar, bem como nos processos de insolvência civil.[92]

Note-se, no mais, que o concurso de credores depende de *ação*.

Na assertiva de Pontes de Miranda há importante indicativo do que queremos dizer. Rememorando, ele diz: "desde que contra o mesmo patrimônio *se dirigem* dois ou mais créditos, há concorrência, há concurso de credores"[93] (g.n.).

Em outras palavras, há concurso de credores quando os credores *se dirigem* contra o mesmo patrimônio; vale dizer, quando os credores *agem* contra o mesmo patrimônio. O

---

[91] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, 4ª ed, vol. XXVII, p. 25.

[92] A afirmação de Pontes de Miranda diz que há concurso de credores independentemente da insuficiência do patrimônio – da insuficiência do patrimônio surgiria "o problema", e não o concurso em si. Devemos nos lembrar, entretanto, que o trabalho de Pontes de Miranda tratava do concurso de credores no Direito Privado, isto é, tanto no Direito Civil (e com as implicações no Processo Civil) quanto no Direito Empresarial e Falimentar. No âmbito do Direito e do Processo Civil, de fato, há concurso sem que haja insuficiência de patrimônio. No âmbito do Direito Falimentar essa construção não se sustenta; neste trabalho focamos o concurso de credores no Direito Falimentar, que importa dizer, nos importam os casos em que há concurso objetivamente e subjetivamente universal; por isso, nos interessa o concurso de credores contra patrimônio insuficiente, no qual há afluência e competição.

[93] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, 4ª ed, vol. XXVII, p. 25.

que, de fato, condiz com o sentido jurídico de *concurso*: seja competir, disputar, seja colaborar, combinar; há sempre uma *ação*.

Ou seja, o concurso de credores (no Direito Falimentar) nasce com a constatação (ou presunção legal) de insuficiência de patrimônio do devedor *no curso* (no decorrer do exercício) da ação que os credores (qualquer deles individualmente, inclusive) têm contra o devedor.

Tentaremos, aqui, alinhar todos os conceitos vistos até agora.

Determinado credor possui crédito contra determinado devedor. Preenchidas as condições legais (certeza, liquidez e vencimento), o credor tem o direito (material) à satisfação de seu crédito. Caso o devedor lhe recuse a satisfação do crédito, surge um conflito entre credor e devedor. Aí o credor, pelo instrumento processo (executivo), exerce o seu direito de ação; vale dizer que o credor aciona o judiciário, na busca de uma tutela jurisdicional que lhe permita a realização do seu direito material.

Iniciada a ação, por meio do processo, verifica-se a insuficiência do patrimônio do devedor. Surge, portanto, no curso da ação do credor contra o devedor, um novo conflito: a realização do direito daquele credor só será possível em prejuízo dos direitos dos demais credores; o direito daquele credor fere, invade o direito dos demais credores.

O Desembargador Alexandre Alves Lazzarini, ao discorrer sobre o juízo universal da falência e da recuperação, explica e ilustra muito bem a questão:

> "Os processos individuais na Justiça do Trabalho, por exemplo, resolvem o problema individual do trabalhador reclamante em prejuízo da categoria, isto é, dos outros milhares de trabalhadores, sejam também reclamantes ou sejam aqueles que lutam para a manutenção de seu emprego.

> "Assim, a manutenção das execuções individuais em detrimento da recuperação da empresa implica autorizar que alguns trabalhadores prejudiquem milhares de outros reclamantes e aqueles outros que ainda trabalham na empresa e que dela retiram o seu sustento, ferindo o direito individual de cada um, sem considerar uma coletividade maior, composta por pessoas prestadoras de serviços e fornecedoras de produtos, por exemplo."[94]

Há, a norma, de resolver esse novo conflito.

E a solução vem pela instalação do *concurso de credores*. Que tem, como função, distribuir "proporcionalmente" o patrimônio do devedor entre os seus credores, para a finalidade de resolver o conflito havido entre os credores, permitindo assim a satisfação, ainda que parcial, dos créditos.

Uma vez instalado o concurso de credores, temos dois efeitos: um de natureza material, e outro de natureza processual. Nesse sentido, Pontes de Miranda é categórico ao afirmar que concurso de credores é, simultaneamente, instituto de direito material e de direito processual, simultaneamente. [95]

O efeito de direito material é a aplicação da *par conditio creditorum*, que prescreve a equalização dos credores e que assim permite a distribuição "proporcional" do patrimônio entre os credores.

A *par conditio creditorum* é o princípio pelo qual os credores são nivelados entre si, frente ao devedor[96]. Ela afasta outro princípio, do *prior in tempore potior in jure*[97], e estabelece regras que nivelam os credores, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

---

[94] LAZZARINI, Alexandre Alves, **A recuperação judicial de empresas: alguns problemas na sua execução**, Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais, n. 38, p. 97.
[95] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, 4ª ed, vol. XXVII, p. 37.
[96] Trata-se, evidentemente, de uma nivelação relativa, e não absoluta.
[97] "Primeiro no tempo, mais forte no Direito".

É da normatização desse princípio que decorre a classificação dos créditos (em trabalhista, fiscal, com garantia real, privilegiados, quirografários etc.), o vencimento antecipado das dívidas, a aplicação de taxa de juros única sobre todos os créditos etc..

O outro efeito do concurso de credores, que tem de natureza processual, é a converter a *ação* numa *ação concursal*; com a subseqüente substituição do veículo da ação, com o abandono do veículo anterior, que era o processo de execução singular, e embarque em um novo veículo, a execução universal.

E essa modificação da ação singular em ação concursal se dá por meio de alterações no direito de ação dos credores. Antes de instalado o concurso de credores, cada um deles tinha o seu direito subjetivo de ação contra o devedor; com a instalação do concurso de credores, entretanto, esse direito subjetivo individual de cada credor é substituído por um direito, coletivo, de ação concursal contra o devedor.

Em outras palavras, cada credor perde o direito de pleitear tutela jurisdicional em favor do seu crédito isoladamente; e todos passam a ter o direito de pleitear tutela jurisdicional em favor do coletivo de credores.

O Desembargador Lazzarini, ao discorrer sobre a universalidade do juízo falimentar e de recuperação, diz que se busca, "em face da disputa dos credores pelo recebimento dos respectivos créditos, impedir o 'salve-se quem puder' ou o 'leva quem chegar primeiro', que surge com a manutenção das execuções individuais".[98]

Existe, então, alteração no direito material dos credores, isto é, alteração nos seus direitos de crédito (consiste na aplicação do princípio da *par conditio creditorum*), bem como alteração no direito de ação para satisfação dos créditos.

---

[98] LAZZARINI, Alexandre Alves, **A recuperação judicial de empresas: alguns problemas na sua execução**, Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais, n. 38, p. 97.

Não há, entretanto, “fusão” dos créditos, nem muito menos dos credores.

Mas a relação jurídica antes havida entre cada credor e o patrimônio do devedor é alterada: deixam de existir relações individualizadas entre cada credor e o patrimônio do devedor (que servia de garantia geral e comum), e passa a haver uma relação una entre o conjunto de credores e o patrimônio do devedor.

Começa-se aí a delimitação da comunhão de credores, que estudaremos no ponto seguinte.

Concluímos dizendo, então, que o concurso de credores é, de um lado, instituto jurídico que se instala com a constatação de insuficiência do patrimônio do devedor, e de outro lado, conjunto normativo que se aplica nos casos de insuficiência do patrimônio do devedor, e que produz efeitos de natureza tanto material quanto processual, sendo sua finalidade resolver o conflito havido entre os direitos dos credores.

3.3) A comunhão de credores

Iniciamos, aqui, pela conceituação da expressão "comunhão de credores", nos valendo das palavras de Leandro Santos de Aragão[99]:

> "Assim, afastadas, momentaneamente, a guerra teórica e as armas ideológicas postas em cada uma das várias trincheiras para a avaliação jurídica dos vocábulos *pessoa, pessoa física, pessoa jurídica* e *sujeito de direito*[100], é possível dizer que a *comunhão de credores* é um "ponto geométrico de confluência de diversas normas"[101] de cunho eminentemente pragmático (mais ou menos, a tal da "complexa trama de interesses" do Prof. Fábio Ulhoa que falei lá atrás); vale dizer, ela é, sim, um *sujeito jurídico*; mais: é um *ente despersonalizado*, já que não se lhe cabem as vestes jurídicas próprias das pessoas (ou, sendo "redundante ao inverso", dos entes personalizados)."

Segue Aragão, em nota de rodapé explicativa, ao final do parágrafo acima citado, com um verdadeiro e sincero desabafo[102]:

> "Parece-me, todavia, que minha conclusão é mera aplicação dos dogmas já existentes na teoria geral do direito. Apesar de polemizar ao longo do texto, acabei por utilizar os dogmas tradicionais da teoria geral do direito para chegar a uma definição quanto à natureza jurídica da AGC. Acabei sendo contraditório, é verdade. Falei muito e arrisquei pouco. Mas isto,

---

[99] ARAGÃO, Leandro Santos de. **Assembléia-Geral de credores: e agora? Um diálogo sobre a comunhão de credores e o direito societário.** In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos de. (coordenadores) Direito Societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. pp. 287 e 288.

[100] "Cf., a propósito: COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 317-362."

[101] "FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução do estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3ª Ed. Atlas: São Paulo, 2001, p. 152-155."

[102] ARAGÃO, Leandro Santos de. **Assembléia-Geral de credores: e agora? Um diálogo sobre a comunhão de credores e o direito societário.** In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos de. (coordenadores) Direito Societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. p. 289.

> creio eu, tem uma explicação: a completa inépcia do direito para explicar determinados fenômenos – o caso da comunhão de credores, p. ex. – com a utilização dos dogmas tradicionais. Engraçado: tudo avança, menos as noções de sujeito de direito, ente jurídico, ente despersonalizado, algo que já estamos lidando há alguns séculos sem que surja nenhum audacioso para acabar com este instrumental jurídico completamente enferrujado para os tempos modernos. O direito estacionou no tempo; se não estacionou, anda a passo de cágado. Mas, assim mesmo, não se faz de rogado e, com pompas e circunstâncias, quer explicar, com instrumentos pré-históricos, o impossível (pelo menos com estes instrumentos). Enquanto o mundo se comunica pela rede mundial de computadores, o direito insiste no pombo-correio, na máquina a vapor e em relíquias jurídicas arqueológicas. Sendo rigoroso, aliás, não dá para configurar a comunhão de credores como um sujeito de direito. Quais seriam os deveres da comunhão (repita-se, da comunhão)? E os direitos? Na verdade, sendo ultra-rigoroso, não dá nem para pensar na comunhão de credores no mundo jurídico. Seria algo do mundo fático sem força bastante para penetrar no mundo jurídico? É uma angústia desmedida pensar na comunhão de credores e sua natureza jurídica. Eu propus uma definição sobre a natureza jurídica da comunhão de credores; escreverei, inclusive, nas páginas seguintes, algo que reforça essa minha posição. Não se engane, porém, caro leitor: há forte probabilidade de eu estar redondamente enganado.”

A despeito das autocríticas de Aragão, concordamos em boa parte com suas assertivas sobre a comunhão de credores.

Afinal, mesmo carente de definição doutrinária quanto a sua natureza, e quanto a sua própria existência jurídica, a comunhão de credores é uma coletividade que existe no mundo

real, dos fatos. É citada por diversos e notórios juristas, como veremos em passagens ao longo desse estudo, assim como vemos em tantas outras passagens da obra de Aragão[103].

Se percorrermos o caminho inverso, ou seja, se buscarmos identificar o que a comunhão de credores não é, eliminamos algumas etapas, afirmando com muita facilidade: certamente a comunhão de credores não é pessoa natural; e também não é pessoa jurídica, vez que não atende aos critérios dos artigos 41, 42 nem 44 do Código Civil; não é, portanto, pessoa; e, conseqüentemente, também não possui personalidade jurídica, afinal, a personalidade jurídica é privativa (de parte[104]) das pessoas existentes no mundo jurídico.

Mas, o que é, afinal, a comunhão de credores?

Comunhão, de acordo com De Plácido e Silva, deriva "do latim *communis*, (comum), de que se formou *communio* (comunhão)" e "possui a significação geral de indicar todo estado ou toda qualidade daquilo que é comum".[105]

Para Pontes de Miranda, a *comunhão* pode ser simples ou unitária. Essa última tem "pluralidade de sujeitos com unidade de relação jurídica, que é a do patrimônio", e aquela primeira é "conseqüência da pluralidade, ocorrida, de sujeitos a respeito de determinado bem da vida".[106]

A diferença entre a comunhão simples e a comunhão unitária, portanto, está no foco da comunhão. Na comunhão simples, fala-se de pluralidade de sujeitos com relação a um determinado bem (ou, por que não, de determinados bens – a questão, como veremos, é a determinação); na comunhão unitária, fala-se pluralidade de sujeitos ligados por relação jurídica de patrimônio.

---

[103] Idem. pp. 287-289.
[104] Porque há pessoa jurídica sem personalidade jurídica, como a sociedade em comum e a sociedade em conta de participação.
[105] SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**, p. 325.,
[106] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, 4ª ed, vol. V, p. 354.

Em sendo patrimônio o conjunto de bens e direitos pertencentes a um único titular, o que se vê, na comunhão unitária, é uma pluralidade de sujeitos, com relação jurídica, de titularidade, única frente ao patrimônio.[107]

Ou seja, aquele determinado patrimônio, possui um único titular; porém, esse titular é um sujeito plural; e a relação que une os vários sujeitos que compõem o sujeito plural é justamente a relação jurídica que eles têm com o patrimônio em questão.

Assim, comunhão de credores pode ser definida como um sujeito plural, composta pelos vários credores, que possui relação jurídica de titularidade sobre um determinado patrimônio.[108]

Encontramos amparo em Marcelo Guedes Nunes e Marco Aurélio Freire Barreto que, em artigo conjunto, enfrentando problema similar ao de Aragão (o que é a comunhão de credores?), iniciam suas considerações nos rememorando de que as *pessoas* não são os únicos *sujeitos de direito*, havendo, no conjunto de sujeitos de direito, elementos que escapam ao conjunto de pessoas; tais sujeitos de direito que não são pessoas são chamados de *entes despersonalizados*[109].[110]

Isto é, Nunes e Barreto[111], assim como Aragão[112], entendem que comunhão de credores é, sim, um sujeito de direito, da categoria *ente despersonalizado*.

---

[107] Idem, pp. 354 e ss e pp. 367 e ss.
[108] Roga-se ao leitor deste trabalho não presumir do que é composto o patrimônio da comunhão de credores. Isto será esclarecido um pouco adiante.
[109] Encontramos certa imprecisão aqui. Parece que as espécies de *sujeito de direito* seriam duas: *pessoas* e *entes despersonalizados*. Isso leva a idéia de que *pessoas* são *entes personalizados*, em oposição a *entes despersonalizados*. Onde fica, entretanto, a *pessoa* jurídica *que não tem personalidade*, tal qual a sociedade em comum e a sociedade em conta de participação? Em nossa opinião, a *pessoa que não tem personalidade* é *ente despersonalizado*, pelo que a classificação de *sujeitos de direito* deveria se dar entre *entes personalizados* e *entes despersonalizados*, e não entre *pessoas* e *entes despersonalizados*.
[110] NUNES, Marcelo Guedes e BARRETO, Marco Aurélio Freire. **Alguns apontamentos sobre a comunhão de credores e viabilidade econômica.** In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos de. (coordenadores) Direito Societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. p. 320.
[111] Idem, p. 320.
[112] ARAGÃO, Leandro Santos de. **Assembléia-Geral de credores: e agora? Um diálogo sobre a comunhão de credores e o direito societário.** In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos de. (coordenadores) Direito Societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. pp. 287 e 288.

E seguem afirmando que "a pessoa jurídica não é um sujeito com existência objetiva e independente, sendo apenas um ponto de referência de normas que buscam desempenhar uma função prática"[113].

Pretendem, com isso, dizer que, se nem mesmo a pessoa jurídica, que é um sujeito de direito mais "evoluído" (posto que dotado de personalidade e, conseqüentemente, titular em nome e em favor próprio de direitos e obrigações) existe de maneira independente e absoluta, não há razão de se exigir que a comunhão de credores, que é um *ponto de referência de normas que buscam desempenhar uma função prática*, exista de maneira independente e absoluta para lhe reconhecer a natureza de sujeito de direito.

Ou seja, se considerarmos que a característica que dá unidade à *classe* chamada *sujeito de direito* é o *ser um ponto de referência de normas que buscam desempenhar uma função prática*, podemos subdividir a classe de sujeito de direito em dois *gêneros*: o "mais evoluído", dos *entes personalizados*; e o outro, "menos evoluído", dos *entes despersonalizados*.

Afinal, se a pessoa jurídica é "apenas um ponto de referência de normas", ou seja, uma ficção criada pelo Direito, para a distribuição do próprio Direito; e nós lhe reconhecemos existência (e até lhe conferimos direitos de personalidade em alguns casos), havemos também de reconhecer existência à comunhão de credores, que é, sem dúvida, também um ponto de referência de normas.

Ora, "ainda que", diferentemente da pessoa jurídica, a comunhão de credores não tenha sido positivamente criada na nossa legislação, ela existe de fato, e ela é, sim, titular de direitos e obrigações.

---

[113] NUNES, Marcelo Guedes e BARRETO, Marco Aurélio Freire. **Alguns apontamentos sobre a comunhão de credores e viabilidade econômica.** In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos de. (coordenadores) Direito Societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. p. 320.

E, dizemos “ainda que” entre aspas porque há quem considere a comunhão de credores como ente positivado em nosso direito (opinião da qual nós não necessariamente discordamos). É o caso, por exemplo, de Fábio Ulhoa Coelho:

> “A expressão ‘massa falida’ encontra-se na lei em dois sentidos diferentes: subjetivo e objetivo. A massa falida subjetiva (também chamada de massa passiva ou dos credores) é o sujeito de direito despersonalizado voltado à defesa dos interesses gerais dos credores de uma sociedade empresária falida. Ressalte-se, ela não é pessoa jurídica, apta à prática dos atos jurídicos em geral, mas um sujeito de direito despersonalizado, que apenas pode praticar atos compatíveis com as suas finalidades.”[114]

Se, entretanto, a comunhão de credores é um sujeito de direito, um ente despersonalizado, é muito pertinente a pergunta de Aragão: “Quais seriam os deveres da comunhão (repita-se, da comunhão)? E os direitos?”[115]

Pontes de Miranda diria que os deveres e direitos seriam aqueles relativos ao *patrimônio* da comunhão.[116]

Cumpre-nos então identificar qual é o *patrimônio* da comunhão de credores.

A resposta nos parece simples: o patrimônio da comunhão de credores é o direito de ação contra o devedor.

Afinal, como vimos, uma vez instalado o concurso de credores, o direito de ação singular é transformado em direito de ação concursal, e deixa de ser de cada credor individualmente para, no nosso entendimento, ser da *comunhão de credores*.

---

[114] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, vol. 3, p. 322.
[115] ARAGÃO, Leandro Santos de. **Assembléia-Geral de credores: e agora? Um diálogo sobre a comunhão de credores e o direito societário.** In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos de. (coordenadores) Direito Societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. p. 289.
[116] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, 4ª ed, vol. V, p. 354.

A primeira premissa para essa conclusão é a de que o direito de ação é um direito subjetivo autônomo; é, portanto, um bem, e como tal, pode integrar o patrimônio, isto é, o conjunto de bens e direitos pertencentes a um único titular.

A segunda premissa é de que o direito de ação concursal, que decorre da instalação do concurso de credores, pode ser exercido por qualquer dos credores, individualmente, e em nome próprio (como no mais das vezes acontece); mas ainda assim, e independentemente da vontade do credor, o exercício do direito de ação concursal será sempre em favor da coletividade, da comunhão de credores, aproveitando a todos e cada um dos credores.

Ou seja, o credor que vier a exercer o direito de ação concursal contra o devedor estará, na verdade, representando (ou presentando) a comunhão de credores.

Daí, portanto, concluir que a *titularidade* do direito de ação concursal é da comunhão de credores, e não de cada credor em si.

E, justamente, o vínculo havido entre os credores decorre da unidade dessa relação jurídica que eles possuem frente ao direito de ação. Unidade essa que se verifica desde o momento da constituição da dívida do devedor, na figura daquela garantia geral e comum de que já falamos.[117]

Corrobora com esse entendimento E. Thaller, ao esclarecer entendimento anterior de Emmanuel Delamarre e Le Poitevin[118], trazido à abertura deste trabalho:

> "*Bien entendu, ce que les créanciers mettent en commun, ce ne sont pas leurs créances elle-mêmes, lesquelles demeurent respectivement à chaque*

---

[117] Ainda que, nesse momento, pré-ação de execução da dívida, não haja concurso de credores – porque não há competição entre eles – já existe uma relação de titularidade sobre a garantia geral e comum. Ou seja, já há afluência.
[118] DELAMARRE, Emmanuel; LE POITEVIN, **Traité théorique et pratique de droit commercial**, Paris, C. Hingray, 1861, vol. 6, apud THALLER, E., **Traité élémentaire de droit commercial**, p. 837

ayant droit, mais leur pouvoir d'exécution, le gage de poursuites qu'ils ont sur le patrimoine."[119][120]

Concluímos, assim, que a comunhão de credores é um sujeito de direito, ente despersonalizado, titular do direito de ação concursal contra o devedor, e que surge em todo[121] processo de natureza falimentar quando se constata a insuficiência do patrimônio do devedor.

É, em paralelo ao processo, instrumento de realização do direito material dos credores (satisfação do crédito).

[119] THALLER, E., **Traité élémentaire de droit commercial**, p. 837.
[120] Tradução livre: "Bem entendido, o que os credores colocam em comum, não são os seus próprios créditos em si, os quais se mantêm com seus respectivos titulares, mas seus poderes de execução, de excussão da garantia sobre o patrimônio."
[121] É possível imaginar, na teoria, um processo de falência com um único credor; entretanto, seria uma aberração jurídica, um verdadeiro desvirtuamento do processo de falência – que é por natureza um processo de execução coletiva; tal aberração existiria apenas por questões práticas (falta de outro processo), necessárias para por fim a existência de uma sociedade insolvente.

3.4) O fim comum dos credores

Uma última, porém não menos importante consideração sobre a comunhão de credores se faz necessária.

Como vimos, a comunhão de credores, ente despersonalizado, nasce com a instalação do concurso de credores, paralelamente à transformação do direito de ação singular em direito de ação concursal, e à mudança do veículo de execução singular para execução concursal.

A execução concursal é o veículo para o exercício da ação concursal, e é o instrumento para satisfação dos créditos junto ao patrimônio do devedor. Não é fim, mas apenas e tão somente, meio.

O fim, evidentemente, é a efetiva satisfação dos créditos.

Aliás, muito antes de se pensar em concurso de credores: toda pessoa, ao conceder o crédito, espera sempre ver-se ressarcida e, no mais das vezes, remunerada. Não há, após a concessão do crédito, outro objetivo, outro fim, que não seja a satisfação desse.

Satisfação que é, inclusive, garantida pela garantia geral e comum sobre os bens do devedor.

Mas, não podemos falar, nesse momento inicial, em comunhão de credores. Não podemos também falar em fim comum. Porque, antes de instalado o concurso de credores, o fim não é comum aos credores, é, no melhor dos casos, coincidente. E não há, afora a garantia geral e comum, nenhuma relação entre os credores. Não há, e talvez isso seja o mais importante, organização entre os credores.

A instalação do concurso de credores muda tudo isso.

Ao se verificar a impossibilidade de satisfação plena dos créditos, o objetivo, o fim dos credores, passa a ser comum; passa a haver unidade no objetivo final dos credores; e passa também a haver organização entre os credores – regras que coordenam os direitos e deveres na busca do fim comum.

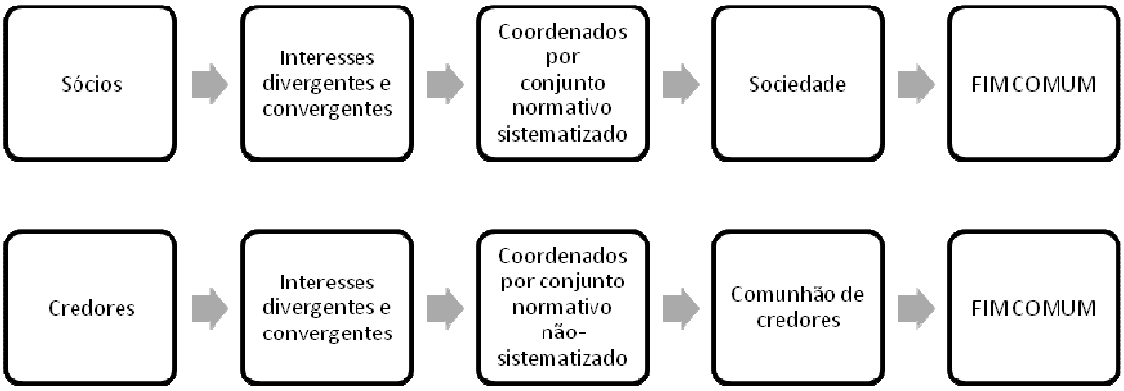
É dessa organização dos credores que nasce o ente despersonalizado que chamamos comunhão de credores.

4) COMPARATIVO ENTRE A SOCIEDADE E A COMUNHÃO DE CREDORES

Nesse capítulo retomaremos os conceitos acima estudados, buscando comparar, de um lado, a sociedade e o contrato de sociedade, à luz da teoria do contrato plurilateral, e de outro lado a comunhão de credores e as normas que o regem, sob a ótica do Direito Falimentar.

O objetivo é identificar as convergências e as divergências entre os institutos, para adiante analisar a possibilidade de aplicar conceitos e elementos do contrato plurilateral à comunhão de credores.

Retomamos aqui o diagrama ilustrativo que propusemos no capítulo de introdução deste trabalho:



O objetivo, aqui, é comparar o par *sociedade* e *comunhão de credores*, a partir dos demais pares que os circundam, isto é, a partir da comparação entre (i) sócios e credores; (ii) interesses dos sócios e interesses dos credores; e, finalmente, (iii) o fim comum dos sócios e o fim comum dos credores; para, a partir daí, comparar o conjunto normativo que coordena os sócios, o contrato plurilateral, ao conjunto normativo que coordena os credores, afetos ao instituto do concurso de credores, buscando identificar, no limite, eventual fungibilidade entre os dois conjuntos normativos.

4.1) Elementos essenciais

Iniciamos o comparativo pelos elementos essenciais à sociedade e à comunhão de credores, que consideramos ser: a pluralidade de partes, a existência de interesses divergentes e convergentes, a função instrumental, o fim comum e a formação de um novo sujeito de direito.

4.1.1) Pluralidade de partes

Tanto na sociedade quanto na comunhão de credores, notamos uma pluralidade de pessoas: no caso da sociedade, uma pluralidade de sócios, e no caso da comunhão de credores, uma pluralidade de credores.

Chamamos os *sócios* e os *credores*, neste trabalho, indistintamente, de *partes*, ao afirmarmos, tanto a respeito da sociedade, quanto a respeito da comunhão de credores, que existe uma *pluralidade de partes* (ao nos referirmos à pluralidade de sócios e à pluralidade de credores).

Há de se notar, entretanto, que não usamos os termos *pessoas* e *partes* como sinônimos. Na verdade, atribuímos uma carga maior à expressão *partes* do que à expressão *pessoas*.

Pessoa é sujeito de direito e, portanto, é detentora de direitos e obrigações em geral, ou em potencial. *Parte* é, neste trabalho, *pessoa* que assume obrigações e direitos numa determinada e específica relação jurídica; é o titular de direito subjetivo.

A pluralidade de partes, então, mais do que uma simples pluralidade de pessoas, diz respeito a um conjunto, plural de indivíduos, de elementos, que estão ligados por uma determinada e específica relação jurídica. Esse conjunto, por excelência, deve ter ao menos dois indivíduos, elementos, sendo admitido número maior, em tese, infinito.

É, de fato, o que vemos na sociedade: um conjunto de (no mínimo dois) indivíduos que possuem uma determinada e específica relação jurídica entre si. E é, também, o que vemos na comunhão de credores: um conjunto de (no mínimo dois) indivíduos que possuem uma determinada e específica relação jurídica entre si.

Vale, por fim, relembrar que não analisamos neste trabalho as situações atípicas da sociedade unipessoal[122] e dos processos falimentares com credor único.

No que tange à sociedade unipessoal, apesar de admitida em várias legislações, consideramos que a figura não existe na legislação brasileira; excetuadas as hipóteses (i) de subsistência *temporária* da sociedade limitada com um único sócio, sob a condição ou compromisso de reposição da pluralidade, e (ii) da subsidiária integral (que, em nossa opinião, não é uma sociedade propriamente dita, mas sim uma pessoa jurídica que se transveste, por questões práticas, de sociedade anônima)[123].

No que tange ao processo falimentar com credor único, apesar de teoricamente possível, devemos entender que se trataria de uma execução objetivamente universal, e não subjetivamente universal, exatamente pela ausência de pluralidade de sujeitos e, portanto, não seria uma execução universal tal como estudamos neste trabalho. Ainda que tal execução objetivamente universal se desse por meio de um processo de falência[124], o uso do processo falimentar nesse caso teria objetivo diferente do tradicional, consistente apenas nas sanções aplicáveis ao falido.

Concluímos, portanto, reafirmando que há pluralidade de partes em toda sociedade e em toda comunhão de credores.

---

[122] Que não se confunde com a nossa figura do *empresário*, nem tampouco com a antiga figura da *firma individual*.

[123] Na verdade, acreditamos que o termo "sociedade unipessoal" seja extremamente infeliz; não somos contrários à "pessoa jurídica unipessoal", ou "pessoa jurídica com um único constituinte" (ou "instituinte"), que adote, por uma ou outra razão, as vestes de um tipo societário qualquer; mas a expressão "sociedade unipessoal" presume uma *sociedade*, e *sociedade* presume *pluralidade de partes*, sendo, portanto, o termo, um paradoxo em si mesmo.

[124] Não consideramos a hipótese de recuperação judicial ou extrajudicial com um único credor – afinal, seria como substituir a comunhão de credores por um credor único e, portanto, renegociar uma dívida entre devedor e credor único, figura que não se encaixaria na hipótese legal.

4.1.2) Interesses divergentes e convergentes

Também afirmamos que tanto na sociedade quanto na comunhão de credores as partes possuem interesses divergentes e convergentes. Na verdade, dissemos que as partes possuem interesses divergentes, que convergem para um fim comum.

Ressaltamos que nos referimos ao interesse das partes, ou seja, ao interesse dos sócios, na sociedade, e ao interesse dos credores, na comunhão de credores.

O interesse dos sócios é a *maximização do valor do acionista*. Vale dizer: é o lucro, ou o retorno do investimento. Não nos referimos ao interesse social, nem ao interesse da sociedade, nem às questões sobre a função social da sociedade. Falamos apenas do interesse dos sócios, isto é, do que motiva os sócios na formação de uma sociedade.

Em sentido similar, o interesse dos credores é a satisfação dos seus créditos, ou seja, receber de volta o montante a que fazem jus. Aqui também não nos referimos à função social da LFRE, dos processos de natureza falimentar etc.. Nos referimos apenas àquilo que motiva os credores, que é a busca pela satisfação de seus créditos.

No que tange ao interesse dos sócios, ao considerarmos o interesse individual de cada sócio, notamos o evidente confronto: o *sócio quer maximizar* o *seu valor, quer o máximo retorno*, o máximo lucro *para si*. E aí o interesse desse sócio diverge, se contrapõe ao interesse de cada um dos outros sócios.

Mas, ao agirem em conjunto, na busca da maximização de seus respectivos valores, convergem para um ponto comum, no qual a maximização do valor de todos os sócios resulta na melhor maximização do valor de cada um deles. Ou seja, *ao unirem esforços, podem alcançar um resultado global que supera a soma de seus resultados individuais*. Dessa consciência nasce a convergência dos interesses para um fim comum.

Similarmente, cada credor, *ao buscar a satisfação do seu crédito* contra um patrimônio insuficiente, *quer exercer um direito que fere o direito dos demais credores* – afinal, se aquele credor satisfizer integralmente o seu crédito, outros credores não conseguirão satisfazer integralmente os seus créditos. Está instalada a divergência entre os interesses dos credores.

Ao instituir-se um sistema de proteção mútua e recíproca, com o objetivo de minimizar as potenciais perdas (decorrentes da satisfação total do crédito de um dos credores em detrimento dos demais), os credores colocam-se em situação melhor. Isto é, ainda que a soma dos resultados de suas ações individuais seja a mesma que o resultado da ação coletiva, vez que o patrimônio do devedor é limitado (o que em muitos casos não é verdade, pois a excussão de todo o patrimônio do devedor permite a venda em bloco dos bens, que via de regra produz um resultado superior a venda individualizada dos bens), *a ação coletiva resulta numa melhor distribuição e, portanto, num melhor resultado individual* para todos os credores. Ou seja, da partilha da perda surge um ponto de convergência no interesse dos credores.

4.1.3) Função instrumental

A sociedade e a comunhão de credores também partilham uma natureza instrumental, de coordenação de direitos e obrigações em torno de um fim comum, para o qual os interesses convergem.

Com efeito, a sociedade, instituída pelo contrato de sociedade, reveste-se da função instrumental deste. Torna-se o veículo por meio do qual os sócios vão encadear uma série de atos e negócios jurídicos, consistentes na exploração de uma determinada atividade econômica, em busca da realização do fim comum.

Em outras palavras, a sociedade, tendo como objeto social a comercialização ou industrialização de um bem, ou a prestação de um serviço, ou a realização de qualquer outra atividade econômica, é o veículo que permite e que organiza a ação conjunto dos sócios na busca do lucro.

É ela, sociedade, que exerce a atividade econômica; é ela, sociedade, que entra em atos e negócios jurídicos na busca do fim comum. É ela que exerce determinados direitos e obrigações, sempre voltada à busca do lucro.

E não é diferente com a comunhão de credores.

A comunhão de credores nasce do concurso de credores; este possui natureza de direito material e de direito processual; e a comunhão de credores encampa a natureza processual do concurso, transformando-se no veículo de realização do fim comum, que é, naturalmente, a satisfação do crédito dos credores.

É, como vimos anteriormente, a comunhão de credores que se engaja em relações com o devedor; é a comunhão de credores que exerce a ação concursal contra o devedor. E é exercendo a ação concursal, no mais das vezes consistente na excussão do patrimônio do devedor, que a comunhão de credores realiza o interesse dos credores: a satisfação de seus créditos.

Nota-se, portanto, que sociedade e comunhão de credores possuem natureza de instrumento, decorrente da função do conjunto de normas que as institui (contrato de sociedade e concurso de credores, respectivamente).

4.1.4) Fim comum

Não menos importante, o fim comum é característica central tanto da sociedade quanto da comunhão de credores. É a característica que acreditamos permear todas as demais, mantendo-as unidas.

Na sociedade, o fim comum é o ponto para o qual os convergem os interesses dos sócios, consistindo na obtenção do lucro (ou maximização do valor do sócio) por meio da realização de uma atividade econômica em conjunta. É o fim comum que leva à constituição da sociedade, fazendo-a instrumento para a persecução do tal fim comum.

Não fosse o fim comum, não haveria sociedade.

Mais: o fim comum é característica presente à sociedade sob qualquer das teorias (quanto ao ato de constituição) da sociedade, sejam elas contratualistas ou anticontratualistas.

De maneira similar, o fim comum, na comunhão de credores, é também o ponto para o qual convergem os interesses dos credores, e consiste na excussão do patrimônio do devedor para a satisfação de seus créditos.

É o fim comum do interesse dos credores que levou ao desenvolvimento do processo de execução concursal e do instituto do concurso de credores – instrumentos para realização do fim comum.

E, vale dizer, o fim comum, enquanto ponto de convergência do interesse dos credores, existia antes do concurso de credores; o fim comum existe a partir do momento em que a execução dos créditos contra o devedor passou a se dar na esfera patrimonial, isto é, contra o patrimônio do devedor, em oposição à execução pessoal, isto é, contra a pessoa do devedor. Ou seja, o fim comum nasce concomitantemente ao conceito da garantia geral e comum que todos os credores possuem sobre a totalidade do patrimônio do devedor.

Também, sem o fim comum não haveria comunhão de credores.

E, vale ressaltar, o fim comum para o qual convergem os interesses dos sócios, na sociedade, e para o qual convergem os interesses dos credores, na comunhão de credores, tem natureza estritamente econômica e patrimonial. Ou seja, tomando-se a essência dos dois fins comuns, nota-se grande proximidade entre eles.

4.2) Sociedade vs. comunhão de credores

Outro elemento essencial à nossa comparação consiste no fato de que tanto a sociedade quanto a comunhão de credores se configuram como sujeitos de direito independentes das partes que as formas.

Segundo nossos estudos nos capítulos anteriores, demos a seguinte definição à sociedade.

> "Sociedade é o ente, distinto dos seus sócios, que participa de atividades econômicas na busca de lucro, fim comum para o qual convergem os interesses dos sócios; admite múltiplos sócios, que reciprocamente se obrigam e adquirem direitos entre si; é regulada por um conjunto de normas específico, que (i) a constitui, (ii) coordena os direitos e obrigações reciprocamente havidos entre os sócios e (iii) estabelece como se darão as atividades econômicas para realização do lucro; admite múltiplas modificações em seus elementos, sem se resolver ou se extinguir enquanto for possível a realização do lucro."

Também de acordo com os nossos estudos nos capítulos anteriores, definimos comunhão de credores:

> "A comunhão de credores é um sujeito de direito, ente despersonalizado, titular do direito de ação concursal contra o devedor, e que surge em todo processo de natureza falimentar quando se constata a insuficiência do patrimônio do devedor.
>
> "É, em paralelo ao processo, instrumento de realização do direito material dos credores (satisfação do crédito)."

Ou seja, adicionalmente a todas as congruências que estudamos no tópico anterior, temos também que, como ponto central das definições de sociedade e comunhão de credores, temos um outro elemento comum: o de que tanto a sociedade, como a comunhão de credores são sujeitos de direito independentes dos membros que a compõe.

Pontes de Miranda[125] diz que "sujeito de direito é o ente que figura ativamente na relação jurídica fundamental ou nas relações jurídicas que são efeitos ulteriores"[126]. Nas palavras de Nunes e Barreto[127], trazidas anteriormente neste trabalho, *sujeito de direito* é *um ponto de referência de normas que buscam desempenhar uma função prática*.

Ou seja, sujeito de direito é o ente da relação jurídica, para o qual a norma busca desempenhar alguma função; é o titular do direito subjetivo descrito na norma.

É o caso da sociedade que, sendo objeto do contrato de sociedade, ou seja, objeto da norma jurídica que a institui, adquire a posição de titularidade frente a relações jurídicas e, conseqüentemente, frente a outras normas.

Também é o caso da comunhão de credores: instituída por (ou seja, objeto de) uma norma, que é o concurso de credores, adquire posição de titular de relações jurídicas, e dos direitos dali decorrentes (em virtude de outras normas).

São, portanto, pólos que entitulam relações jurídicas e os direitos delas decorrentes.

E, em ambos os casos (sociedade e comunhão de credores), as relações jurídicas entituladas pelos sujeitos de direito são diversas e independentes das relações jurídicas até então havidas por e entre os seus membros (sócios numa, e credores noutra).

---

[125] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, vol. I, p. 160.

[126] A despeito de Pontes de Miranda dizer que "sujeito de direito é *pessoa*" (idem, p. 161), diferentemente do que afirmamos em nosso trabalho, sua acepção de *sujeito de direito* condiz com a nossa; na verdade, a acepção de Pontes de Miranda para *pessoa* não condiz com a nossa.

[127] NUNES, Marcelo Guedes e BARRETO, Marco Aurélio Freire. **Alguns apontamentos sobre a comunhão de credores e viabilidade econômica.** In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos de. (coordenadores) Direito Societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. p. 320.

No caso da sociedade, o sujeito de direito de direito em questão (a própria sociedade) é uma pessoa jurídica, que pode ser dotada ou não de personalidade (tal qual o caso da sociedade em comum e da sociedade em conta de participação).

No caso da comunhão de credores, o sujeito de direito é um ente despersonalizado e, portanto, nunca dotado de personalidade jurídica.

Não obstante, permanece constante a natureza de ambas as figuras: sujeito de direito, independente dos seus membros.

4.3) O contrato plurilateral de sociedade aplicado ao concurso de credores

Como exposto ao longo deste trabalho, a comunhão de credores é um ente despersonalizado instituído pelo concurso de credores, que é um instituto de direito, consistente num emaranhado de normas que, em nossa visão, não é sistematizado (para o fim de instituir e regular a comunhão de credores).

Diferentemente da sociedade, que é um sujeito de direito instituído por um conjunto de normas claramente sistematizado: o contrato de sociedade.

Dada a ausência, portanto, de sistematização das normas que regem a comunhão de credores, conduziremos a comparação entre os dois conjuntos normativos (concurso de credores e contrato de sociedade) a partir dos elementos e características do contrato de sociedade.

Isto é, verificaremos a aplicabilidade das características e elementos do contrato de sociedade à comunhão de credores (como se sociedade fosse) e, conseqüentemente, compararemos tal conjunto normativo (contrato de sociedade) ao concurso de credores.

Seguiremos a ordem proposta no item 2.4, e manteremos a referência alfabética original que Ascarelli deu às características do contrato plurilateral.

Primeiro conjunto de características decorre da plurilateralidade, que consiste (a) na participação de duas ou mais partes, (b) cada qual assumindo obrigações e adquirindo direitos, reciprocamente, (c) frente a todas as demais.

Na comunhão de credores há, sem dúvida, pluralidade de partes (a). Isso porque, no mínimo, temos dois credores (de outra forma, não há comunhão, mas um único credor), e o conceito permite um número muito maior, ilimitado, de credores a integrar a comunhão (como no mais das vezes realmente há).

E também se verifica que cada credor, individualmente considerado, (b) assume ônus, como a restrição no seu direito de ação singular contra o devedor e a (provável) perda de parcela do seu crédito (ônus estes que podem ser entendidos como obrigações negativas); e (b) adquire direitos, como o direito de satisfação "proporcional"[128] de seu crédito e o direito de participar das deliberações da comunhão de credores. Mais do que isso, as obrigações e direitos aqui mencionados (c) são recíprocos, cada credor assumindo-as e adquirindo-os frente a todos os demais credores.

Tão importante quanto a plurilateralidade, o contrato de sociedade tem como característica fundamental a (g) função instrumental para a realização do (f) fim comum buscado pelas partes. Isso porque o contrato de sociedade tem como função a coordenação dos direitos e obrigações dos sócios em torno do fim comum, de natureza econômica.

Vemos as mesmas características no concurso de credores: um conjunto de normas que tem (g) função instrumental, pelo qual se coordena os direitos e obrigações dos credores, (f) em torno de um fim comum. As normas em questão seriam, dentre outras, a perda do direito de ação singular contra o devedor, o princípio da *par conditio creditorum*, as regras de representação (ou presentação), gestão e administração da comunhão de credores etc., instrumentos fundamentais para se alcançar o fim comum, que a satisfação dos créditos.

Essa função instrumental do concurso de credores, que coordena os direitos e obrigações dos credores em torno de um fim comum, surge como necessária solução ao conflito que se instala com a insuficiência do patrimônio de devedor – que nada mais é do que a imediata divergência de interesses entre os credores (cada credor quer satisfazer o seu crédito; mas para tanto ferirá a satisfação do crédito de outro credor); mas, finalmente, todos os credores convergem no que tange à satisfação de seus créditos mediante a excussão da garantia geral e comum (o patrimônio do devedor). Assim, o concurso de credores coordena direitos e obrigações de forma a permitir a realização do fim comum (que é a satisfação do crédito).

[128] "Proporcional" no sentido de observada a *par conditio creditorum*.

Os contratos de sociedade são, por excelência, (o) contratos externos, nos quais o fim comum se realiza por meio da constituição de um novo ente, separado das partes que integram o contrato: uma sociedade.

De maneira idêntica, o conjunto de normas que rege o concurso de credores prescreve a constituição da comunhão de credores, que é, como vimos, um sujeito de direito, ente despersonalizado, que funciona como veículo para a realização do fim comum – afinal, se é a comunhão de credores que detém o direito de ação concursal contra o devedor, é por ela que se concretiza a satisfação dos créditos.

Por ser o contrato de sociedade um contrato externo, é também um contrato plurilateral de (n) escopo de sociedade (em oposição a escopo de associação), no qual a realização do fim comum se dá por meio de operações externas, isto é, operações realizadas entre o ente distinto dos sócios, criado pelo contrato, a sociedade, e terceiros.

Parece-nos claro que o concurso de credores, na classificação de Ascarelli, teria (n) escopo de sociedade, que realiza o fim comum por meio de operações externas. Afinal, uma vez instalado o concurso de credores e, conseqüentemente, constituída a comunhão de credores, a realização do fim comum, que é, em termos gerais, a excussão da garantia geral e comum sobre o patrimônio do devedor, se dará por meio de operações entre a comunhão de credores e o devedor.

Os contratos de sociedade, como todos os contratos plurilaterais, possuem natureza instrumental, e dizem respeito às (z) relações entre as partes que os formam (relações internas) e às relações entre o ente por ele constituído (a sociedade) e terceiros (por ser um contrato externo.

Disso decorre que o contrato de sociedade estabelece direitos e obrigações *imediatos*, relacionados à conclusão do contrato e constituição da sociedade, e direitos e obrigações *mediatos*, relacionados à persecução do fim comum e ao caráter instrumental do contrato plurilateral.

A característica repete-se no concurso de credores, que cuida de regular as (z) relações internas, entre os credores, bem como as relações externas, entre a comunhão de credores e o devedor.

Também se estabelecem direitos e obrigações *imediatos*, relacionados à formação da comunhão de credores (transformação do direito de ação e do processo, de singular para concursal), bem como direitos e obrigações *mediatos*, relacionados à representação, gestão e administração da comunhão de credores, e ao relacionamento da comunhão de credores frente ao devedor.

Sendo, por fim, que a regra geral de gestão e administração da comunhão de credores e, portanto, regra geral também do relacionamento da comunhão de credores com o devedor, admite decisão majoritária (em oposição a decisão unânime). Por isso vemos, na comunhão de credores como na sociedade, a prevalência do interesse comum sobre o interesse particular.

Característica também fundamental aos contratos de sociedade diz respeito à natureza dos direitos e obrigações assumidos pelas partes, e a equivalência havida entre eles. Vimos que no contrato de sociedade os (j) direitos dos sócios são fundamentalmente idênticos, dentre eles estando o (q) direito de efetuar a entrada, e que as (l) obrigações dos sócios são muitas vezes diferentes entre si, mas costumam ser equivalentes a obrigações de um contrato sinalagmático típico; e, no mais, que a as obrigações de um sócio encontra (m) equivalência frente às obrigações de todos os outros sócios coletivamente consideradas. Por isso dizer que, no contrato de sociedade, a contraparte de um sócio e o conjunto formado por todos os outros sócios.

Na comunhão de credores, também, os (j) direitos adquiridos pelos credores são fundamentalmente idênticos (respeitada a *par conditio creditorum*), consistindo nos direitos patrimoniais (satisfação do crédito) e políticos (gestão e administração da comunhão de credores).

Dentre esses direitos também encontramos o (q) direito de efetuar a entrada, consistente no direito de habilitação do crédito no processo concursal com a conseqüente submissão ao concurso de credores. É situação idêntica ao direito de efetuar a entrada no contrato de sociedade, posto que, apenas pela submissão ao concurso de credores é que o credor poderá satisfazer seu crédito. Em outras palavras, tanto quanto uma obrigação, submeter o crédito ao concurso é também um direito; tal qual a integralização do capital social, que é dever e direito do sócio.

No tocante às (l) obrigações das partes, a comparação entre o contrato de sociedade e o concurso de credores demanda maior atenção e detalhamento.

De acordo com Ascarelli, as obrigações assumidas pelas partes nos contratos plurilaterais podem, e muitas vezes são de diferentes naturezas. Isto é, cada parte assume obrigações diferentes, em qualidade, das assumidas por outras partes; mas tais obrigações são quase sempre obrigações típicas de um contrato sinalagmático. É o caso em que, por exemplo, na constituição de uma sociedade um sócio se obriga a transferir a propriedade de um imóvel à sociedade e outro se obriga a integralizar capital em dinheiro.

Não se vislumbra, no concurso de credores, diferenças qualitativas entre os ônus (as obrigações) assumidas por cada credor: as obrigações são sempre de natureza patrimonial, circundando (i) a de perda de parte do crédito; (ii) a dilação de prazo para recebimento do crédito; e (iii) a impossibilidade de ação individual contra o credor.

Há de se notar, entretanto, que Ascarelli é categórico ao dizer que as obrigações *podem* ser diferentes qualitativamente, jamais afirmando que elas devem ser diferentes qualitativamente. E, de fato, na grande maioria das sociedades, todos os sócios assumem a obrigação de integralizar capital em moeda.

Mais do que isso: acreditamos que Ascarelli, ao discorrer sobre a potencial diferença qualitativa nas obrigações das partes do contrato plurilateral, não pretendia enfocar a possibilidade de diferentes obrigações. Isto é, o cerne dessa característica não seria a potencial

diferença qualitativa nas obrigações assumidas; mas sim o fato de que, mesmo sendo de diferentes qualidades, elas correspondem *quase sempre* a obrigações de contratos sinalagmáticos.

É o que vemos no concurso de credores.

Apesar de o concurso de credores não admitir diferenças qualitativas entre as obrigações (ônus) dos credores, o cerne da questão é que as obrigações assumidas pelos credores correspondem, em sua maior parte, a obrigações de contrato sinalagmático: de transação ou novação de dívida.[129]

Por fim, entendemos que a (m) equivalência entre as obrigações dos credores é encontrada quando analisamos a obrigação de um determinado credor frente à obrigação do coletivo formado pelos demais credores. E daí inferir que, também no concurso de credores, a contraparte de um credor é o conjunto formado por todos os demais credores.

Ascarelli prega que nos contratos plurilaterais, dentre eles o de sociedade, é necessário diferenciar (s) o vício do contrato (que pode anular o contrato plurilateral em si) do vício da adesão (que anulará apenas a adesão daquela parte, e não o contrato plurilateral em si).

Identicamente, (s) o vício na "adesão" de um credor (por exemplo, vício na habilitação do seu crédito) não acarreta nulidade ou invalidade ao concurso de credores em si, nem à comunhão de credores; acarreta tão somente nulidade ou invalidade daquela adesão viciada. Ao passo que vícios na formação do concurso de credores, capazes de impedir a realização do fim comum, poderiam anular ou invalidar o concurso em si (tal qual, por exemplo, a decretação de falência com base num crédito prescrito; uma vez notado o vício na formação do concurso, poderia se anular esse como um todo).

[129] Não queremos dizer que o concurso de credores, por si só, opera transação ou novação da dívida; tal qual a obrigação de integralizar capital com imóvel não opera compra e venda do imóvel. Dizemos apenas que o ônus assumido pelos credores (individualmente) é similar ao ônus que assumiriam numa transação ou novação feita sinalagmaticamente junto ao devedor.

Nesse mesmo sentido, no contrato de sociedade o (e) dolo de um sócio não enseja vício na manifestação de vontade de outro sócio; já o dolo da contraparte, ou seja, do conjunto formado por todos os demais sócios, enseja o vício na declaração de vontade do sócio remanescente.

Sem dúvida, ao falar em declaração de vontade no contrato plurilateral, Ascarelli está se referindo primordialmente à formação do contrato, isto é, à constituição da sociedade; mas não há razão para não aplicar o mesmo entendimento à execução do contrato, isto é, aos atos internos à sociedade, que se praticam na busca do fim comum.

Nesse sentido, pensando em declarações de vontade relativas aos atos posteriores à constituição da comunhão de credores (como, por exemplo, uma deliberação em Assembléia de Credores), podemos aplicar a teoria de Ascarelli no que tange ao dolo: o dolo de um credor não enseja, por si só, vício na declaração de vontade (ato) do outro credor; mas, o dolo de todos os credores contra um único, sem dúvida ensejam o vício na declaração de vontade desse último.

E, também, no contrato de sociedade a (t) inexecução das obrigações por um sócio não implica (obrigatoriamente) a resolução do contrato de sociedade, mas (eventualmente) a resolução do contrato (e, portanto, da sociedade) com relação ao sócio inadimplente, alternativamente à execução forcada da obrigação inadimplida.

Entendendo as obrigações dos credores, num concurso, como o ônus legalmente imposto consistente na perda de parte do seu crédito (seja por desconto, seja por ampliação de prazo, seja por redução de taxa de juros etc.), a inexecução das obrigações corresponderia a não satisfação do ônus legal; tal não satisfação do ônus, por parte de um credor, não implicaria resolução da comunhão de credores, trazendo conseqüências apenas ao credor desobediente que, ao não satisfazer o ônus, não se submeteu ao concurso de credores, e restou impossibilitado de exercer o seu direito de satisfazer o seu crédito.

Em sentido similar, a “inadimplência” de um credor não permite aos demais credores se escusarem de seus ônus, o que poderia, em termos práticos, ser visto analogamente à inaplicabilidade da (v) *Exceptio inadimpleti contractus* nos contratos de sociedade.

Há diferença, entretanto, no que tange às características de possibilidade de (u) substituição das obrigações, e à existência de uma (x) relação sinalagmática nos contratos de sociedade.

Isto é, no que tange à (u) substituição das obrigações de uma parte, por outras obrigações de equivalente teor econômico, a possibilidade existe apenas no contrato de sociedade, não existindo na comunhão de credores. Assim como a existência, ao fundo, de uma (x) relação sinalagmática (pela qual o inadimplemento das obrigações de uma determinada parte, se grave o bastante a ponto de impossibilitar a realização do fim comum, poderia, sim, acarretar a resolução da relação) também só existe no contrato de sociedade, não existindo no concurso de credores.

A questão está centrada no fato de que as obrigações das partes, no caso da comunhão de credores, são na verdade ônus estabelecidas pelo concurso de credores – que é norma de ordem pública, e não norma individual – diferentemente das obrigações das partes numa sociedade, que são estabelecidas por contrato e, portanto, são normas privadas, individuais, passíveis de modificação por mero ajuste entre as partes.

No mais, os contratos de sociedade, como todos os contratos plurilaterais, são, no que tange ao (h) prazo, contratos de execução continuada, e por isso carecem de uma definição quanto ao prazo de vigência para a realização do fim comum – ainda que se disponha “prazo indeterminado.

Prega Ascarelli que os contratos plurilaterais são contratos de execução continuada, e que por isso necessitam de uma definição quanto ao seu prazo de vigência, ou seja, demandam uma estipulação de por quanto tempo vigerá o contrato como veículo de persecução e realização do fim comum, ainda que o prazo seja estipulado como indeterminado.

Também o concurso de credores, por ser instrumento, é de execução continuada, e por isso também demanda uma definição de por quanto tempo vigerá; ressalvado que, no concurso de credores, a vigência nunca pode ser por *prazo indeterminado*, nem tampouco estipulada como uma data fixa. A vigência do concurso de credores é sempre condicionada à satisfação dos créditos, ou seja, completa realização do fim comum (ainda que não tenham sido completamente satisfeitos os créditos; a realização do fim comum aqui é aquela realização possível no plano prático, e não a desejável).[130]

Ascarelli defende que os contratos de sociedade são (r) contratos abertos, permitindo o ingresso e a saída de partes sem alterar a estrutura fundamental do contrato. Ainda, esclarece que a parte ingressante assume o contrato "no estado"; em outras palavras, que o sócio que ingressa numa sociedade já existente assume a sociedade na condição em que ela se encontra, não podendo se isentar de responsabilidade pelo que foi feito pela sociedade anteriormente ao seu ingresso.

O concurso de credores possui idêntica característica, posto que "novos", assim entendidos como aquele que se habilitam tardiamente (e não credores por créditos novos, posteriores à instalação do concurso), são admitidos a qualquer tempo, e ingressam no concurso de credores "no estado" em que este estiver, o que vale dizer, as decisões tomadas anteriormente ao seu ingresso lhe vinculam, e os rateios feitos anteriormente ao seu ingresso não lhe aproveitam (isto é, o credor "novo" perde aquela porção do seu crédito).

---

[130] Poderiam alguns apontar a hipótese de cessação da tutela judicial da recuperação de uma empresa, no prazo legal de dois anos, como sendo uma hipótese de prazo determinado como uma data fixa, supondo que o concurso de a comunhão de credores deixariam de existir no momento em que cessa a tutela jurisdicional. Discordamos desse entendimento. Primeiro porque o concurso de credores não se confunde com processo ou com ação (apenas depende dessa). Em segundo lugar porque, nos casos de recuperação judicial, por força de disposição legal, a aprovação do plano de recuperação judicial implica novação dos créditos sujeitos ao concurso de credores, e como novação, implica em quitação do crédito anterior, mediante a constituição de novo crédito; com efeito, uma vez aprovado o plano, estão quitados os créditos concursais, pelo que, em nosso entendimento, naquele momento deixa de existir concurso de credores. O que ocorre é que a lei determina um período de suspensão condicional à plena eficácia da novação operada com a aprovação do plano, sendo a condição da suspensão o cumprimento das obrigações assumidas, durante o prazo legal. Mas, como suspensão condicional, uma vez superada a condição, cai a suspensão, e a novação passa a produzir seus plenos efeitos, retroativamente à data da conclusão da novação (ou seja, retroativamente à data da aprovação do plano). Portanto, repisamos, na recuperação judicial o concurso de credores vigora até a aprovação do plano, e então é dissolvido sob condição suspensiva quanto ao termo inicial da eficácia dessa resolução – a dissolução se opera com a quitação dos créditos (por meio de novação), mas fica suspensa por prazo determinado em data fixa (o termo legal da supervisão judicial).

No que tange à (d) conclusão do contrato de sociedade entre ausentes, Ascarelli afirma que esta se dá por meio de sucessivas propostas de aceitação do contrato original, e crítica as teorias anteriores às suas, esclarecendo não haver a figura do pré-contrato e nem do contrato em favor de terceiro.

Apesar de não se instalar por contrato, o concurso de credores possui característica idêntica: ao se dar entre ausentes (como no mais das vezes; não há litisconsórcio de todos os credores iniciando a ação concursal), os credores vão se submetendo ao concurso um a um, sucessivamente; e o fazem por meio de petição ao Administrador Judicial, com recurso do juízo; mas não se estabelece, aí, relação nova, independente, entre credor e Administrador Judicial, nem tampouco entre credor e juiz (não há nova ação, independente, mas alargamento da ação concursal já em andamento); tratam-se, as sucessivas habilitações de crédito, de "propostas de aceitação" do (ou confirmações de submissão ao) concurso de credores.

Deixamos, novamente, de analisar as duas últimas características apontadas por Ascarelli para o contrato plurilateral, posto que não são relevantes ao nosso estudo (a de que o contrato plurilateral serve à constituição de (i) condomínios e a de que não há, na doutrina, (p) terminologia exata.

4.4) A falta de elemento volitivo na comunhão de credores

Vimos um sem número de convergências e similaridades entre a sociedade e a comunhão de credores.

Entretanto, há um ponto em que elas divergem: a sociedade decorre da vontade dos sócios, enquanto que a comunhão de credores decorre de lei. Ou seja, tal como enunciamos na introdução deste trabalho, a comunhão de credores, aparentemente, manca do elemento volitivo, que é pilar fundamental à sociedade.

Com efeito, a busca do fim comum por meio de uma sociedade é vontade dos sócios dessa sociedade. E é, o contrato de sociedade, que institui a sociedade, a instrumentalização da declaração de vontade dos sócios.

As teorias anticontratualistas afirmavam que a sociedade se formava por um feixe de declarações de vontades dirigido em um sentido determinado. Já a teoria contratualista clássica pregava que a sociedade se formava por contrato, ou seja, pelo ajuste das vontades (contrapostas) dos sócios. E, não diferentemente, a teoria do contrato plurilateral reafirma que a sociedade se forma por contrato, ou seja, por acordo de vontades dos sócios (pregando, entretanto, que tais vontades não são contrapostas, pois convergem para um fim comum).

Se um potencial sócio não tem vontade de formar a sociedade, ele não a integrará. Mais ainda, em determinadas situações de modificação da sociedade (e de seu contrato), assiste aos sócios dissidentes, ou seja, aos sócios que não coadunam com a vontade da maioria, retirarem-se.

A isso tudo se soma a possibilidade de dissolução judicial (parcial ou não) de sociedades, por vontade de um ou alguns sócios.

Tudo isso em perfeita consonância com o que prega o Art. 5º, inciso XX, da Carta Magna, que “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”.

Sem dúvida, o elemento volitivo é crucial às sociedades.

Já a comunhão de credores decorre de lei. É instituída por lei, em situações ali predeterminadas – que basicamente consistem, no que tange ao Direito Falimentar, nos casos de insuficiência, ou presunção de insuficiência, do patrimônio do devedor.

Ou seja, a instalação da comunhão de credores independe da vontade dos credores. Os credores são, por um motivo alheio a sua vontade (insuficiência do patrimônio do devedor), dragados à comunhão – que é instituída como solução legal ao conflito instalado entre eles, credores.

Assim, não há, na comunhão de credores, hipótese de retirada: nenhum credor pode recusar-se à comunhão de credores (sem perder o seu direito de satisfação do crédito); nenhum credor pode deixar a comunhão porque quis assim.

Essa divergência decorre, como já apontamos, de a sociedade nascer a partir de um contrato, ou seja, de uma norma individual, de caráter privado, à qual só se sujeita quem tem vontade de se sujeitar; enquanto que a comunhão de credores nasce a partir da lei, ou seja, de uma norma de caráter público, à qual se sujeitam os que estão ali elencados, independentemente de sua vontade.

É essa, também, a explicação final para a divergência que encontramos entre algumas características do contrato de sociedade e do concurso de credores, especialmente no que tange às obrigações das partes.

Como vimos, no contrato de sociedade a obrigação das partes admite substituição, pode acarretar dissolução da sociedade em relação ao sócio inadimplente e, ao final, existe uma relação sinalagmática pela qual o inadimplemento de uma obrigação que impossibilite a realização do fim comum tem o condão de resolver a sociedade como um todo.

Na comunhão de credores, não se admite a substituição da “obrigação” de nenhuma parte, bem como não se consideram as conseqüências da inexecução das “obrigações” de uma parte, vez que são “obrigações” legais e que, no mundo do dever-ser, não se admitiria a inexecução dessas obrigações.[131]

Questionamo-nos em qual extensão a falta desse elemento volitivo, a diferença entre norma individual e norma de ordem pública, a diferença entre obrigação e ônus, distanciam comunhão de credores e sociedade. Será que o bastante para não permitir o intercâmbio entre as normas do contrato de sociedade e do concurso de credores?

[131] Na verdade, na comunhão de credores não há *obrigações* das partes, no mesmo sentido em que há na sociedade; na comunhão de credores há *ônus*, conforme vimos antes e conforme veremos em maior detalhe adiante, sendo que esses *ônus* fazem as vezes das obrigações das partes.

5) O INTERCÂMBIO ENTRE O DIREITO SOCIETÁRIO E O DIREITO FALIMENTAR

Chegamos, aqui, ao objetivo final deste trabalho. Considerando as similitudes e as diferenças entre a sociedade e a comunhão de credores, bem como entre as normas que regem os dois entes, a saber, o contrato de sociedade e as regras do concurso de credores, seria possível um intercâmbio entre os institutos?

Como vimos, há inúmeras semelhanças entre a sociedade e a comunhão de credores. Ambas são sujeitos de direito, independentes de seus membros, formados por uma pluralidade de partes, que assumem reciprocamente direitos e obrigações; ambas são veículos para a realização do fim comum das partes, e são regidas por um conjunto normativo (contrato de sociedade de um lado; concurso de credores do outro) que coordena os direitos e obrigações das partes em torno do já mencionado fim comum; e os dois conjuntos normativos também possuem enormes semelhanças, sendo que a grande maioria das características de um conjunto é encontrada também no outro conjunto.

Por outro lado, vimos também que, apesar de poucas, as diferenças são importantes, porque dizem respeito ao cerne dos institutos. Ocorre que a sociedade é formada por contrato, ou seja, norma individual que decorre de acordo de vontades e que tem caráter estritamente privado, particular, só se sujeitando a essa norma, contrato de sociedade, quem assim deseja. Enquanto que a comunhão de credores decorre de lei; a norma que a institui (concurso de credores) possui caráter público[132], vez que, emanando de ente público, sujeita, submete o particular, independentemente da vontade deste.

Essa diferença foi vislumbrada, no início deste trabalho, como sendo “ausência de elemento volitivo na comunhão de credores”. Foi, reconhecemos, uma visão simplista e limitada.

---

[132] Não afirmamos que o Direito Falimentar seja ramo do Direito Público; é ramo do Direito Privado, indiscutivelmente, posto que suas normas têm como interesse relações havidas entre entes privados, os particulares, e não entre os entes públicos.

A diferença entre a comunhão de credores e a sociedade não está na ausência de elemento de vontade; até porque, como veremos adiante, existe sim, na comunhão de credores, elemento volitivo.

A problemática reside no fato de que o ente sociedade é criado pela manifestação de vontade dos contratantes da sociedade; ao passo que comunhão de credores é decorrência da aplicação de lei, ou seja, norma abstrata, geral e permanente.

A solução, portanto, consiste em entender e definir se é possível o intercâmbio de elementos e características de um instituto derivado de uma manifestação de vontade e de um instituto derivado de uma norma geral e abstrata de aplicação obrigatória.

Para tanto, acreditamos que devemos analisar e comparar as duas normas em questão.

5.1) Contrato de sociedade vs. ("lei" do) concurso de credores

Mas quais são as normas que queremos analisar?

Devemos, aqui, identificar e classificar as normas de que estamos tratando. De um lado, o que chamamos, ao longo deste trabalho, de *contrato de sociedade*. De outro lado, o chamamos de *concurso de credores*.

O *contrato de sociedade*, entretanto, não deve ser interpretado restritivamente ao instrumento contratual assinado pelos sócios de uma sociedade; contrato de sociedade deve ser entendido como o *conjunto normativo que regula as sociedades*, e que é, além do contrato (de sociedade) em si, a lei societária que rege aquele contrato. Ou seja, a norma das sociedades é micro-sistema formado pela legislação aplicável e pelo contrato em si.

O *contrato de sociedade* a que nos referimos aqui, portanto, é *norma geral e abstrata, que se aplica a todas as sociedades*, e não a norma individual (contrato em si) que se aplica à sociedade "X" ou "Y".

Enquanto conjunto normativo (ou seja, olhando o todo, e não cada regra específica), norma abstrata e geral, entendemos que deva ser classificado, quanto a sua obrigatoriedade, como norma permissiva.[133]

O concurso de credores a que nos referimos também é um conjunto normativo, que consiste, principalmente, em (parte dos) dispositivos da LFRE. É, inquestionavelmente, norma geral e abstrata; acreditamos, porém, que quanto à obrigatoriedade deva ser classificado como norma imperativa, isto é, norma cuja aplicabilidade é mandatória e independe da vontade dos seus sujeitos.[134]

---

[133] MONTORO, André Franco, **Introdução à ciência do direito**, p. 390.
[134] Idem, p. 389.

Temos, portanto, definidas e classificadas as normas que pretendemos comparar, e apontada, agora com clareza, a diferença entre eles: não está, como havíamos erroneamente considerado, "na ausência de elemento volitivo", mas sim na obrigatoriedade das normas: o contrato de sociedade é conjunto normativo permissivo (as pessoas podem constituir sociedade); o concurso de credores é conjunto normativo imperativo (havendo ação contra patrimônio insuficiente, aplica-se, obrigatoriamente, o concurso de credores.

Isto posto, reconhecemos que tanto o *contrato de sociedade* quanto o *concurso de credores* são normas jurídicas e que, preenchidos os requisitos de vigência e eficácia, entram no sistema jurídico e produzem efeitos.

Temos aí três pontos importantes: *sistema jurídico, norma* e *efeitos*.

5.1.1) Sistema jurídico

Vez que todas as normas emanam de e se sujeitam a, ainda que indiretamente, uma norma máxima (a Constituição Federal, para os juspositivistas; ou o Direito Natural, para os jusnaturalistas), temos que o sistema jurídico é único. Entretanto, para os fins de estudo da ciência jurídica, o sistema é dividido em subsistemas, sob diferentes características e argumentos.

A divisão mais comum do sistema jurídico em subsistemas é aquela em função dos interesses e das relações tuteladas. Daí nasce a divisão do sistema jurídico em dois ramos principais, que são na verdade dois grandes subsistemas, Direito Público e Direito Privado.[135]

Seguindo a divisão em função dos interesses e das relações tuteladas, nasce a divisão do Direito Privado em Direito Civil, Direito Empresarial (em substituição ao Direito Comercial), Direito do Comércio Internacional, Direito do Trabalho etc..[136]

---

[135] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, p. 4.

[136] Há inúmeras divergências no que tange a divisão dos ramos do Direito. Há autores, como André Franco Montoro, que consideram o Direito do Trabalho como ramo do Direito Privado, enquanto que outros, como Miguel Reale, o consideram como ramo do Direito Público.

E, similarmente, podemos dividir o Direito Empresarial em Direito Societário, Direito Falimentar, Direito da Propriedade Intelectual etc..

Voltando à questão do contrato de sociedade e o concurso de credores, temos que ambos são normas que se inserem (cumpridos os requisitos) no sistema jurídico. O primeiro se insere no ramo do Direito Societário, e o segundo no ramo do Direito Falimentar, ou seja, sub-subsistemas diferentes; não obstante, ambos se inserem no subsistema do Direito Empresarial, estando aí importante semelhança entre as duas normas.

5.1.2) Norma, Direito Objetivo e Direito Subjetivo

Quando falamos em norma, devemos retomar os primeiros ensinamentos de Direito que tivemos nos bancos acadêmicos, nos lembrando dos conceitos de Direito Objetivo e Direito Subjetivo.

Em apertada síntese, podemos dizer que o Direito Objetivo é o dever-ser que emanada da norma vigente e eficaz[137]. É, em nossas palavras, a norma posta; é o que aplicamos sobre o suporte fático para transformá-lo num fato jurídico.[138]

Quanto ao Direito Subjetivo, podemos dizer, agora em apertadíssima síntese, que é o direito-poder, que emana da subsunção do fato no Direito Objetivo, e que resguarda ao seu titular (sujeito de direito ativo) a tutela de um interesse específico.

Em outras palavras, é o que resulta da aplicação da norma; é um direito determinado de um alguém determinado para tutelar um interesse determinado.

---

[137] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, p. 188.

[138] Não estamos dizendo que o Direito Objetivo é a norma, a lei; o Direito Objetivo é a essência da norma, é o dever-ser prescrito pela norma. A norma, por sua vez, é a forma, ou o instrumento pelo qual esse dever-ser se insere no sistema jurídico. O queremos esclarecer é que o direito à vida, por exemplo, não se confunde com a norma, com o comando legal que o prescreve, que o insere no ordenamento jurídico; o direito à vida é o Direito Objetivo, que é prescrito e inserido no sistema jurídico por meio de uma norma, no caso brasileiro, o artigo 5º da Constituição Federal.

A denominação nos parece auto-explicativa: o Direito Subjetivo é o direito que decorre da subjetivação do Direito Objetivo[139]; ou seja, a subsunção de um determinado fato num Direito Objetivo faz nascer, para um determinado sujeito, um Direito Subjetivo, que o titular (o sujeito) pode exigir, e que terceiros estão obrigados a cumprir.[140]

Segundo Miguel Reale:

> "*Direito subjetivo*, no sentido específico e próprio deste termo, só existe quando a *situação subjetiva implica a possibilidade de uma pretensão, unida à exigibilidade de uma prestação ou de um ato de outrem*. O núcleo do conceito de direito subjetivo é a *pretensão* (Anspruch), a qual pressupõe que sejam *correspectivos* aquilo que é *pretendido* por um sujeito e aquilo que é *devido* pelo outro (tal como se dá nos contratos) ou que pelo menos entre a pretensão do titular do direito subjetivo e o *comportamento exigido* de outrem haja certa *proporcionalidade*, compatível com a regra de direito aplicável à espécie."[141]

Quando olhamos o contrato de sociedade e o concurso de credores, ambos normas jurídicas, sob o aspecto do Direito Objetivo e, separadamente (tanto quanto possível, posto que indissociáveis), do Direito Subjetivo, a semelhança entre as duas normas salta aos olhos.

Sob a ótica do Direito Objetivo, ambas as normas (contrato de sociedade e concurso de credores) prescrevem regras de conduta aplicáveis a um suporte fático muito similar: uma pluralidade de partes que busca um fim comum de natureza econômica.

As duas normas (ou conjuntos de normas) possuem múltiplas proposições que tratam, dentre outras: da coordenação de direitos e obrigações entre as partes; da constituição de

---

[139] Para Kelsen, direito subjetivo era exatamente a subjetivação do direito objetivo e, sem sendo tal, apenas uma posição distintiva da norma. Cf. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, p. 256.
[140] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, pp. 257 e ss.
[141] Idem, p. 259.

um novo sujeito de direito; da gestão e representação desse novo sujeito; da função e da finalidade desse novo sujeito, sempre voltadas à realização do fim comum.

Mais interessante ainda é a análise sob a ótica do Direito Subjetivo.

O primeiro ponto que devemos notar é o efetivo surgimento de Direitos Subjetivos em ambos os casos (aplicação do contrato de sociedade e instalação do concurso de credores).

Tais Direitos Subjetivos tem como titulares, ou seja, como sujeitos, de um lado os sócios, e de outro lado os credores; em ambos os casos, uma pluralidade de sujeitos. E a titularidade que eles exercem sobre os Direitos Subjetivos é aquela típica de comunhão *pro-indiviso*, na qual não se pode atribuir uma parcela do Direito havido em comunhão a um membro, e outra parcela a outro membro; todos os membros da comunhão seriam detentores de todo o Direito, sendo que a distribuição ou partilhamento desse Direito se dá *interna corporis*, pelo conceito de quota[142].

Mais ainda, os Direitos Subjetivos nascidos no bojo da sociedade e da comunhão de credores, e atribuídos aos sócios ou aos credores, conforme o caso, são sempre de duas naturezas: direitos políticos e direitos patrimoniais. E as faculdades que emanam desses direitos são muito parecidas na sociedade e na comunhão de credores (a faculdade de participar de assembléias e reuniões, de opinar, de votar, de alienar o título – ação ou crédito – que confere o status de sócio ou credor etc.).

Não menos importante, os Direitos Subjetivos, em ambos os casos, tutelam interesses que são, entre os seus titulares, divergentes, mas que convergem para um fim comum, de natureza primordialmente econômica.

5.1.3) Efeitos

[142] A despeito de poder haver Direitos Subjetivos e relações jurídicas que sejam individuais e particulares de cada membro.

E, ainda considerando aquela afirmação com a qual abrimos o capítulo 5.1, devemos analisar os efeitos que decorrem das normas contrato de sociedade e concurso de credores.

Primeiramente, devemos esclarecer que a norma, *per se*, não gera efeitos. A aplicação da norma sobre o suporte fático é que gera efeitos. E aqui temos importante diferença entre o contrato de sociedade e o concurso de credores.

O suporte fático do contrato de sociedade é a manifestação de vontade expressa dos sócios, que resulta num negócio jurídico, e cujo efeito é (dentre as hipóteses de constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas), primordialmente, a constituição de relações jurídicas.

Não é tão simples vencer a mesma questão no que diz respeito ao concurso de credores. Qual é o suporte fático sobre o qual aplicamos a norma concurso de credores?

Num primeiro momento, poderíamos crer que o suporte fático é a insuficiência de patrimônio de devedor. Se fosse esse o caso, o suporte fático da norma concurso de credores seria um fato concreto que se transformaria em fato jurídico. E, como fato, absolutamente desprovido de elemento volitivo.

Entretanto, voltando às lições sobre o concurso de credores, vimos, nas palavras de Pontes de Miranda, que *o concurso de credores nasce da ação*, via de regra, de um dos credores contra o patrimônio insuficiente[143].

Partindo daquela lição, temos que o suporte fático da norma concurso de credores é a ação, costumeiramente de um dos credores contra o patrimônio insuficiente do devedor, ou seja, um ato lícito que se transforma em ato jurídico. E, enquanto ato, dotado de elemento de

[143] A questão aqui é que o concurso de credores depende de ação; normalmente, é a ação de um credor contra o patrimônio insuficiente do devedor; mas, pode nascer da ação do próprio devedor, tal como nos casos de auto-falência ou de recuperação judicial.

vontade; ainda que não seja uma manifestação expressa de vontade, há, sim, no ato jurídico, vontade daquele que realiza ou performa o ato.

Sobre os efeitos desse ato jurídico, entretanto, não podemos afirmar que sejam primordialmente constitutivos de relações jurídicas. Na verdade, entre os efeitos constitutivos e modificativos, é muito difícil dizer qual deles se sobressai.

Há efeito constitutivo de relações jurídicas quando olhamos a criação da comunhão de credores; um grande número de relações jurídicas nasce a partir daí, relações essas que se dão, primordialmente, entre os credores, tais quais as relações jurídicas que se constituem entre os sócios na criação da sociedade.

Porém, devemos lembrar que já havia entre cada credor e o devedor uma relação jurídica anterior, e um sem números de Direitos Subjetivos e faculdades deles decorrentes; com a instalação do instituto do concurso de credores, vemos amplamente efeitos modificativos dessas relações jurídicas. É o que acontece, por exemplo, na limitação imposta ao direito de satisfação do crédito; é que também vemos na transferência do direito de ação contra o devedor, de cada um dos credores, para o novo ente, que é a comunhão de credores.

Assim, em resumo, ao passo que os efeitos da aplicação do contrato de sociedade se concentram na constituição de relações jurídica, os efeitos da aplicação do concurso de credores de dividem, primordialmente, entre a constituição de relações jurídicas, no que tange à criação do ente comunhão de credores, e a modificação de relações jurídicas, no que tange às limitações impostas ao direito de crédito e ao direito de ação contra o devedor.

5.2) O elemento volitivo

Vencida a comparação das normas, podemos analisar (até porque já encontramos a solução) aquela que foi a primeira diferença que vislumbramos entre os institutos: o fato de que na sociedade há elemento de vontade, enquanto que na comunhão de credores *aparentemente* não há elemento de vontade, há imposição.

De imediato, devemos relativizar a afirmação acima. Primeiro porque vislumbramos hipótese de sociedade sem elemento volitivo. E, segundo, porque, como vimos, há elemento de vontade na comunhão de credores.

5.2.1) Sociedade sem elemento volitivo

No que tange à sociedade sem elemento volitivo, vislumbramos sua ocorrência na coincidente hipótese de uma sociedade formada no âmbito de uma recuperação judicial, a exemplo do previsto no Art. 50, XVI, da LFRE.[144]

Em termos práticos: o devedor requere e tem concedido o processamento da recuperação judicial; os credores são arrolados; o plano é apresentado e objetado; convoca-se a

---

[144] Lei 11.101/2005. "Art. 50: **Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:** I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; III – alteração do controle societário; IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; VI – aumento de capital social; VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; X – constituição de sociedade de credores; XI – venda parcial dos bens; XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; XIII – usufruto da empresa; XIV – administração compartilhada; XV – emissão de valores mobiliários; **XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.** § 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia. § 2º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial." (grifo nosso)

Assembléia Geral de Credores para deliberar sobre o plano; fosse elemento original do plano, ou decorrência das alterações propostas pelos credores, delibera-se, em Assembléia Geral de Credores, com aprovação do devedor, a constituição de uma nova sociedade, de propósito específico, da qual farão parte os credores, integralizando nesta sociedade os seus créditos havidos frente ao devedor, e adjudicando-se à sociedade os bens do devedor.

Pois bem, uma vez aprovado o plano, ter-se-ia constituída (ou iniciada a constituição da) sociedade. Considerando que a aprovação do plano, da qual decorre a deliberação de constituição da sociedade, não tenha sido unânime, chegamos à situação em que se formou uma sociedade sem que todos os seus sócios tenham tido vontade de formar essa sociedade. Ou seja, formou-se uma sociedade sem a presença de elemento volitivo para todas as partes da sociedade.

5.2.2) O elemento volitivo presente na comunhão de credores

De outro lado, como vimos, existe um elemento de vontade na comunhão de credores; ainda que o ente comunhão de credores não decorra da manifestação expressa de vontade dos credores-partes.

Isso porque, como vimos no capítulo 3, a comunhão de credores nasce da aplicação, ou da instalação do concurso de credores, que é a norma que, dentre outras coisas, institui e rege a comunhão de credores.

E o suporte fático da norma concurso de credores, como vimos, é a ação[145] contra o patrimônio insuficiente do devedor; é, portanto, com base em um ato jurídico lícito que se aplica o concurso de credores e a partir desse ato jurídico que nasce a comunhão de credores. Sendo, no mais, inquestionável que todo ato possui elemento de vontade, ainda que não seja uma manifestação expressa dessa vontade, temos que a comunhão de credores tem, em seu nascedouro, um elemento de vontade.

---

[145] *Ação* enquanto exercício de direito, e não enquanto ato pontual.

Sem dúvida, há de se levantar outra questão: *o tal ato jurídico que implica a criação da comunhão de credores é ato somente para aquele que o exerceu*, normalmente, um dos credores que agiu contra o devedor; *para os demais credores, é apenas um fato jurídico* e, como fato, desprovido de elemento de vontade.

Num último esforço, tentaremos vencer o novo problema que se coloca.

Para tanto, devemos primeiramente separar, no seio do concurso de credores, as relações jurídicas que são constituídas e as relações jurídicas que são modificadas. As primeiras são, primordialmente, as relações havidas entre os credores, consistentes basicamente na criação do novo ente comunhão de credores (que nascem, que se constituem com a advento do concurso de credores). As segundas são, principalmente, as relações havidas entre cada credor e o devedor (e que se modificam como efeito da instalação do concurso de credores).

O fato jurídico (para aqueles que não praticaram o ato) que acarreta a aplicação do concurso de credores importa *obrigações* para os credores. Ou *ônus* para os credores.

Ser *obrigação* ou ser *ônus* depende da ótica sob a qual analisamos: se das relações modificadas pelo concurso de credores, isto é, as relações havidas entre credor e devedor; ou se das relações constituídas pelo concurso de credores, ou seja, as relações havidas entre os credores.

Usamos, aqui, *obrigação* em seu sentido estrito, de *negativo, inverso de Direito Subjetivo*. Isto é, a outra face do Direito Subjetivo. Em apertada memória, lembramos que Direito Subjetivo corresponde a uma determinada pretensão que um determinado sujeito (ativo) tem "contra" um determinado sujeito passivo (ainda que o sujeito passivo seja um sujeito plural, ou a sociedade como um todo, no caso de direitos reais). Daí decorre a acepção de *obrigação*, tal como a utilizamos: é o negativo, a outra face do Direito Subjetivo; é a prestação devida por um determinado sujeito passivo a um determinado sujeito ativo titular do direito.

Ônus é um conceito diferente. *Ônus* é a obrigação (*lato sensu*) que não é devida a um sujeito determinado e que, portanto, não é coercível por ninguém. É uma obrigação (*lato sensu*) que não corresponde a um Direito Subjetivo. É apenas um encargo, cuja satisfação confere uma vantagem ou benefício.[146]

A *obrigação* ou *ônus* imposto aos credores pelo concurso de credores é um ou outro (obrigação ou ônus) em virtude da relação jurídica que está em análise.

Se falamos da relação jurídica havida entre credor e devedor, é que é modificada pelo concurso de credores, os credores têm uma *obrigação* frente ao devedor. Porque ela corresponde ao Direito Subjetivo do devedor, de impor, coercitivamente, a cada credor, a novação ou liquidação da dívida pré-existente nos moldes do processo de natureza falimentar que se desenrola.

Já quando falamos da relação jurídica havida entre os credores, que é constituída pelo concurso de credores, cada credor têm um *ônus* frente aos demais credores. Porque a obrigação (*lato sensu*) dos credores, consistente na limitação do direito de crédito e no direito de ação, e até mesmo na novação da dívida, não é oponível, coercível por um credor frente ao outro; essa obrigação (*lato sensu*) de cada credor não corresponde a um Direito Subjetivo dos demais credores, nem a um Direito Subjetivo da comunhão de credores.

Atenção: os credores, ou melhor, a comunhão deles, possui (outros) Direitos Subjetivos contra o credor "inadimplente", consistentes, por exemplo, no direito de obstar a satisfação do crédito pretendida por esse credor "inadimplente" em desrespeito ao que reza o concurso de credores.

O que queremos dizer é que nem os credores, nem a comunhão deles, têm o Direito Subjetivo de impor ao credor "inadimplente" a *obrigação* de novação da dívida. Em termos práticos, não cabe à comunhão de credores pretensão contra a mora do credor "inadimplente"; esse direito é do devedor, e dele apenas.

---

[146] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, p. 262.

Assim, no que tange às relações jurídicas havidas entre os credores, das quais decorrem a formação da comunhão de credores, não existem, propriamente, *obrigações* de um credor para com o outro, mas sim *ônus* recíprocos, cuja satisfação é obrigatória para que se titularize relação jurídica frente aos demais credores.

A satisfação desse *ônus* por cada credor consistiria, em nosso ver, no ato, ainda que tácito, de submissão ao concurso de credores; e, portanto, implicaria em vontade.

É o que nos parece existir de fato.

Afinal, ainda que a instalação do concurso de credores efetivamente sujeite "todos" os credores, independentemente de uma manifestação de vontade destes; a participação, efetiva, dos credores, na comunhão de credores, decorre de um ato de vontade deles, que implica, tacitamente, na aceitação do concurso.

Ora, um credor, num processo de natureza falimentar, pode não participar da comunhão; pode não se manifestar no processo, não participar das Assembléias Gerais de Credores, não votar etc.; pode até mesmo deixar de habilitar seu crédito. Tal credor não estaria, em hipótese alguma, excluído do concurso de credores, nem da eventual novação ou liquidação de seu crédito frente ao devedor; aí vemos a obrigação, decorrente da relação jurídica credor-devedor. Mas tal credor não participaria, realmente, da comunhão de credores; não integraria, de fato, a relação jurídica havida entre credores; a norma do concurso de credores, no que tange à relação jurídica havida entre credores, seria, para este credor ausente (ou "inadimplente", como chamamos antes), uma mera proposição condicional hipotética sem efeitos ou resultados práticos; seria uma norma ineficaz, inexistente no plano social.

Diante das considerações tecidas acima, acreditamos ser possível afirmar que existe, sim, na comunhão de credores, elemento de vontade, uma vez que a comunhão de credores se institui em decorrência de um ato (a ação contra o patrimônio insuficiente), e que a

efetiva participação de cada credor na comunhão depende de um ato, espécie de ratificação tácita dos termos da comunhão.

5.3) Direito comparado

Vencida a problemática exposta neste trabalho, e somando-se tudo aquilo que vimos aqui, é fato que tanto a sociedade e o seu contrato de sociedade, quanto a comunhão de credores e o seu concurso de credores, têm muito mais elementos de conexão e características semelhantes do que divergentes.

E sob essa ótica, resguardadas as diferenças necessárias, os elementos do Direito Societário e do Direito Falimentar são, sim, comparáveis; e porque não, feitas as devidas adaptações, intercambiáveis também.

Aliás, parece-nos que este é o termo mais feliz: a sociedade é *comparável* à comunhão de credores; e o contrato de sociedade é *comparável* ao concurso de credores.

Afinal, trata-se de institutos afetos a diferentes ramos do Direito e, portanto, de institutos inseridos em diferentes subsistemas jurídicos.

A regra de intercâmbio entre institutos de diferentes sistemas jurídicos, aí considerados diferentes Estados ou diferentes tempos, é a do Direito Comparado, ou seja, aquela segundo a qual o conceito, elemento ou instituto que se pretende transportar de um sistema a outro deve ser analisado mediante a comparação ampla dos diferentes sistemas, realizando-se as adaptações necessárias para manter o fundamento axiológico daquilo que se pretende transportar de um sistema para o outro.

Diz Miguel Reale sobre o Direito Comparado:

> "O Direito Comparado é um dos campos de pesquisa de maior importância na ciência de nossos dias. Procura ele atingir as constantes jurídicas dos diferentes sistemas de Direito Positivo, a fim de esclarecer o Direito

> vigente e oferecer indicações úteis e fecundas ao Direito que está em elaboração."[147]

Continua:

> "Não será demais advertir, a fim de prevenir equívocos, que o Direito Comparado não pode se reduzir ao mero confronto de códigos e leis de diversos povos, sem se levar em conta as estruturas sociais e políticas de cada um deles.
>
> "Somos levados a graves erros quando nos limitamos a um simples cotejo formal de textos legais, fazendo abstração de seus elementos condicionantes, inclusive das razões ideológicas que dão significado diverso às mesmas expressões verbais. Um artigo, inserido no sistema de nosso Direito de Família, por exemplo, não tem sentido igual ao que se lê no Direito de Família chinês, pois cada preceito de lei, além do significado que as palavras expressam, tem o valor que lhe confere a totalidade do ordenamento jurídico."[148]

Normalmente vemos o Direito Comparado aplicado na comparação de sistemas jurídicos de diferentes Estados, ou então de tempos diferentes (a exemplo de uma possível comparação entre a atual LFRE e a legislação antiga).

Mas, nos atendo ao fato de que o Direito Comparado é o instrumento para comparar diferentes sistemas jurídicos, por que restringir os sistemas comparáveis aos sistemas de diferentes Estados ou aos sistemas de diferentes épocas? Por que não utilizá-lo para comparar diferentes subsistemas pertencentes a um mesmo Estado e mesma época?

---

[147] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, p. 309.
[148] Idem, p. 309.

Acreditamos, portanto, que por serem institutos de sistemas diferentes, a sociedade e a comunhão de credores, o contrato de sociedade e o concurso de credores devem ser comparados sob a ótica dos seus respectivos sistemas, e adequadamente adaptados antes de serem transportados de um sistema a outro.

Ou seja, não se pode simplesmente destacar uma regra qualquer da sociedade e aplicá-la sobre a comunhão de credores; mas acreditamos que seja possível, sim, entender uma regra da sociedade, considerando o meio em que ela está inserida, sua função e finalidade, e adaptá-la ao meio do Direito Falimentar; e vice versa; utilizando-se para tanto do instrumento Direito Comparado.

6) CONCLUSÃO

Após termos analisado a sociedade e o contrato de sociedade, bem como a comunhão de credores, e de termos verificado a similitude entre as características do contrato de sociedade e do conjunto normativo que rege a comunhão de credores, que são as normas do concurso de credores, verificamos que, a despeito de poucas, porém importantes diferenças, é possível o intercâmbio entre os institutos.

Fato é que a sociedade está inserida no subsistema do Direito Societário, e a comunhão de credores está inserida no subsistema do Direito Falimentar; mas com as devidas adaptações, típicas dos estudos de Direito Comparado, acreditamos ser possível o intercâmbio de conceitos, elementos e institutos.

Diante dessa conclusão, surgem novas questões.

Na esfera teórica, pode-se pensar, por exemplo, em trazer o conceito de função social da sociedade para a comunhão de credores. Note-se: falamos em função social da comunhão de credores, e não em função social da LFRE. Esta última é evidente e está positivada. Mas, aceitando a função social como característica da sociedade, podemos estudar a adaptabilidade dessa característica à comunhão de credores – o que teria impacto significativo sobre as ações dos credores no curso dos processos de natureza falimentar. Como ficaria, por exemplo, o voto de um credor, em defesa do seu interesse, mas em evidente ofensa à função social da comunhão de credores?

Na esfera prática, podemos listar diversas perguntas: Poderiam ser suspensos os direitos políticos de um credor, em Assembléia Geral de Credores, por descumprimento de “obrigações” para com a comunhão? Poderia a comunhão de credores estabelecer quóruns deliberativos mais restritivos (mais elevados) que os legalmente estipulados? Teria validade a assunção de compromisso arbitral entre os credores?

E um “Acordo de Credores”, nos moldes de um *Acordo de Sócios* ou *Acordo de Acionistas*, com previsão de reunião prévia e voto em bloco? Qual seria sua validade e eficácia no ambiente de um processo de natureza falimentar?

Enfim, essas são algumas das questões que podem, eventualmente, ser analisadas a partir da extensão deste estudo.

Está posta a nossa tese. Esperamos que ela seja testada, quer para ser validada, quer para ser criticada; mas acima de tudo, esperamos que tenha sido fomentado um novo debate.

BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Nelson. **Sociedades limitadas**. 9ª ed. rev. ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002 pelo Juiz Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2005.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Quorum, 2008.

BALDI, Cesare. **Manuale pratico di diritto commerciale.** Turim: Fratelli Bocca, 1914.

BERLE, Adolf Augustus; MEANS, Gardiner Coit. **The modern corporation and private property**. New Brunswick: Transaction, 2009.

CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coordenadores). **Direito Societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de Direito Comercial brasileiro.** 5ª ed. São Paulo. Freitas Bastos: 1957.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei das sociedades anônimas: lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das leis n. 9.457, de 5 de maio de 1997, e n. 10.303, de 31 de outubro de 2001**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CLARET Y MARTI, Pompeyo. **Sociedades anónimas.** Barcelona: Bosch, 1944.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 11ª ed. Rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

EIZIRIK, Nelson. **Temas de direito societário**. São Paulo: Renovar, 2005.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de Direito Comercial.** 5ª ed. rev. e aum. São Paulo. Max Limonad, 1956.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e Recuperação da Empresa em Crise – comparação com as posições do Direito europeu.** São Paulo: Elsevier, 2008.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das companhias.**

LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. **Lei das sociedades por ações anotada**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEITE JÚNIOR, Carlos Antônio Goulart. ***Affectio Societatis*: na sociedade civil e na sociedade simples.**

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3ª ed., 2ª reimpr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual da Monografia Jurídica**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial: de acordo com a Lei n. 11.101, de 9-2-2005 (nova Lei de Falências)**. 26ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **A sociedade anônima como instituição**, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 18.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coordenadores). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** 2ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005

THALLER, E. **Traité élémentaire de droit commercial.** 3ª ed. Paris: Arthur Rousseau, 1904.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** São Paulo: Saraiva, 2005

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências.** 3ª ed. São Paulo: Forense, 1962.

_____. **Sociedades por ações.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953.