



Uniceub

Centro Universitário de Brasília

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

Curso de bacharelado em Direito

Rafaela Nardelli Bruno

(RA: 2066165-1)

**O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO EM CASOS DE FALÊNCIA**

Brasília

2014

RAFAELA NARDELLI BRUNO

**O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO EM CASOS DE FALÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador(a): Msc. Cleíse N. Martins Costa

Brasília
2014

Bruno, Rafaela Nardelli

O Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica e sua aplicação em casos de falência / Brasília: Rafaela Nardelli Bruno, 2014.

65 f.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Msc. Cleíse N. Martins Costa

1. Direito Empresarial
2. Desconsideração da Personalidade Jurídica
3. Direito Falimentar

RAFAELA NARDELLI BRUNO

**O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO EM CASOS DE FALÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito
para a conclusão do curso de
bacharelado em Direito pela Faculdade de
Ciências Jurídicas e Sociais do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB
Orientador(a): Msc. Cleíse N. Martins Costa

Brasília, ____ de _____ de 2014.

Banca Examinadora

Prof. Msc. Cleíse N. Martins Costa
Orientadora

Prof. Humberto Cunha
Examinador

Prof. Débora Soares
Examinadora

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos que, de alguma forma ou de outra, me ajudaram a chegar até aqui. Em especial aos meus pais, irmã e Estevam, pessoas muito especiais a quem devo tudo que sou hoje. Dedico ainda a todos que compartilham comigo do fascínio e respeito pelo Direito e pela justiça.

AGRADECIMENTO

A Deus, por estar sempre ao meu lado e por ter guiado os meus passos rumo ao Direito.

Aos meus pais, por serem tão honestos e batalhadores, por sempre acreditarem em mim de olhos fechados, por investirem em mim e por serem exatamente como são: os melhores pais que alguém poderia ter.

A minha irmã, por ser alguém que adoça e alegra meus dias. Estarei sempre ao seu lado. Você é minha princesinha.

Ao meu querido Estevam, por sempre me ouvir e incentivar, e por me fazer querer ser uma pessoa melhor a cada dia. Você é um grande amigo, amor e companheiro.

Aos professores do UniCEUB, em especial à minha orientadora Cleíse Costa, e também a Danilo Porfírio, Gabriela, Mário Drumond, Daniela Macedo, Miguel Ângelo e Selma Godoy que me ensinaram muito além do que a disciplina curricular exigia.

Agradeço também aos grandes autores que me ensinaram – e ensinarão –, muito mais do que a letra da lei.

Sem vocês, eu não teria conseguido chegar até aqui. Não foi fácil. E, ao mesmo tempo, foi maravilhoso.

Obrigada pela paciência e por todo o apoio. Obrigada por sonharem comigo e fazerem esses sonhos valerem a pena.

EPIGRAFE

“(...) when the notion of legal entity is used to defeat public convenience, justify wrong, protect fraud or defend crime, the law will regard the Corporation as an association of persons”*.

*Palavras do juiz Sainborn, proferidas no caso United States vs. Milwaukee Refrigerator Transit Co., em 1905, citado por CORRÊA, L.F. Nigro. *Código de Defesa do Consumidor: aspectos relevantes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 135. Tradução livre: “quando a noção de ente legal (pessoa jurídica) é usada para frustrar o interesse público, justificar o errado, proteger a fraude ou defender o crime, o Direito irá considerar a Corporação como uma (mera) associação de pessoas”.

RESUMO

O Direito Empresarial fornece ferramentas jurídicas para a proteção da atividade das sociedades empresárias, as quais possuem importante papel social e econômico no país. Entre essas ferramentas, pode ser citado o instituto da desconsideração da personalidade jurídica de uma empresa, o qual dá um fim, quando permitido em lei e necessário, à separação entre o patrimônio de uma empresa e o de seus sócios. A aplicação dessa desconsideração, portanto, só deve ser realizada em casos excepcionais, quando é comprovado, por exemplo, o uso de má-fé para fraudar credores. Entretanto, demonstra-se com o presente estudo, que o instituto vem sendo utilizado de maneira corriqueira sem uma criteriosa análise, muitas vezes em casos em que o empresário agiu com total boa-fé. Há outras medidas jurídicas aos quais os credores podem recorrer para garantir pagamentos que lhes são devidos. O que não se pode admitir é que se deixe um princípio tão importante ao Direito brasileiro, o da autonomia patrimonial, ser deixado de lado sem fundamentadas motivações.

Palavras-chave: Direito empresarial; Desconsideração da personalidade jurídica; Direito falimentar; Autonomia patrimonial.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. O DIREITO SOCIETÁRIO E A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS	13
1.1 O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO SOCIETÁRIO E A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE	14
1.1.1 DIREITO SOCIETÁRIO: ASPECTOS GERAIS E DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO DIREITO SOCIETÁRIO.	15
1.1.2 PERSONALIDADE JURÍDICA E LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS	18
1.2 A ESTRUTURA DO DIREITO FALIMENTAR	22
1.2.1 RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL.....	23
1.2.2 RECUPERAÇÃO JUDICIAL	24
1.2.3 FALÊNCIA.....	26
1.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO	30
2. AS POSSIBILIDADES DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	31
2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	31
2.2 TEORIAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO	35
2.3 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM CASO DE FALÊNCIA: POSSIBILIDADES.....	38
2.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO: ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO	41
3. A EMPRESA FALIDA E A APLICAÇÃO DA LEI 11.101/05: POSSIBILIDADES DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	44
3.1 REGIME FALIMENTAR	45
3.2 A MÁ-FÉ NA FALÊNCIA E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM RAZÃO DO REGIME FALIMENTAR.....	53
3.3 O USO ABUSIVO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	55
3.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO.....	59
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

A criação da personalidade jurídica para as sociedades empresárias foi um marco para o ramo empresarial. Tendo sido contemplado pelo Direito Brasileiro apenas no Código de 1916, esse instituto traz em si enormes vantagens, não só às empresas em si, como também aos sócios, particularmente, e, até mais importante, à sociedade brasileira como um todo.

As referidas vantagens estão entrelaçadas. Afinal, ao servir de incentivo para que as pessoas possam se arriscar adentrando no mundo empresarial, o instituto da personalidade jurídica permite que esse ramo seja alimentado, e fortalecido, com novas corporações. Isso é também muito positivo à sociedade, uma vez que as sociedades empresárias fomentam a economia nacional com geração de empregos, fornecimento de serviços, produção dos mais diversos bens, entre outros.

A Desconsideração da Personalidade Jurídica foi necessária para que se sanasse um desvio de finalidade daquilo que é essencial para o ramo empresarial: a própria Personalidade Jurídica. Afinal, a diferenciação que há entre o patrimônio pessoal dos sócios de uma sociedade empresária e o patrimônio dessa própria sociedade é muitas vezes desrespeitada, seja intencionalmente ou não.

Por isso, a desconsideração da personalidade jurídica funciona como uma penalidade para os membros de uma sociedade que se utilizam da autonomia patrimonial dessa pessoa jurídica de uma maneira fraudulenta. Esse instituto passou a ser de suma relevância para esses casos de abuso que em nada contribuem para, entre outras coisas, o desenvolvimento da atividade empresária nacional.

Em grande parte, é devido a essa importância do tema que aplicar esse instituto requer grande cautela. Desconsiderar a personalidade jurídica dos sócios e/ou dos administradores de uma sociedade é um ato que não pode atender a um simples inadimplemento obrigacional, pois essa desconsideração tem caráter excepcional, só devendo ser utilizada em casos específicos.

Desse modo, o uso indiscriminado leva a abusos e descaracteriza a real pretensão da teoria em questão. A forma com que o Poder Judiciário vem lidando

com o tema em nosso país alerta para um confronto entre duas grandes frentes: a jurisprudência e a lei.

Ora, se o legislador determina que o juiz deve agir de acordo com os dispositivos legais, agir contrariamente demonstra um ativismo judicial. É certo que, por vezes, a lei com lacunas ou abrangente demais, ou até a pluralidade de leis que abarquem uma mesma teoria, abre espaço para que o magistrado tenha, sem alternativas, que interpretá-la restritiva ou extensivamente. Entretanto, a fim de evitar tanto os abusos que beneficiam os empresários, como os que favorecem os seus credores, decidir cautelosamente é essencial, sendo a melhor escolha a de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade apenas nos casos de fraude e de abuso de direito relacionados à autonomia patrimonial, ou seja, proceder exatamente como indica a lei.

Entretanto, não é esse o caminho que tem sido tomado pela jurisprudência brasileira. Mesmo não sendo uma realidade absoluta nas varas e tribunais, tem-se decidido, majoritariamente e em prol da efetividade processual - zeladora de princípios como o da celeridade e economicidade -, por uma utilização excessiva da *disregard doctrine*¹. Fato que é verificado principalmente em decisões da esfera da Justiça Trabalhista e das Varas de Falência do país.

O assunto será aprofundado no presente trabalho, cujo objetivo principal é o de analisar e entender essa instrumentalização corriqueira da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Brasil - em especial no Direito Empresarial - chegando-se, ao final, à hipótese desse abuso de direito supracitado.

Em especial, contextualizar-se-á o instituto da desconsideração da personalidade jurídica em casos de falência. Tópico este de extrema importância no presente estudo. O próprio processo falimentar já é uma medida drástica que acontece com frequência no ramo empresarial. Se, além de sofrer a falência, o grupo de sócios empresários vir ainda a ser penalizado com a desconsideração da personalidade jurídica, a situação fica muito mais séria.

Desconsiderar a personalidade jurídica de uma empresa que está em processo de falência é algo muito delicado. Afinal, se sua aplicação for desmotivada, corriqueira, sem uma análise cuidadosa, sem se observar o que a lei dispõe, estar-

¹ Expressão em língua inglesa para “desconsideração da personalidade jurídica”.

se-á atingindo o patrimônio de pessoas que agiram de boa-fé (objetiva e subjetiva), o que é ilegal, injusto e ainda desincentiva pessoas que estariam interessadas em ingressar em uma atividade empresária.

Portanto, nesta monografia, por diversas vezes será lembrado que a desconsideração da personalidade jurídica só pode ser aplicada quando a lei permite. Mais especificamente, o instituto só pode ser utilizado em processos falimentares se for identificada uma fraude no caso concreto, um desvio de finalidade, uma confusão patrimonial, algo que, se escondendo sob o véu da personalidade jurídica da sociedade, a pessoa natural do sócio tenha praticado.

E, para seguir essa linha de raciocínio, a elaboração do discurso argumentativo utilizará ferramentas essenciais como os Princípios Gerais do Direito – os quais norteiam toda a pesquisa e a construção discursiva –, a doutrina, a lei e a jurisprudência para perpassar por pontos cruciais à eficaz compreensão do objeto em foco e ao alcance do objetivo almejado. Além dos aqui já expostos, entre esses pontos estão: a apresentação do surgimento da Desconsideração da Personalidade Jurídica no exterior; a sua introdução no Direito brasileiro; a forma com que ela foi e/ou está inserida no meio jurídico de outros Estados; a distinção entre essa teoria e a responsabilização de sócios; e as possibilidades de aplicação do instituto ora em análise em casos de falência.

1. O DIREITO SOCIETÁRIO E A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS

O Direito Empresarial originou-se da necessidade de se fornecer ao ramo empresarial um arcabouço de normas e princípios que de certa forma o protegessem, uma vez que seu bom funcionamento e seu desenvolvimento são de extrema relevância para um país. Seja na geração de empregos, na produção de bens, no pagamento de altos tributos ou em qualquer outra área, a atividade empresarial traz muitos benefícios à economia nacional, possuindo ela uma função social de alta relevância.

Nesse sentido, é importante que se dê atenção jurídica especial a esse ramo que, imposto pela realidade econômica, é um produto da história e tem uma força expansiva natural². É preciso que aqueles particulares que desejam adentrar ou investir nesse campo – cheio de riscos, diga-se de passagem – sejam estimulados a tal. Nada melhor para motivá-los do que lhes dar segurança jurídica para o exercício das atividades de seu interesse.

É neste ponto, portanto, que convém mencionar (e estudar) a limitação da responsabilidade dos sócios. Limitação esta que será conceituada e amplamente analisada nas páginas seguintes, a fim de que se alcance um entendimento mais aprofundado sobre sua finalidade e sua importância, não só para o Direito Empresarial como para o Brasil como um todo.

Desde as medievais Corporações de Ofício, as pessoas criavam associações produtoras de recursos materiais por meio das quais tinham uma chance muito maior de serem bem sucedidas do que se trabalhassem sozinhas. Para sua própria subsistência ou para fins de outro cunho, as primeiras associações deram origem às empresas atuais. Amparadas pela Carta Magna brasileira em seu artigo 5º inciso XVII³, as associações livres de hoje têm uma lógica de funcionamento que continua sendo a mesma de séculos atrás. Afinal, hoje, os sócios-empresários também se

² MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. Tratado de Direito Comercial Brasileiro. 7 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 16. vol. I.

³ Art. 5º, XVII: “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”.

associam com o objetivo de juntos reunirem um patrimônio maior em conjunto, produzirem mais e, ao mesmo tempo, correrem um menor risco individual⁴.

É esse “menor risco individual” que encoraja quem quer participar de uma sociedade, mas que ainda guarda receios. A limitação da responsabilidade patrimonial é um dos grandes pontos positivos de uma pessoa jurídica. Afinal, há maior segurança para os investidores particulares quando eles sabem que não se confundem os bens pessoais dos sócios com os da empresa. Possibilitam-se, dessa forma, investimentos mais ousados e fomentadores da economia nacional.

Indo além, é essa autonomia patrimonial que alimenta o ramo empresarial, uma das fortes colunas de sustentação de todo o campo econômico do país. Campo este explorado principalmente por particulares e, só excepcionalmente pelo Estado, conforme prevê a Carta Magna em seu artigo 173⁵. A distinção entre os patrimônios dos sócios e os bens da sociedade é um privilégio concedido por um Estado que percebeu a necessidade de estimular essas atividades da iniciativa privada que beneficiam a sociedade como um todo⁶. Esse instrumento é integralmente compatível com a ordem econômica presente na neoliberal Constituição Federal Brasileira, aqui já citada.

1.1 O desenvolvimento do Direito Societário e a Limitação da Responsabilidade

O Direito Empresarial surgiu para disciplinar a atividade econômica. Um dos conceitos desse ramo do Direito mais difundidos é o de que ele é um complexo de normas construído para regular o exercício profissional de uma atividade que é realizada para satisfazer as necessidades do mercado⁷. Trata-se de um direito autônomo, embora ele tenha aspectos regulados pelo Código Civil Brasileiro.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 185. vol. I.

⁵ Art. 173: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2005.

⁶ GONÇALVES, Oksandro. A desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito comparado. In: _____. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Curitiba: Juruá, 2004. p. 42.

⁷ GIUSEPPE FERRI, 1976 apud TOMAZETTE, 2013, pp. 15-16.

Vários são os doutrinadores que resolveram subdividir o Direito Empresarial em algumas categorias, talvez pela abrangência de assuntos aos quais ele se relaciona. O direito Empresarial, como disciplina autônoma, pode ser dividido em ramos específicos como direito societário, cambiário, falimentar e, mais recentemente, alguns doutrinadores estabeleceram os contratos empresariais como segmento do direito empresarial⁸.

1.1.1 Direito Societário: aspectos gerais e delimitação do objeto do direito societário.

Conforme o vigente Código Civil Brasileiro no caput de seu artigo 966⁹, a atividade empresária é exercida profissionalmente pelo sujeito denominado empresário, o qual possui direito e personalidade. Sendo possuidor de personalidade, o empresário pode ser tanto pessoa física quanto pessoa jurídica. Ou seja, pode ser individual ou pode ser uma sociedade empresária, configurada por um grupo de indivíduos.

Como já dito anteriormente, é muito comum que as pessoas se juntem para exercer uma atividade econômica em conjunto, reunindo seus esforços, seus capitais, sua mão de obra, e partilhando os frutos dessa união. Sobre isso versa o artigo 981¹⁰ do Código Civil.

O conceito que se tem hoje de sociedade distingue a sociedade empresária da sociedade simples, algo que surgiu com o Código Civil de 2002 e a adoção da teoria da empresa¹¹. Define-se o primeiro tipo de sociedade como a que exerce a atividade econômica empresarial, e a simples como a que exerce uma atividade econômica que não seja empresarial.

⁸ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário. 5. ed. Atlas: São Paulo, 2013. p. 17. vol. I.

⁹ Art. 966: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços". Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002.

¹⁰ 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".

¹¹ Surge na Itália em 1942 e tem como fundamento a atividade econômica e sua organização, buscando ampliar a esfera de atuação da atividade comercial, não se restringindo a pessoa do comerciante e com traços de impessoalidade.

As características de uma sociedade são várias. Entre elas estão: a reunião de duas ou mais pessoas e de fatores produtivos (trabalho, capital), o exercício de uma atividade econômica, os objetivos comuns às pessoas a ela relacionadas, e a partilha dos resultados que a sociedade apresentar¹².

Lembra-se que há ainda a personalidade jurídica, mas nem todas as sociedades a possuem. Inclusive, uma das classificações das sociedades empresárias é em relação à personificação das mesmas. Vale lembrar as classificações construídas pelos doutrinadores. São elas: em relação à personificação ou não das sociedades, à responsabilidade dos sócios, à forma do capital, à forma de constituição, a serem elas civis ou comerciais, simples ou empresárias, e de pessoas ou de capitais. As classificações que mais interessarão aqui são as em relação à personificação das sociedades e à responsabilidade de seus sócios.

São vários os tipos de sociedade dentro do direito brasileiro. O direito societário é o ramo do direito que se dedica a estudá-los. É mister fazermos uma breve análise sobre cada um deles na seguinte ordem: sociedades simples, sociedades em comum, sociedades em conta de participação, sociedades em nome coletivo, sociedades em comandita simples, sociedades limitadas; e, por fim, sociedades anônimas.

Conforme já citado, as sociedades simples exercem atividade econômica, mas não estão sujeitas a registro nas juntas comerciais (artigo 982 do Código Civil). Trata-se de sociedade que tem várias possibilidades de forma jurídica. Pode ser simples pura ou com forma de sociedade limitada, em nome coletivo ou em comandita simples. Em relação à responsabilidade dos sócios, definiu-se que os próprios sócios de uma sociedade simples é que definirão se responderão ou não pelas obrigações de maneira subsidiária. E, se eles se omitirem no contrato social, será considerada a responsabilidade ilimitada e subsidiária¹³.

As sociedades em comum são aquelas que não têm personalidade jurídica. O que quer dizer que não possuem ato constitutivo escrito (sociedades de fato) ou não

¹² TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário. 5. ed. Atlas: São Paulo, 2013. p. 200. vol. I.

¹³ Enunciado 479 na V Jornada de Direito Civil, e Enunciado 10 na I Jornada de Direito Comercial.

o registraram (sociedades irregulares)¹⁴. Afinal, esse registro não é pré-requisito para existir uma sociedade, mas para existir uma sociedade com personalidade jurídica¹⁵. Não possuindo essa personalidade, não há que se falar em direitos e obrigações da sociedade, como, por exemplo, patrimônio próprio. Daí entende-se que a responsabilização dos sócios desse tipo de empresário (e não empresa, como se costuma falar) é ilimitada e solidária, respondendo eles com seu próprio patrimônio pessoal pelas obrigações da sociedade¹⁶.

As sociedades em conta de participação, assim como o tipo anterior, não possuem personalidade jurídica. Conforme dispõe o Código Civil em seus artigos 991 a 996, nesse tipo de sociedade existem dois tipos de sócios, um que é conhecido de terceiros e assume perante os mesmos toda a responsabilidade – o sócio ostensivo-, e outro – o sócio participante – que não aparece para outras pessoas e só é responsável, conforme ajustado, diante do primeiro sócio. É um tipo de sociedade que costuma ser comum no Brasil¹⁷.

Já as sociedades em nome coletivo e as em comandita simples, embora estejam abarcadas pelo novo Código Civil (artigos 1.039 a 1.051), caíram em desuso no nosso país. A primeira é oriunda da Idade Média e suas sociedades constituídas por membros de uma mesma família. É a menos complexa das que temos no Brasil e é construída com base na confiança e laços de amizade de seus sócios (sociedade *intuitu personae*)¹⁸. Possui personalidade jurídica e a responsabilização dos sócios é subsidiária, solidária e ilimitada.

O mais antigo tipo de sociedade é o das em comandita simples que datam da época do auge do comércio marítimo no Mediterrâneo (séculos X e XI)¹⁹. Caracterizada principalmente pela existência de dois tipos de sócios (o comanditado e o comanditário), essa sociedade personificada apresenta a responsabilidade

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. 3. Ed. São Paulo: RT, 1984. p. 59. vol. 49.

¹⁵ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário. 5. ed. Atlas: São Paulo, 2013. p. 290. vol. I.

¹⁶ Respondem primeiramente com o que se chama de patrimônio especial constituído a partir de contribuições dos sócios e, depois, se necessário, com o patrimônio individual de cada um deles.

¹⁷ Art. 991: “Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes”. BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002.

¹⁸ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário. 5. ed. Atlas: São Paulo, 2013. p. 336. vol. I

¹⁹ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário. 5. ed. Atlas: São Paulo, 2013. p. 337. vol. I.

solidária, subsidiária e ilimitada para um deles – o comanditado-, e a limitada para o outro – o comanditário²⁰. Assim como a sociedade em nome coletivo, a em comandita simples é uma sociedade de pessoas.

O penúltimo tipo que aqui se apresenta brevemente é o das sociedades limitadas, as quais representam a maioria hoje no Brasil. Para se ter uma ideia, no ano de 2005, eram elas 98, 53% de todas as sociedades constituídas no país²¹. Trata-se de uma sociedade personificada, com responsabilidade limitada de seus sócios, e que pode tanto ser de capitais como de pessoas, o que dependerá da definição dos próprios sócios, e não de um dispositivo legal²².

E, finalmente, há ainda o tipo das sociedades anônimas, as quais possuem personalidade jurídica, natureza sempre empresarial e responsabilidade limitada dos sócios. Estes, só respondem no valor daquilo que investiram, qual seja o preço de emissão da ação que possuem. Ademais, esse é um tipo de sociedade de capital, pois as qualidades pessoais dos sócios não importam, e sim suas contribuições patrimoniais. E, por fim, vale dizer que as sociedades anônimas são de extrema relevância para o cenário econômico brasileiro, pois representam grande parte das “empresas” que fomentam a economia nacional.

Feita essa breve análise geral de cada tipo societário, adentrar-se-á agora no que é propriamente a personalidade jurídica e a (limitação da) responsabilidade dos sócios de que se tanto falou.

1.1.2 Personalidade Jurídica e Limitação da Responsabilidade dos Sócios

O que é pessoa jurídica? Entende-se por esse termo um ente abstrato que é possuidor de direitos e deveres. Além das pessoas jurídicas, são também sujeitos de direitos tanto as pessoas físicas quanto os entes despersonalizados. Entretanto, são distintas as pessoas físicas das jurídicas, pois estas são originadas por aquelas,

²⁰ Art. 1045: “(...) os comanditados, pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais; e os comanditários, obrigados somente pelo valor de sua quota”. BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002.

²¹ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário. 5. ed. Atlas: São Paulo, 2013. p. 342. vol. I.

²² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 362. vol. II.

mas ambas são detentoras de nacionalidade, domicílio, nome particular, capacidade de estar em juízo e autonomia²³.

São também distintos os entes despersonalizados das pessoas jurídicas porque estas possuem uma aptidão genérica²⁴ para obter direitos e adquirir deveres. Os entes sem personalidade, por sua vez, são muito mais limitados, só podendo realizar restritamente aquelas funções a eles destinadas.

Para lembrar, os tipos de sociedade abrangidos pelo Direito Societário que possuem personalidade jurídica são: as sociedades simples, em nome coletivo, em comandita simples, limitadas e anônimas. Do que se infere, portanto, que os únicos tipos que são de entes despersonalizados são os de sociedade em comum e em conta de participação.

A personalidade Jurídica no Brasil foi abarcada expressamente apenas pelo Código Civil de 1916. Seguindo o antecessor, o novo Código Civil, de 2002, traz em seu artigo 44²⁵ quais são os entes que possuem a personalidade jurídica. Entre eles estão, é claro, as sociedades. Lembra-se, porém, que para ser sociedade não é essencial ter personalidade jurídica, uma vez que temos dois tipos societários despersonalizados. No entanto, a ausência do instituto não é comum.

Além de a personalidade jurídica trazer uma maior capacidade de aquisição de direitos e obrigações, pode-se dizer que ela carrega muitas outras vantagens sejam elas sociais, ou pessoais dos sócios. Já foi falado na introdução do presente capítulo o quão importante é a existência da pessoa jurídica para aquelas pessoas interessadas em exercer uma atividade empresarial, considerando que elas podem se unir para criar um organismo novo que lhes permita realizar atividades que sozinhas talvez não conseguissem, e que lhes dê maior segurança jurídica para exercê-las. Dessa forma, não só se está incentivando a vontade do particular de fazer parte desse mundo empresarial, como também se está alimentando a economia nacional.

²³REQUIÃO, 1998 apud LUDVIG, 2010, p. 3.

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 141. vol. I.

²⁵ Art. 44: "São pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações; II - as sociedades; III - as fundações. IV - as organizações religiosas; V - os partidos políticos". Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002.

Faz parte desse raciocínio, uma característica muito importante da personalidade jurídica que é a autonomia patrimonial que ela possui. Possuindo a sociedade personalidade jurídica, ela possui também um patrimônio que não se confunde com o de seus membros. A regra é a seguinte: o que é dela é dela, e os bens dos sócios são só deles. Essa característica segue o raciocínio anterior porque os particulares que desejarem adentrar no campo empresarial se sentirão muito mais seguros para fazê-los se souberem que tudo aquilo que adquiriram durante suas vidas não estará ameaçado caso o “novo projeto” não seja, por exemplo, bem sucedido no futuro.

A personalidade jurídica não existe, entretanto, apenas para satisfazer os interesses individuais daqueles que constituem sociedades, mas, principalmente, para atender a finalidade social do Direito, que é seu maior atributo²⁶. Portanto, esse instituto é visto como um prêmio trazido pelo direito à sociedade e àqueles particulares empreendedores.

Porém, como todas as coisas da vida humana, o instituto pode acarretar problemas se não for aplicado adequadamente. Não se deve utilizá-lo de maneira ilimitada, indiscriminada. Uma vez detectado o uso abusivo da personalidade jurídica, é necessário que ela seja desconsiderada. É por esse motivo que foi essencial a criação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, tema central do presente trabalho e que terá uma abordagem aprofundada nas páginas dos capítulos seguintes.

Havendo então a personalidade jurídica, na maioria dos casos, os riscos empresariais são bem reduzidos²⁷. Diz-se “na maioria” porque a redução de riscos ao patrimônio dos sócios não dependerá só de ter a sociedade personalidade jurídica ou não. Aí entra outro fator de suma relevância para essa questão patrimonial que geralmente aflige aqueles que desejam empreender: a responsabilização dos sócios.

A redução de riscos e prejuízos que é prevista com a personalidade jurídica é reforçada com a limitação da responsabilidade dos sócios. Como visto acima, os tipos de sociedade cuja responsabilidade é expressamente (legalmente) limitada são

²⁶ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 58, nº 410, dez. 1969, p. 15.

²⁷ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário. 5. ed. Atlas: São Paulo, 2013. p. 223. vol. I.

os das sociedades limitadas²⁸ e das sociedades anônimas. Não é à toa que são os tipos mais comuns no Brasil. Eles são, digamos, a “preferência nacional”.

A limitação da responsabilidade dos sócios surgiu em meio ao crescimento da indústria e do comércio no final do século XIX. Foi na Alemanha que, em meio a uma tentativa de tornar os tipos societários um pouco mais simples, criou-se a sociedade empresarial de responsabilidade limitada. Essa criação é tida como um dos grandes progressos jurídicos em âmbito internacional²⁹. Além do desenvolvimento econômico acelerado da época, justificou-se também o surgimento de tal limitação pelo fato de que muitos dos particulares que detinham grandes quantidades de capital acabam por guardá-lo ao invés de investi-lo e beneficiar tanto a si próprios como a população e o país de um modo geral.

A legislação refletiu anseios da sociedade que se via mergulhada nesse período de expansão econômica. Não se teve dúvidas de que era preciso dar àquelas pessoas que nela adentravam como “empresários”³⁰ um pouco de segurança para realizarem seus negócios. Reconheceu-se que mesmo para os sócios responsáveis e diligentes de sociedades há fatores que escapam ao seu controle, como aqueles inerentes à macroeconomia. Foi preciso dar um instrumento de proteção para aqueles que de boa-fé (objetiva e subjetiva) estão sujeitos às intempéries macroeconômicas.

Não parecia correto, nem socialmente vantajoso, penalizar sócios pelo inadimplemento das obrigações de sua sociedade por motivos alheios à competência deles, como ocorre em uma crise econômica nacional ou mundial, por exemplo. A responsabilidade limitada veio então para tentar resolver essa questão.

Na Alemanha, a criação dessa nova categoria de sociedade gerou o que ficou conhecido como uma explosão desenvolvimentista alemã. A legislação brasileira importou esse conceito no ano de 1919, e, sustentada hoje pelo Código Civil de 2002, disponibilizou aos interessados esse instrumento da limitação da responsabilidade, o qual significa que o patrimônio dos sócios fica resguardado das

²⁸ Ao contrário do que o nome sugere, a limitação é da responsabilidade dos sócios, e não da sociedade, cuja responsabilidade é sempre sem limites.

²⁹ MENDONÇA, Jacy de Souza. O Risco Empresarial. Usina de Letras.

<http://www.usinadeletras.com.br/exibelotexto.phtml?cod=4228&cat=Ensaios>. (05.01.04), p. 2. Sem grifos no original.

³⁰ A denominação tecnicamente correta seria “como ‘sócios de sociedades empresárias’”, mas, na linguagem popular, diz-se que eles são empresários.

obrigações da sociedade, mesmo quando o patrimônio dela não for suficiente para tal. Ou seja, os credores de uma sociedade não terão direito a atingir os bens de seus sócios, caso a sociedade não possa pagar o que lhes deve, não tenha patrimônio suficiente para fazê-lo³¹.

A proteção oferecida pela limitação da responsabilidade não deve ser utilizada de forma abusiva, bem como a proteção da personalidade jurídica. Afinal, tais institutos foram criados para beneficiar tanto os sócios de uma sociedade, quanto a sua própria conservação, e, conseqüentemente, a população como um todo, por meio da função social das “empresas”. Uma vez mal aplicados os institutos, seus benefícios podem e devem ser cortados, sendo esses instrumentos de proteção relativizados³².

1.2 A estrutura do Direito Falimentar

Em 9 de junho de 2005, entrou em vigor a lei nº 11.101/05 que surgiu para regular a falência e as recuperações judicial e extrajudicial tanto da sociedade empresária como do empresário. A chamada Nova Lei de Falências substituiu o Decreto-Lei nº 7.661 de 21 de junho de 1945.

As inovações trazidas pela lei 11.101 são inúmeras. Pode-se dizer, primeiramente, que ela foi criada visando, acima de tudo, a celeridade e a eficiência. Nesse sentido, deu-se fim, por exemplo, à antiga concordata que se mostrava ineficiente. Seu lugar foi dado à recuperação judicial. A lei trouxe ainda dispositivos que regulam a recuperação extrajudicial.

Como vimos, a nova lei trouxe então três grandes mecanismos para serem utilizados quando empresas passarem por dificuldades, o que não é raro. Todos objetivam senão reerguer sociedades empresárias em apuros, ao menos fazer com que elas passem por um processo falimentar mais ágil e mais seguro para todos os

³¹ GONÇALVES, Oksandro. A desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito comparado. In: _____, *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 15.

³² FILHO, Nagib Slaibi. A desconsideração da pessoa jurídica no novo código civil. Academia brasileira de direito processual civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos.asp?ordem1=autores.autor>>. Acesso em: 03 abr. 2014.

envolvidos. Falemos brevemente sobre os mecanismos de recuperação e, depois, dar-se-á um pouco mais de atenção à falência em si.

1.2.1 Recuperação extrajudicial

Primeiramente, a recuperação extrajudicial consiste basicamente em um plano que será elaborado a partir da negociação entre credores e devedor. Essa é sua maior vantagem porque será posto em prática aquilo que for decidido pelas partes. O juiz apenas homologará o que foi negociado e aprovado por, no mínimo, três quintos dos credores de cada classe³³. Conforme a lei, pode pedir esse tipo de recuperação quem já, há mais de dois anos, exerça regularmente suas atividades. Além disso, deve haver o preenchimento de alguns outros requisitos dispostos no artigo 48³⁴. Por exemplo, para que a sociedade possa passar por esse processo de recuperação, ela não pode ter obtido uma concessão de recuperação judicial há menos de cinco anos.

Outra característica desse mecanismo é que não podem ser abrangidos no plano de recuperação extrajudicial, por exemplo, os créditos tributários, os derivados de lei trabalhista ou decorrentes de acidente de trabalho, os de dívidas com garantia fiduciária, contrato de câmbio e outros, conforme o artigo 161, parágrafo primeiro³⁵.

³³ De acordo com o quadro geral de credores. Ver artigo 83 da lei 11.101/05, o qual dispõe sobre a classificação dos créditos na falência.

³⁴ Art. 48: “Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei. § 1º A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente. §2º Tratando-se de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ que tenha sido entregue tempestivamente.” BRASIL. Lei Nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

³⁵ Art. 161, § 1º—Não se aplica o disposto neste Capítulo a titulares de créditos de natureza tributária, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, assim como àqueles previstos nos arts. 49, § 3º, e 86, inciso II do caput, desta Lei.” BRASIL. Lei Nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da

Esse plano de recuperação é negociado em quantas assembleias forem necessárias, sem a intervenção do Poder Judiciário, o que pode fazer com que o processo seja muito mais célere e mais benéfico às partes, uma vez que elas não têm que aceitar pontos do plano com os quais não concordem.

1.2.2 Recuperação Judicial

O plano de recuperação judicial, por sua vez, é um pouco diferente. Como o próprio nome diz, haverá sim a interferência do Judiciário. Já aqui citado e expresso no artigo 47³⁶ da 11.101, seu objetivo é o de tornar possível que uma empresa que está em crise econômica consiga superar essa situação crítica. Vale dizer que o foco da recuperação judicial é evitar a falência. Aliás, o principal ponto da lei em geral é o de preservar a empresa, cuja função social é reconhecida e é expressa em lei pelo legislador. Veja a figura a seguir:



37

sociedade empresária. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

³⁶ Art. 47: “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.” Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

³⁷ Ministério da Justiça. Recuperação Judicial de Empresas: Guia prático. Brasília, 2011. p.20 Disponível em: <www.cfa.org.br/servicos/publicacoes/cartilha>. Acesso em: 03 abr. 2014.

Em linhas bem gerais, aqui estão algumas características da recuperação judicial. Primeiro, os requisitos para que o devedor possa requerer a recuperação judicial são aqueles mesmos da extrajudicial, dispostos no artigo 48 da 11.101. Segundo, diferentemente da recuperação anterior, aqui os créditos que já existirem até a data desse requerimento – mesmo os que ainda estão para vencer– podem entrar no plano.

Em terceiro lugar, a lei cita em rol exemplificativo meios de recuperação judicial. Estão entre eles: a venda parcial de bens, a administração compartilhada, a emissão de valores mobiliários, a constituição de sociedade de credores, o usufruto da empresa, a redução salarial mediante acordo ou convenção coletiva, a concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas, entre vários outros, conforme o artigo 50 da r. lei³⁸.

Já em relação ao caráter processual da recuperação judicial, há três fases a serem observadas: a postulatória, a deliberativa e a executória. A primeira é o próprio ajuizamento da ação, a segunda se dá pela votação do plano de recuperação e a terceira é aquela na qual o plano aprovado pelos credores é efetivamente executado³⁹.

Todo o processo acontece, como já visto aqui, com a atuação do Poder Judiciário, cujo papel é o de controle. O juiz da Vara de Recuperação e Falências irá atuar de diversas formas desde o início, a começar pelo deferimento de processamento da recuperação judicial, e, depois, em vários outros atos como, por exemplo, ordenando a suspensão de todas as ações e execuções contra o credor, ordenando a intimação do Ministério Público – o qual atuará como fiscal da lei em todos os momentos processuais– e, também, nomeando um administrador judicial para cuidar da gestão corporativa e processual durante o plano.

Outra figura importante, mas facultativa é a do Comitê de credores, cuja existência é decidida pelos credores em Assembleia Geral – órgão colegiado e

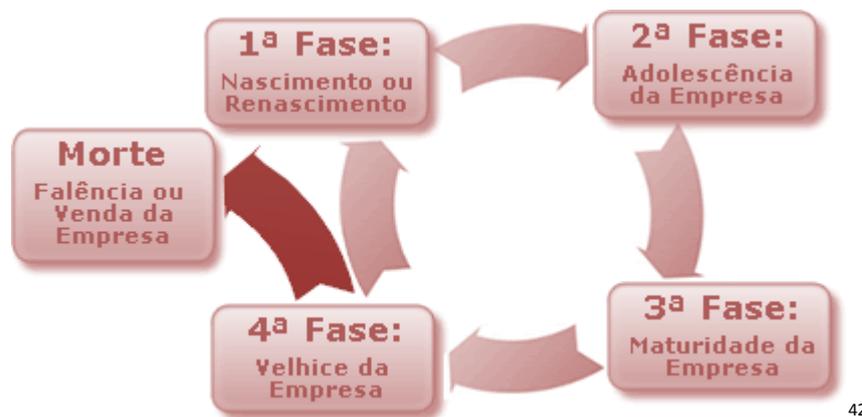
³⁸ Ver o extenso artigo 50 da lei nº 11.101.

³⁹ Ministério da Justiça. Recuperação Judicial de Empresas: Guia prático. Brasília, 2011. p.28 Disponível em: <www.cfa.org.br/servicos/publicacoes/cartilha>. Acesso em: 03 abr. 2014.

deliberativo⁴⁰–, esta sim obrigatória e essencial para a aprovação e realização do plano.

O devedor permanecerá em recuperação até dois anos a partir da concessão da recuperação judicial, prazo para que todas as obrigações sejam adimplidas. Porém, se os esforços colocados em prática durante o plano não derem certo, se alguma obrigação não for cumprida, por exemplo, haverá a convolação⁴¹ da recuperação judicial em falência e todos os atos de endividamento, administração, oneração ou alienação praticados conforme a lei continuarão válidos.

1.2.3 Falência



As empresas passam por um ciclo de vida muito parecido com o das pessoas naturais. Como ilustra a figura acima, há quatro fases na existência de uma empresa. A primeira fase é a do nascimento da sociedade empresária. Esse momento é geralmente o de maior fôlego dos envolvidos, mas também o de menores lucros. Já na fase da adolescência, a empresa já disponibilizou todos seus

⁴⁰ A competência da Assembleia Geral está disposta no artigo 35, I, “a” a “f” da lei nº 11.101/05.

⁴¹ Art. 73: “O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial: I – por deliberação da assembleia-geral de credores, na forma do art. 42 desta Lei; II – pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei; III – quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4º do art. 56 desta Lei; IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei. Parágrafo único. O disposto neste artigo não impede a decretação da falência por inadimplemento de obrigação não sujeita à recuperação judicial, nos termos dos incisos I ou II do caput do art. 94 desta Lei, ou por prática de ato previsto no inciso III do caput do art. 94 desta Lei.” Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

⁴² Ministério da Justiça. Recuperação Judicial de Empresas: Guia prático. Brasília, 2011. p.16. Disponível em: <www.cfa.org.br/servicos/publicacoes/cartilha>. Acesso em: 03 abr. 2014.

produtos e serviços. A atividade comercial está iniciada de vez e começam a surgir os primeiros rendimentos lucrativos. É essencial nessa fase que o administrador tenha controle do patrimônio com muita organização e disciplina para que a empresa possa chegar à próxima etapa.

Na penúltima fase, a da maturidade, a sociedade já tem todas as funções internas muito bem definidas e sendo exercidas. O administrador já delega atividades porque não pode mais centralizar tudo em si. As primeiras crises começam a aparecer aqui. Há mais burocracia e a marca da sociedade começa a ganhar nome no mercado. Se houver uma gestão bem feita, passa-se para a próxima fase.

Quando se atinge a maturidade, a marca já está consolidada e é possível que a empresa já seja uma das líderes do mercado. Patrimônio foi acumulado e os bens devem ser obrigatoriamente bem controlados para que não haja risco de perda de ativos. Essa fase é muito delicada, pois, ao mesmo tempo em que uma empresa sólida tem grandes chances de se manter no topo, essa mesma solidez pode fazê-la estagnar, achar que não precisa evoluir e, assim, perder o trono. A burocracia e o tamanho da empresa podem atrapalhar no dinamismo das decisões. Esse momento é perigoso⁴³.

Depois da maturidade, desse nível elevado de consolidação da empresa, só há dois caminhos a serem seguidos alternativamente. A companhia pode perceber que precisa renovar para manter sua posição no mercado, ou, se isso não acontecer, a empresa pode morrer. Ou seja, a empresa pode precisar das recuperações vistas nos tópicos anteriores do presente trabalho, ou pode ir à falência, a qual se analisará a seguir.

Dar-se-á início à falência ou por convolação de recuperação judicial ou por requerimento de qualquer legitimado pelo artigo 97 da lei 11.101, qual sejam o próprio devedor, o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou inventariante, o cotista ou acionista do devedor, e qualquer credor. A justificativa do pedido deve estar entre as elencadas no rol do artigo 94 da lei, o qual veremos mais adiante.

⁴³ MOTA, Miriam. A administração e o ciclo de vida das empresas. Disponível em: <<http://www.guiadacarreira.com.br/artigos/gestao-e-administracao/administracao-ciclo-vida-empresas/>>. Acesso em: 04 abr. 2014.

O objetivo principal da falência foi expresso pelo legislador. Afastando o devedor de suas atividades, a finalidade desse processo é a de preservar e otimizar o bom uso do patrimônio, ativos e recursos produtivos da sociedade empresária ou do empresário⁴⁴.

Haverá, primeiramente, a classificação dos créditos para fins de pagamentos de dívidas do devedor. Em primeiro lugar, segundo o artigo 83 da lei, estarão aqueles credores que possuem créditos trabalhistas. Em segundo lugar, vêm os créditos com garantia real. Depois, os créditos tributários e, em seguida, os créditos com privilégio especial, os créditos com privilégio geral, os créditos quirografários, as multas contratuais e penas pecuniárias por infração de legislação penal ou administrativa e, por fim, os créditos subordinados.

Essa ordem é de extrema importância e foi muito bem definida pelo legislador porque sem ela, seria muito subjetiva a escolha de quem pagar primeiro. O pagamento se daria de acordo com o livre convencimento de cada juiz responsável por cada processo de falência. Da forma expressa em lei, não há dúvidas de quem deve ser pago primeiro e em que limite, uma vez que há limites para algumas dessas classes que podem ser encontrados no dispositivo supracitado.

Como dito anteriormente, são elencadas também na lei as razões que levam à decretação da falência. São três. A primeira ocorre quando o devedor não paga tempestivamente uma obrigação líquida cuja soma dos títulos ultrapasse quarenta salários-mínimos. A segunda é quando o devedor que está sendo executado não paga quantia líquida nem deposita e nem nomeia à penhora bens suficientes no prazo estipulado em lei. E a terceira razão para que a falência seja decretada é quando o devedor pratica qualquer dos atos expressos no inciso III do artigo 94 da r. lei, a não ser que façam parte do plano de recuperação judicial. São vários esses atos como, por exemplo, a liquidação precipitada de ativos para realizar pagamentos.

⁴⁴ Art. 75: "A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa. Parágrafo único. O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual." Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 junho 2013.

Vale lembrar que o falido não poderá exercer qualquer atividade do ramo empresarial a partir da decretação da falência e até que sejam extintas por sentença suas obrigações⁴⁵. São várias as obrigações do falido que estão dispostas no artigo 104 da lei. Uma delas, e das mais importantes, é a de não poder administrar seus bens ou dispor deles, conforme dita o artigo 103 da lei.

Resumindo, após a decretação da falência, da classificação dos créditos, da inabilitação do falido, haverá ainda várias etapas. São elas: a arrecadação e custódia dos bens, da realização do ativo, pagamento de credores e, por fim, o encerramento da falência e a extinção das obrigações do devedor, ora falido.

Nesta última etapa, o administrador judicial irá apresentar ao juiz todas as contas, as quais serão julgadas. Sendo aprovadas, em dez dias o administrador apresentará um relatório final que devesse indicar o ativo e o que com ele foi feito, o passivo e os pagamentos feitos aos credores. Deverão ainda ser especificadas motivadamente todas aquelas responsabilidades que continuarão com o falido⁴⁶. Uma vez tendo sido apresentado esse relatório, o juiz irá sentenciar o fim da falência, de acordo com o artigo 156 da r. lei.

As obrigações do falido só serão extintas a partir do pagamento de todos os créditos, ou ainda o pagamento de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários, o decurso do prazo de cinco anos (contados do encerramento do processo falimentar) se não houver condenação por prática de crime falimentar ou, finalmente, o decurso do prazo de dez anos se houver essa condenação⁴⁷.

Como se pôde perceber, a falência é um processo muito sério porque põe fim a uma atividade empresária que, na maioria das vezes, foi almejada e concretizada por pessoas dispostas a enfrentar os riscos do mercado. Atividade essa que pode ainda ter uma função social muito importante ou até essencial ao país ou à determinada comunidade.

⁴⁵ Ver artigo 102 da lei 11.101/05.

⁴⁶ Art. 155: "Julgadas as contas do administrador judicial, ele apresentará o relatório final da falência no prazo de 10 (dez) dias, indicando o valor do ativo e o do produto de sua realização, o valor do passivo e o dos pagamentos feitos aos credores, e especificará justificadamente as responsabilidades com que continuará o falido." BRASIL. *Lei Nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

⁴⁷ Ver artigo 158 da lei 11.101/05.

Não se deve tratar a falência sem cautela. É necessário ao magistrado que saiba analisar os pedidos de falência e que siga exatamente o que diz a lei para evitar que erros sejam cometidos, extinguindo empresas inteiras. É por isso que o presente trabalho se preocupa com a desconsideração da personalidade jurídica principalmente em casos de falência. Afinal, o processo de falência já é muito delicado e ainda desconsiderar a pessoa jurídica, invadindo o patrimônio pessoal dos sócios é algo que deve ser muito bem pensado antes de ser posto em prática.

1.3 Considerações Finais do capítulo

Relembra-se, portanto, que a limitação de responsabilidade não é algo inerente à personalidade jurídica, pois não são todas as sociedades detentoras de personalidade jurídica que limitam a responsabilidade de seus sócios e/ou administradores. Existem tanto as sociedades personificadas com responsabilidade ilimitada, quanto aquelas que não são personificadas e mesmo assim possuem limitação de responsabilidade patrimonial (como, por exemplo, a Sociedade em Conta de Participação).

Naquelas sociedades em que há responsabilidade ilimitada para os sócios, os credores podem ter seus direitos assegurados também pelo patrimônio desses sócios, não somente pelo da empresa. Assim, em caso de falência, por exemplo, seus efeitos são estendidos aos responsáveis pela sociedade.

Essa extensão de efeitos é prática comum no direito comparado. Entretanto, é muito pouco utilizada no Brasil, visto que atualmente existem pouquíssimas sociedades com sócios que respondem de maneira ilimitada. No período de 1985 a 2005 no Brasil, menos de 0,1% das empresas inscritas nas Juntas Comerciais era de sociedades assim⁴⁸.

⁴⁸ TOMAZETTE, Marlon. Efeitos da falência quanto à pessoa do falido. In: *Curso de Direito Empresarial: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2011. Volume 3. p. 351.

2. AS POSSIBILIDADES DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

A distinção entre os bens pessoais dos sócios e o patrimônio da empresa, ou seja, a limitação da responsabilidade, exige que os membros da sociedade ajam sempre com boa-fé e probidade, atuando em conformidade com a lei e com o ato constitutivo.⁴⁹ É nesse ponto que doutrinadores e operadores do Direito esbarram num problema. Com frequência considerável, o instituto da personalidade jurídica passou a ser utilizado por muitas pessoas físicas de forma abusiva e até fraudulenta. Demonstrando-se assim serem incompatíveis a utilização efetiva da pessoa jurídica e a finalidade que o Direito lhe empresta⁵⁰.

Para sanar esse desvio de finalidade, fez-se necessário tornar não absoluto (ou relativo) o princípio da autonomia patrimonial, e criar outro instituto, o da Desconsideração da Personalidade Jurídica, além do da responsabilização. Esse instituto trata-se de, em casos concretos e sem invalidar ato jurídico específico, ignorar efeitos da personalidade jurídica reconhecida à sociedade. A desconsideração é uma forma que se tem de controlar a personalidade jurídica, um privilégio das sociedades. Desse modo, consegue-se evitar que ocorra uma incompatibilidade entre o resultado e a função da personificação jurídica.

O conceito da Desconsideração da Personalidade Jurídica não causa relevantes divergências. O que costuma levantar mais polêmicas é a aplicação dessa teoria na prática jurídica. O legislador deu ao Poder Judiciário a autorização para ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica⁵¹. Entretanto é essencial ressaltar que esse procedimento só pode ocorrer excepcionalmente, ou seja, nos poucos casos em que a lei permite.

2.1 Considerações sobre o desenvolvimento do instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica

⁴⁹ MAMEDE, Gladston. Desconsideração da personalidade jurídica e responsabilização civil. In: _____. Falência e Recuperação de Empresas. São Paulo: Atlas, 2010. p. 277.

⁵⁰ GONÇALVES, Oksandro. A desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito comparado. In: _____. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Curitiba: Juruá, 2004. p. 39.

⁵¹ COELHO, Fábio Ulhôa. Manual de Direito Comercial. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 15.

Primeiramente, é válido lembrar que a expressão “desconsideração da personalidade jurídica” não deve ser confundida com a “despersonalização da personalidade jurídica”. Esta segunda significaria um desaparecimento da pessoa jurídica, como acontece, por exemplo, no caso de dissolução de sociedades-empresárias. Desconsiderar, por outro lado, remete ao temporário afastamento da distinção entre os patrimônios para a solução de um caso concreto, como ocorre em decorrência da prática de fraude por um dos sócios, entre outras situações.

O objetivo da ‘*disregard doctrine*’ não é o de anular a personalidade jurídica (isso seria despersonificar), e sim o de, no caso concreto, desconsiderar com certos limites a pessoa jurídica frente aos bens e às pessoas a ela ligadas. Declara-se então a existência de ineficácia especial da personalidade jurídica para certos efeitos. Entretanto, para seus outros fins, ela continua intacta⁵². Vejamos o surgimento e a evolução do instituto ao longo da História.

Reporta-se o surgimento da teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica ao Direito inglês. Essa origem está no pronunciamento da Corte de Justiça da Inglaterra em 1897 no caso que ficou internacionalmente conhecido como *Salomon vs. Salomon & Co.*, trazido ao Brasil pelo jurista que introduziu a teoria no país: Rubens Requião. Esse caso é extremamente interessante e importante ao presente estudo. Portanto, vale relatá-lo.

Aaron Salomon, comerciante, constituiu com outras seis pessoas de sua família uma empresa (*company*), cedendo a ela seu fundo de comércio e, assim, recebendo vinte mil ações de sua contribuição no capital da sociedade. A cada uma das outras pessoas foi distribuída somente uma ação. A Salomon foram ainda entregues obrigações no valor de dez mil libras esterlinas para que o aporte da empresa fosse integralizado.

Porém, começou a acontecer um atraso nos pagamentos da empresa e ela entrou em liquidação em apenas um ano. Nesse momento, verificou-se que o ativo da sociedade não satisfaria todas as obrigações garantidas e que nada sobriaria para aqueles credores chamados de quirografários. No interesse destes, sustentou o liquidante então que a atividade empresária exercida por Salomon era sua atividade pessoal. E que, por isso, deveria ele ser condenado a pagar todas as dívidas da empresa. Tanto o juiz de primeiro grau quanto a Corte de Apelação acolheram esse

⁵² REQUIÃO, 1969 apud ALMEIDA, 2003, p. 191.

argumento do liquidante, pois disseram ser a empresa uma fiduciária de Salomon, o qual era o efetivo proprietário do fundo de comércio⁵³.

Entretanto, no caso exposto, Aaron Salomon recorreu da decisão na Câmara dos Lordes, e ao seu recurso foi dado provimento. O instituto da *disregard doctrine*, portanto, apesar de ter surgido nesse processo judicial na Inglaterra, não foi nesse país que chamou a atenção e foi acolhido pela jurisprudência. Foi nos Estados Unidos que o desenvolvimento doutrinário da teoria aconteceu, possibilitando sua aplicação em diversos casos concretos.

Nos Estados Unidos da América (EUA), assim como em outros países de língua inglesa, o instituto ficou conhecido como *disregard doctrine*, *disregard of legal entity*, ou ainda sob a expressão “*piercing the corporate veil*”⁵⁴, sendo mais utilizada a segunda delas⁵⁵. Lá, a primeira aplicação conhecida da teoria ocorreu em 1809 no caso *Bank of the United States vs. Deveneaux*. A aplicação da desconsideração no país é permitida, como no Brasil, em restritas situações: fraude à lei, fraude ao contrato, fraude contra credores, e em casos de sociedades coligadas ou dependentes. A que acontece com mais frequência nos Estados Unidos, por exemplo, é a fraude contra credores.

Depois do país norte americano, a teoria foi alavancada e ganhou também países europeus, entre eles a Alemanha, França, Itália e Portugal⁵⁶. No caso do Direito alemão, Rolf Serick, atento aos julgados dos EUA, desenvolveu a análise germânica da desconsideração (*Durchgriff*), a qual foi sistematizada por lá em três teorias.

A primeira delas é a teoria subjetiva, a qual compreende a pessoa jurídica como um ente unitário. Assim, o abuso de direito é um elemento subjetivo da desconsideração. Na segunda delas, a teoria de interesses, enxerga-se a personificação apenas como um símbolo. Ou seja, não causa maiores problemas a sua desconsideração se esta for julgada necessária pelo magistrado.

⁵³PIERO VERRUCOLI, 1964 apud REQUIÃO, 1988, p.75.

⁵⁴ Numa livre tradução, “doutrina de desconsideração”, “desconsideração da entidade legal” e “perfuração do véu corporativo”.

⁵⁵ GONÇALVES, Oksandro. A desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito comparado. In: _____. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Curitiba: Juruá, 2004. p. 23.

⁵⁶ COELHO, Fábio Ulhôa. Manual de Direito Comercial. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.10.

Na terceira e última teoria apontada pelo Rolf Serick, a teoria objetiva, entende-se que a pessoa jurídica deve se sujeitar a limites objetivos. Estes, uma vez estabelecidos, têm que ser respeitados. Se não o forem, a desconsideração faz-se necessária.

Dentre todas as obras, a que mais contribuiu para a evolução da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica é a de Rolf Serick “*Rechtsform und Realität juristischer Personen*”⁵⁷ ⁵⁸. Nela, seu autor declara considerar o instituto como um modo de excepcionar a autonomia patrimonial, sendo ele então aplicado em casos intencionais de fraude contratual ou à lei, e de danos a terceiros. Como na jurisdição brasileira, portanto, a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica é acolhida em caráter de exceção.

Em relação ao Direito dos franceses, vislumbra-se a referida teoria na Lei de 13 de julho de 1967. Em seu artigo 101, a lei dispõe que se deve desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade empresária quando a pessoa jurídica for usada por agentes da empresa em atos de comércio, de disposição de bens ou de dar prosseguimento a atividades deficitárias, tudo em nome de interesses pessoais⁵⁹.

Entretanto, no artigo 99 da mesma lei, há presunção de responsabilizar o dirigente social pela insuficiência de bens para a satisfação dos débitos empresariais, incumbindo a ele o ônus da prova. Por meio da leitura desse dispositivo, de doutrina e de julgados, percebe-se que, diferentemente do brasileiro, o Direito francês julga suficiente adotar a discutida teoria quando restar comprovado prejuízo de credores.

Três doutrinadores do Direito italiano destacaram-se em relação ao assunto aqui tratado. São eles: Túlio Ascarelli, Nicola Distaso e Piero Verrucoli. Resumidamente, pode-se afirmar que esses autores contribuíram para que, na Itália, a separação de patrimônios seja a regra, e a sua superação uma exceção que tem a função de mecanismo de controle⁶⁰.

⁵⁷ Numa livre tradução, “Forma jurídica e Realidade das Pessoas Jurídicas”.

⁵⁸ GONÇALVES, Oksandro. A desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito comparado. In: _____. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Curitiba: Juruá, 2004. p. 15.

⁵⁹ ⁵⁹ GONÇALVES, Oksandro. A desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito comparado. In: _____. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Curitiba: Juruá, 2004. p. 16.

⁶⁰ ⁶⁰ GONÇALVES, Oksandro. A desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito comparado. In: _____. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Curitiba: Juruá, 2004. p. 20.

No Direito português, segue-se a mesma linha de raciocínio. Porém, dá-se uma ênfase enorme ao princípio da boa-fé. Para o mundo jurídico português, a relação entre as sociedades e seus credores é de confiança, a qual, uma vez quebrada, a desconsideração da pessoa jurídica será inevitável.

2.2 Teorias existentes no Direito Brasileiro

O Código de 1916 não tratou da Teoria da Desconsideração. Afinal, o Código começou a ser elaborado no final do século XIX, momento em que os tribunais europeus ainda tratavam dos primeiros casos nos quais era aplicável tal instituto⁶¹.

Embora vários autores fixem o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor como sendo o primeiro a tratar da desconsideração, isso ocorreu bem antes, na década de 1940, quando já se fez alusão à teoria no artigo 2º§2º da Consolidação das Leis do Trabalho⁶². Dispõe a lei:

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

Porém, somente décadas depois é que a Justiça Comum ocupou-se de aplicar a desconsideração⁶³. Compreende-se, no entanto, o ponto de vista de quem defende ser o artigo 28 do CDC o primeiro a tratar do assunto. Afinal, ele é categórico ao separar uma Seção (V) para o instituto, utilizando, com todas as letras, a expressão “desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade”. Segue a transcrição do artigo:

“Art. 28: O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de

⁶¹ LUDVIG, 2010, p. 9.

⁶² ALMEIDA, Amador Paes de. Execução de Bens dos Sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas. Da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁶³ Ficou célebre o primeiro julgado que tratou do instituto. Foi no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, da lavra do Desembargador Bitencourt: “a assertiva de que a sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu a entrar a própria ação do Estado, na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do Juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao Direito” (RT, 238/394) (ALMEIDA, 2003).

direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocada por má administração.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

Não sendo muito relevante a questão de qual dispositivo foi o primeiro a tratar da teoria, deve-se atentar é para o conteúdo dos dois artigos. Ambos defendem a utilização da desconsideração de uma maneira nada restritiva. Assim o faz também a Lei nº 9.605, em seu artigo 4⁶⁴, que trata das sanções penais e administrativas derivadas de condutas que lesionam o meio ambiente.

Diante dessas disposições legais que parecem defender uma ampla aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, como fazer para não banalizar o instituto? Como proceder para que seja mantida e encorajada a livre iniciativa privada, usando apenas excepcionalmente esse instrumento jurídico? Os doutrinadores recorrem então ao Código Civil Brasileiro (artigo 50⁶⁵) que é, para todos os casos, o referencial⁶⁶.

Mesmo servindo de referência, o Código Civil não é claro em relação a quem deve ser responsabilizado, e é muito abrangente em relação a quando (em que casos) se deve adotar essa teoria no cotidiano jurídico. Dessa forma, a doutrina encarregou-se de formular algumas teorias quanto aos fundamentos legais para deixar ou não de acolher a desconsideração, num determinado caso concreto.

⁶⁴ Art. 4 : “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”. Lei nº 9.605 de 1998. Institui a Lei dos crimes ambientais. Brasília, 1998.

⁶⁵ Art. 50: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002.

⁶⁶ TOMAZETTE, Marlon. Efeitos da falência quanto à pessoa do falido. In: *Curso de Direito Empresarial: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2011. Volume 3. p. 357.

Numa sistematização cuja origem decorre da elaboração das teorias alemãs, há no Brasil duas teorias: a teoria menor e a teoria maior⁶⁷.

Para a Teoria Menor, basta a inadimplência de uma obrigação de pagar para que a desconsideração seja necessária, independentemente de desvio de sua finalidade da pessoa jurídica. Sobre ela, o STF já se pronunciou dizendo que ela é acolhida no ordenamento jurídico brasileiro de forma excepcional no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental⁶⁸.

No tocante à Teoria Maior, o ponto principal refere-se à necessidade da função desvirtuada da sociedade. Para esta teoria, não basta apenas o inadimplemento de uma obrigação de pagar, e sim que haja um sério desvirtuamento da finalidade de determinada pessoa jurídica. Por exemplo, é necessário que haja a fraude contra credores, ou uma indução a erro ou qualquer um dos outros crimes falimentares para que se configure o desvio de finalidade da sociedade empresária e que, assim, possa-se considerar a possibilidade de aplicação da desconsideração de sua personalidade jurídica. Além disso, a doutrina subdivide a teoria maior em maior subjetiva e maior objetiva, onde o pressuposto fundamental é a fraude, o abuso de direito e/ou a confusão patrimonial.

Explicando-as um pouquinho melhor, a primeira subdivisão, a da teoria maior subjetiva, compreende o que se configura exatamente pelo desvio da função da pessoa jurídica comprovada pela fraude e abuso de direito. Já a teoria maior objetiva tem como requisito a confusão patrimonial, qual seja, a não separação evidente entre os patrimônios dos sócios e os de sua sociedade.

Em resumo, tentando-se preencher o campo que a lei deixou aberto à interpretação dos operadores e intelectuais do direito, a doutrina tentou sistematizar os diferentes pontos de vista em teorias. Assim, mais organizadamente, pode-se abordar a gigantesca divergência de opiniões dos juristas.

Em relação ao campo do Direito Empresarial, mostra-se mais adequada a teoria maior subjetiva, pois ela resguarda o ramo da iniciativa privada e sua consagrada relevância um bom funcionamento da economia brasileira. Ao mesmo

⁶⁷ TOMAZETTE, Marlon. Efeitos da falência quanto à pessoa do falido. In: *Curso de Direito Empresarial: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2011. Volume 3. p. 358.

⁶⁸ STJ- 3ª Turma – REsp 279273/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, 3º T., julgado em 4/12/2003, DJ 29/3/2004, p. 230.

tempo, não deixa de atender terceiros que possam sentir-se prejudicados por atos ilícitos cometidos intencionalmente por sócios, administradores, acionistas...

2.3 A desconsideração da Personalidade Jurídica em caso de Falência: possibilidades

O Projeto de Lei nº 71 de 2003 foi o que gerou a Lei nº 11.101 de 2005. No parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal⁶⁹ sobre esse projeto de lei, o relator Senador Ramez Tebet listou doze princípios fundamentais da nova legislação falimentar.

O segundo desses princípios é o da separação dos conceitos de empresa e de sócio empresário, deixando claro que a empresa é o conjunto de trabalho e de capital para a circulação ou para a produção de serviços ou bens. No parecer, é expresso que não se deve fazer confusão entre a pessoa jurídica e a pessoa natural.

Realmente, essa é uma noção que foi muito salientada nesta monografia e que é ressaltada em todos os manuais e todos os estudos em geral sobre as sociedades de responsabilidade limitada e sua personalidade jurídica. Alguns artigos da lei representam essa ideia.

O artigo 50 do Código Civil – ao qual foi feita referência no tópico anterior – dispôs sobre a desconsideração da personalidade jurídica no Direito Civil como um todo, sem adentrar no caso específico da falência. Tal tarefa coube à nova lei. Conforme seu artigo 115⁷⁰, por exemplo, apenas os sócios ilimitadamente responsáveis devem ter seus bens como objeto de cobrança dos direitos dos credores. Demonstrando-se que o patrimônio dos sócios de responsabilidade limitada não deve ser atingido pelas obrigações da sociedade.

⁶⁹ Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal sobre o PLC nº 71 de 2003. Princípios fundamentais da nova legislação falimentar brasileira. Disponível em: <<http://falimentar.blogspot.com.br/2008/06/principios-fundamentais-da-nova-legislao.html>>. Acesso em: 05 abr. 2014

⁷⁰ Art. 115: “A decretação da falência sujeita todos os credores, que somente poderão exercer os seus direitos sobre os bens do falido e do sócio ilimitadamente responsável na forma que esta Lei prescrever”. BRASIL. *Lei Nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

O artigo 82 da mesma lei também dispõe sobre essa diferenciação, mas vai mais além. O dispositivo afirma que a responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada (e de gestores e administradores) da sociedade falida será apurada no juízo falimentar independente de haver ativo suficiente para cobrir o passivo⁷¹.

Ou seja, embora esse artigo demonstre haver diferença entre a responsabilidade das pessoas dos sócios e a da sociedade falida perante o passivo que deve ser pago a credores, ele dá legitimidade ao magistrado para “apurar” a responsabilidade dos sócios mesmo que ela seja originalmente limitada. Ou seja, já há aí uma alusão ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica em caso de falência.

Pelo que se vê, há sim na falência a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica. Mesmo porque, ela está prevista no Código Civil, Lei Substantiva do Ordenamento Jurídico brasileiro, e diz respeito às pessoas jurídicas em geral. A questão a que aqui se chama atenção é ao quão delicado é abordar a aplicação do instituto no processo falimentar, o qual já é um terreno muito penoso para aquelas pessoas que um dia adentraram no ramo empresarial com expectativas de sucesso.

Ao se desfazer o manto da personalização, faz-se essencial seguir a legislação, em todos os casos, inclusive nos de falência. O que quer dizer que, a desconsideração só pode ser aplicada uma vez que se “apurar”, como bem diz o artigo 82 da lei 11.101, os casos de abuso da personalidade jurídica, seja pela confusão patrimonial ou pelo desvio de finalidade como bem disposto no artigo 50 do Código Civil.

Não se pode desconsiderar a personalidade jurídica com a mera insuficiência do ativo para cobrir todo o passivo do falido. Isso seria ignorar um instituto muito caro ao ramo empresarial. Cabe ao magistrado agir com calma antes de julgar casos que, na maioria das vezes, interessam a inúmeras pessoas e até à sociedade em geral.

⁷¹ Art. 82: “A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.” BRASIL. *Lei Nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

Portanto, há sim a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em casos de falência, mas somente em casos nos quais os sócios tenham agido fraudulentamente. Se agiram de boa-fé e têm sua responsabilidade limitada, não podem eles serem atingidos pela falência os seus bens pessoais construídos ao longo de uma vida apartada da existência da sociedade empresária.

Não se pode generalizar que toda falência ocorreu por atos de má-fé de seus sócios, administradores e outros. Não se pode generalizar também que todo credor age de boa-fé quando do requerimento de falência de seu devedor. Ou por vezes ele até pode estar bem intencionado, mas recorre ao pedido de falência, e é atendido, antes mesmo de ter tentado outras medidas judiciais muito mais pertinentes quando do inadimplemento de uma dívida por parte de um empresário.

E mais, tanto pode acontecer de o credor estar mal intencionado que a lei 11.101 prevê penalidade àqueles que, por dolo, pedem a falência de um devedor. Eles devem indenizá-lo, bem como a terceiros prejudicados, e ainda pagar perdas e danos que porventura tenham ocorrido⁷².

Em resumo, falência não é sinônimo de que devedor não deseja cumprir com suas obrigações⁷³. O mercado é dinâmico e são muitas as intempéries que podem atingir a vida de uma sociedade levando-a à falência. Isso é corriqueiro como bem apurado nas pesquisas do SEBRAE que serão comentadas no capítulo a seguir. É válido repetir: falir faz parte do ciclo de vida das empresas.

É por esses motivos que aplicar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica em casos falimentares é um passo a ser dado cautelosamente. Infelizmente, esse cuidado não tem sido tomado pelos magistrados de todo o país. Muitos consideram logo de início que o empresário agiu de má-fé sem analisar os fatos profundamente. Ou ainda, para satisfazer o pedido de muitos credores que podem ficar sem seus créditos, alguns juízes aplicam o instituto de imediato... Medidas que podem não só ser injustas como ilegais.

⁷² Ver artigo 101 da lei 11.101/05.

⁷³ Sobre a importância de se diferenciar o falido de boa-fé do de má-fé: "O legislador que percebe o preço da boa fé nos contratos, e que quer proteger a segurança do comércio, deve dar recurso aos credores sobre a pessoa mesma dos devedores, quando estes abrem falência. Importa, porém, não confundir o falido fraudulento com o que é de boa fé. O primeiro deveria ser punido como o são moedeiros falsos, porque não é maior o crime de falsificar o metal amoedado, que constitui a garantia dos homens entre si, do que falsificar essas obrigações mesmas". BECCARIA, Cesare Bonesama Marchesi di, Dos delitos e das penas. 2.ed.São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2001. p. 152.

2.4 Considerações Finais do capítulo: entendimento jurisprudencial brasileiro

Diante do exposto, é notável que a divergência no campo teórico é ainda mais acirrada no Poder Judiciário Brasil adentro. São encontrados diversos julgados com base na teoria menor, e tantos outros fundamentados na teoria maior. Assim como a presente pesquisa, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) pronunciou-se a favor da teoria maior subjetiva, como podemos ver abaixo (grifo nosso):

“REsp 970635/SP. Processual civil e civil. Recurso especial. Ação de execução de título judicial. Inexistência de bens de propriedade da empresa executada. Desconsideração da personalidade jurídica. Inviabilidade. Incidência do art. 50 do CC/02. Aplicação da Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica. - A mudança de endereço da empresa executada associada à inexistência de bens capazes de satisfazer o crédito pleiteado pelo exequente **não constituem motivos suficientes para a desconsideração da sua personalidade jurídica.** - A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro é aquela prevista no art. 50 do CC/02, que consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva.- Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios. ecurso especial provido para **afastar** a desconsideração da personalidade jurídica da recorrente”⁷⁴.

Nesse Acórdão, embasou-se no Código Civil para desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade cujos dirigentes não ocasionaram fraude nem confusão de patrimônios.

Entretanto, nos julgados a seguir, do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, percebe-se que, até pela Justiça do Trabalho em que atuam, os Ministros e desembargadores fundamentaram sua decisão com premissas advindas da Teoria Menor. Isto é, sem qualquer evidência de fraude, abuso de direito, confusão patrimonial, apenas com o não pagamento de dívidas devido à insuficiência de massa ativa, ficou decidido que a sociedade do

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 970635/SP. Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi. 10 de novembro de 2009. Diário de Justiça da União, Brasília, DF, 01 de dezembro de 2009.

caso concreto deveria ter sua personalidade jurídica desconsiderada. Vejamos (grifo nosso):

“ROMS 400343. Provada a irregularidade nas sociedades anônimas, os bens pessoais dos sócios respondem para satisfazer as dívidas **quando a empresa-executada não tem mais bens** para satisfazer os créditos judiciais trabalhistas de seus ex-empregados. Recurso ordinário desprovido”.

E

“Ap. 3127/98. Em regra, os bens particulares do sócio não podem ser objeto de constrição, a teor do artigo 596 do Código de Processo Civil. O Decreto nº 3.708/19, que regulamenta o funcionamento das sociedades de responsabilidade limitada, dispõe que o sócio somente responderá pelas dívidas da sociedade, em caso de falência, quando não integralizado o capital, diante de excesso de mandato do sócio-gerente ou quando os sócios praticarem atos contrários à lei ou ao contrato. A jurisprudência trabalhista acresce a dissolução irregular da sociedade, sem o pagamento dos créditos trabalhistas. Se a empresa continuou sob nova composição societária, restou claro que a saída do embargante gerou expressiva redução em seu capital social. E, a par desse fato, o Juízo de primeiro grau confirma que a empresa não vem honrando seus compromissos trabalhistas, dificultando o andamento de inúmeros feitos, pois não tem sido possível localizar bens disponíveis. Vale invocar a teoria do superamento da personalidade jurídica (*disregard of legal entity*), a qual permite seja desconsiderada a personalidade jurídica das sociedades de capitais, para atingir a responsabilidade dos sócios, visando impedir a consumação de fraudes e abusos de direito cometidos através da sociedade. **Aliás, aplicável, por analogia, a disposição contida no artigo 28, parágrafo 5º, do Código de Defesa do Consumidor, que autoriza a desconsideração da personalidade jurídica sempre que esta constituir obstáculo ao ressarcimento de prejuízos.**

Durante a pesquisa, um caso chamou bastante atenção. Um dos Desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo nem sequer motivou sua decisão de arrestar mais de 800 (oitocentos) hectares de terra e um caminhão de um dos sócios de uma empresa. O sócio recorreu ao STJ (REsp 25251/SP), onde teve seu recurso provido. O relator do caso foi o Ministro Salomão, o qual expressamente se posicionou a favor da devida justificativa por parte do juiz da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Afinal, ignorar a autonomia patrimonial da empresa, responsabilizando os sócios diretamente por aquilo que era

de responsabilidade da sociedade, atinge direitos de terceiros que não fizeram parte do processo em sua origem⁷⁵.

⁷⁵Relatório no Recurso Especial 25251 de São Paulo.

3. A EMPRESA FALIDA E A APLICAÇÃO DA LEI 11.101/05: POSSIBILIDADES DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica é aplicável a vários momentos processuais nos quais se vejam os sócios acionados judicialmente por credores de sua sociedade empresarial que não tiveram seus créditos devidamente extintos pelo pagamento, não se esquecendo de observar, é claro, os requisitos legais.

Entre esses momentos, está um dos que são considerados mais delicados na vida de uma sociedade: a falência. É nesse ponto que se faz então ainda mais preciso que se cogite a aplicação da desconsideração de forma muito cautelosa. Afinal, quando uma “empresa” entra em processo de falência, após difícil recuperação judicial frustrada, por exemplo, os sócios dessa sociedade já estão enfrentando muitas perdas. Podem ser perdas de muitos anos de dedicação, de muito capital investido, de vários projetos de vida...

Falência não significa má fé. Falir significa que a sociedade não conseguiu adimplir suas obrigações de tal maneira que acabou por comprometer toda sua atividade, todo seu patrimônio, entre outros. Existem sim casos de falência que podem ser chamados de propositais. Ou seja, casos em que se requer a falência por não se querer pagar credores, por exemplo. Mas é estatística do respeitado órgão SEBRAE, que mais de 50% das sociedades têm sua falência decretada em menos de um ano de existência. Já para as que têm dois anos de atividade, a taxa de mortalidade é de 24,4% em âmbito nacional.

Já se a análise for por região, a Centro Oeste possui a terceira maior taxa de mortalidade de empresas que têm dois anos de atividade. Essa taxa é de 26%. O Distrito Federal, entretanto, tem a segunda menor taxa do país: 20%, empatado com a Paraíba e só perdendo para Minas Gerais (19%). Entre as capitais, Brasília tem uma taxa de mortalidade de 21,2%, a menor do país. Essa pesquisa⁷⁶ foi feita em 2013 com dados de 2009 para das empresas constituídas em 2007. Percebe-se que mesmo que a estatística venha melhorando, são muitas as empresas que ainda vêm

⁷⁶ SEBRAE. Sobrevivência das Empresas no Brasil. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/customizado/estudos-e-pesquisas>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

à falência no país. Segundo pesquisa da Serasa Experian⁷⁷, só nos meses de janeiro e fevereiro de 2014, foram requeridos 275 pedidos de falência no país, e 124 falências foram efetivamente decretadas. É por óbvio que não são todas essas “empresas”, nem até mesmo a maioria delas, que vêm a falir por má-fé de seus integrantes.

É necessário então que se estude de maneira especial, com um olhar mais atento – e até imparcial –, o uso da desconsideração da personalidade jurídica em casos de falência. Ver-se-á que ele está abarcado na Lei 11.101 de 2005, conhecida como a (nova) Lei de Falência e Recuperação Judicial.

Será discutido a seguir, além da teoria que cerca o tema, o entendimento jurisprudencial de importantes tribunais brasileiros sobre a desconsideração da personalidade jurídica em caso de regime falimentar. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, vem repelindo o pedido de falência e também o de desconsideração quando como meros substitutos de ação de cobrança de quantia ínfima⁷⁸.

3.1 Regime Falimentar

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 920.140, como já supracitado, prestou o entendimento de repelir casos nos quais é pedida a falência de uma sociedade, quando se poderia apenas ajuizar, por exemplo, uma Ação de Cobrança – no caso, de Quantia Ínfima –, pois não estaria comprovada a insolvência da pessoa jurídica.

O referido Recurso Especial foi interposto por ter uma das partes se inconformado com a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. O Acórdão do Tribunal manteve a sentença de primeiro grau que indeferiu a pretensão

⁷⁷ SERASA EXPERIAN. Indicador Serasa Experian de falências e recuperações. 2014. Disponível em: <http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm>. Acesso em: 22 mar. 2014.

⁷⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ e a Lei de Falências: como o tribunal vem decidindo questões de empresas em estado de crise econômico-financeira. Disponível em: <<http://www.praticadapesquisa.com.br/2011/10/como-apresento-citacoes-de-conteudos.html>>. Acesso em: 22 mar. 2014

do autor de que fosse decretada a falência da empresa da qual ele era credor em razão de uma quantia ínfima. Na própria ementa desse Acórdão, lê-se:

“(…) Não basta o preenchimento dos requisitos necessários ao ajuizamento do pedido falimentar para que se decrete a quebra da empresa se o pedido formalizado caracteriza o desvirtuamento do instituto, evidenciando a substituição da lide de cobrança pelo requerimento falimentar.”

Repelem-se casos como esse com o puro intuito de conservar as empresas, de dar continuidade a uma atividade que é de suma importância para o país, como é a atividade comercial. Não é suficiente que se requeira a falência motivando-se, por exemplo, simplesmente na impontualidade na prestação da obrigação. A insolvência é requisito essencial para que seja dado provimento a um pedido dessa magnitude.

O requerimento de falência está positivado no artigo 94⁷⁹ da lei 11.101/05. O dispositivo afirma que só pode ser decretada a falência do empresário individual ou da sociedade empresária se ele(a) não pagar uma quantia líquida pela qual for executado(a), deixando de depositá-la e/ou de nomear à penhora bens que sejam suficientes para o adimplemento da obrigação.

Outra possibilidade é quando o empresário não paga no vencimento uma obrigação já materializada em títulos e cuja soma seja maior que quarenta salários-mínimos na data do pedido, e que esse inadimplemento seja sem relevante justificativa. Ou ainda, que pratique os atos citados no artigo, exceto se eles forem parte do plano de Recuperação Judicial.

A primeira possibilidade é a mais corriqueira. E percebe-se, nos autos dos processos cujo pedido é de falência, que a ação falimentar tem sido um instrumento para coagir os sócios das sociedades a adimplirem a obrigação, pagando aquilo que

⁷⁹ Art. 94: “Será decretada a falência do devedor que: I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência; II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal; III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial (...)”. Lei 11.101 de 2005. Institui a Lei de falência e recuperação judicial. Brasília, 2005.

devem aos requerentes, seus credores. Essa, entretanto, não é a função original do processo de falência⁸⁰.

A jurisprudência vem para esclarecer quaisquer dúvidas que a literalidade da lei possa deixar aflorar. Afinal, não se pode esquecer o principal objetivo da Lei 11.101 de 2005, qual seja o de preservar a empresa que estiver passando por uma crise econômico-financeira⁸¹. Na opinião de muitos juristas, esse é um ponto muito inovador acerca da referida Lei; ponto este que é lembrado sempre pelos formadores de jurisprudência de nosso país em suas decisões dia após dia.

Continuando a fazer referência ao REsp 920.140 de Mato Grosso, o voto do Ministro Relator nos faz manter em mente – assim como faz com os formadores de jurisprudência em nosso país – que o pedido de falência não pode ser, portanto, a primeira medida a se tomar frente ao não pagamento, por parte da empresa, de uma dívida para com seus credores (sejam eles trabalhistas ou não).

Essa ideia pode ser apreendida da própria ementa do Acórdão, a qual, sabemos, resume o conteúdo da decisão. Lê-se:

“O Superior Tribunal de Justiça **rechaça** o pedido de falência como substitutivo da ação de cobrança de quantia ínfima, devendo-se prestigiar a continuidade das atividades comerciais, uma vez não caracterizada situação de insolvência, diante do princípio da preservação da empresa” (grifo nosso).

Ainda mais preocupante, e mais concernente ao presente estudo, é que, com as ações de credores que requerem a falência de seus devedores empresariais, vem, na grande maioria das vezes, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa supostamente inadimplente. Algo extremamente nocivo à atividade empresarial, uma vez que essas ações, como vimos no aludido Recurso Especial, estão sendo ajuizadas sem fundamentação pertinente.

⁸⁰DUTRA, Itamar da Silva. Requerimento de falência. Abusividade da medida. Indeferimento da petição inicial. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1975, 27 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12012>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

⁸¹ Há três tipos de crise do empresário: crise econômica (relacionada à retração nos negócios), crise financeira (relacionada à falta de liquidez que não permite o adimplemento de obrigações de pagar) e crise patrimonial (insolvência, que é quando o passivo é maior que o ativo). Fonte: COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de Direito Comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 235.

Ora, o próprio Superior Tribunal de Justiça já deixa claro que se deve rechaçar esse tipo de ação indevida. Porém, não há nada que vincule formalmente os magistrados de todo o país a seguirem a posição do STJ. E como fica a segurança jurídica dos empresários então? Ficam à mercê de decisões que podem, em ações que nem deveriam ter sido ajuizadas, indevidamente prover os pedidos de decretação de falência e até de desconsideração da personalidade jurídica. E, como vimos, infelizmente, vem-se desconsiderando essa personalidade corriqueiramente e sem uma forte ou até mesmo legal fundamentação para tal⁸².

Mais uma vez, vê-se uma distorção entre aquilo que motivou o surgimento de uma lei, de um instituto, e a forma como ela ou ele são postos em prática no dia a dia do mundo jurídico. E aí está o grande problema para o qual se alertou nos parágrafos anteriores: se muitos processos de falência têm sido conhecidos sem o requisito essencial da insolvência da sociedade requerida, muitas aplicações do instituto da desconsideração da personalidade jurídica têm sido realizadas para casos em que a sociedade nem deveria ter tido sua falência decretada em primeiro lugar.

Falemos então um pouco mais sobre o que é o Direito Falimentar, o qual já foi objeto de breve análise no capítulo anterior.

A falência e o Direito tiveram seus primeiros encontros há milhares de anos. Já na Idade Antiga, os devedores eram obrigados a responder perante a sociedade por tudo aquilo que deviam. E, não raramente, eram punidos até fisicamente por aquilo que não pagavam. Podemos citar vários exemplos de punições que ocorriam nesse sentido: escravização, prisão, mutilação e até mesmo a morte. Inclusive, tem-se notícia de que, aquele devedor que era morto podia ter seu corpo entregue ao credor a fim de que o falecido não tivesse um funeral, algo que era extremamente importante na antiguidade⁸³.

Muito tempo depois, já na Idade Média, o direito falimentar se tornou mais consistente. Nessa época, reprimiam-se penalmente os devedores que agiam de

⁸²Sobre a atuação do magistrado sem fundamentação nas leis em vigência: "(...) se esse magistrado não age segundo leis conhecidas e familiares a todos os cidadãos; se pode, ao contrário, fazer a seu capricho leis que julga serem necessárias, abre assim a porta à tirania, que ronda sem cessar em torno das barreiras que a liberdade pública lhe fixou e que só procura transpô-las". BECCARIA, Cesare Bonesama Marchesi di, (1764). *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2001. p. 152.

⁸³ GONÇALVES, Oksandro. *Crítica ao sistema atual: a falência no Direito brasileiro*. In: _____, *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004. p.123.

má-fé praticando abusos. As punições não eram muito diferentes daquelas aplicadas a quem cometesse outros tipos de crimes mais “comuns”. Foi nesse contexto que surgiu a ideia de execução coletiva que está por trás do que hoje chamamos de processo falimentar.

Antes da noção de execução coletiva, os credores iam atrás daquilo que lhes era devido de maneira singular. Cada um ia atrás do pagamento que deveria receber de um devedor. E mais, havia várias medidas judiciais com esse mesmo objetivo: pagamento de créditos. Porém, percebeu-se, com o passar dos anos e o acúmulo de pedidos para recebimento de valores advindos de dívidas, que seria mais prático e benéfico a todos se houvesse uma medida judicial que, de uma só vez, pudesse resolver os problemas de vários credores.

Foi bem mais tarde, num mundo pós Revolução Francesa que o direito falimentar deu aos interesses dos credores uma roupagem mais econômica. Ou seja, mesmo que o Código Comercial Francês (de 1807) vigente à época indicasse medidas duras a serem tomadas contra os falidos, percebeu-se num contexto de desenvolvimento de ideias liberais, que o processo falimentar precisaria de institutos que protegessem o interesse econômico de credores e devedores, e não mais, por exemplo, institutos para punir fisicamente os devedores (algo que não traria benefício econômico a ninguém).

O instituto da concordata preventiva e suspensiva nasceu nesse momento e tratava de uma espécie de favor estabelecido em lei que almeja regularizar as finanças do comerciante que está devendo e de seus credores. Nesse sentido, o instituto servia como um artifício legal para que os efeitos de uma falência propriamente dita fossem evitados ou, ao menos, suspensos até que as coisas se regularizassem⁸⁴.

Finalmente, é nesse contexto que surge também o instituto da falência. Trata-se de um instituto que legitima uma execução coletiva, atraindo todos os credores e abarcando todo o patrimônio do devedor, o qual é utilizado para os pagamentos das dívidas.

⁸⁴ GONÇALVES, Oksandro. Crítica ao sistema atual: a falência no Direito brasileiro. In: _____Desconsideração da Personalidade Jurídica. Curitiba: Juruá, 2004. p.125.

Porém, percebeu-se já na pós Modernidade, que ambos institutos – da concordata e da falência – não eram suficientes para a resolução de querelas em um mundo que passou a conviver intimamente com uma economia globalizada, passando a ter com ela até uma relação de dependência. E, como bem se sabe, nesse mundo mais globalizado, as empresas ocupam uma posição de extrema importância, algo que já foi discutido no presente trabalho.

Portanto, é nesse período que os intelectuais começaram a pensar em formas de proteger mais as empresas em casos de situações de crise que são praticamente inerentes ao volátil campo da economia. Não esqueçamos ainda a função social que as empresas exercem. Afinal, sendo uma das protagonistas da economia, a empresa se destina à circulação de riquezas, o que traz, como já citado, consequências muito vantajosas para o bom funcionamento de uma sociedade, como, por exemplo, a criação de empregos.

Dando uma breve análise nessa evolução histórica do que hoje nomeamos propriamente de Direito Falimentar, percebemos que houve um passo a passo para chegarmos até a situação atual, algo que seria chamado de “terceiro estágio do Direito Falimentar”⁸⁵. Pode-se dizer que o presente “estágio” é fundamentalmente caracterizado por uma falência que está muito mais preocupada com a manutenção das empresas, objetivando essa continuidade. Ao contrário do que se tinha antes, que era a pura regularização do processo de liquidação desses entes.

O que é então o Direito Falimentar no Brasil hoje?

Bem, com o advento da Lei nº 11.101 de 2005, pode-se dizer que o Direito Falimentar Brasileiro está totalmente em acordo com o que se definiu acima como sendo o “terceiro estágio” do Direito Falimentar. Talvez, vai-se ainda um pouco além disso. Afinal, a recente lei é ainda mais preocupada com a manutenção das empresas do que o (antigo) decreto-lei (dec.- lei 7.661/1945) que antes regulava a falência no nosso país. Veremos a seguir brevemente o porquê.

A chamada nova lei de falências pôs fim aos institutos de concordata preventiva e suspensiva. E, ainda mais importante, instituiu a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial. Essas duas “criações” da lei 11.101/05 vieram para solidificar o fato de que essa norma veio definitivamente para ajudar as empresas a

⁸⁵ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 11.

superarem eventuais (e bem comuns) momentos de crise financeira, provando-se, assim, como é importante para a coletividade que se tente tudo o que for possível (dentro da legalidade) para a empresa não ruir de vez. Na antiga lei de falências, já era motivo suficiente para o pedido de falência a demonstração do devedor de que estaria com dificuldades de pagar uma dívida. Isso acontecia, por exemplo, quando o devedor ir tentar negociar um pagamento com o credor. Hoje em dia, isso não ocorre mais. A nova lei tenta evitar uma falência.

Tanto a lei é nesse sentido da preservação que a recuperação judicial, em linhas gerais, é um período em que esforços de todos os envolvidos (administrador judicial, credores, devedor, Poder Judiciário...) serão reunidos para que se tente reerguer a empresa. O artigo 64⁸⁶ da referida lei demonstra isso ao que dela se pode depreender que a atividade empresarial continua durante a execução do plano de recuperação. Aqueles que serão mantidos na condução da atividade empresarial (o devedor ou seus administradores) serão fiscalizados, mas a atividade continua.

Afinal, essa continuação das atividades é importante não só para que se obtenha mais ativos para o pagamento das dívidas, como também para a sociedade, visto a existência, como já dito, da função social⁸⁷ das sociedades empresariais. É preciso que se mantenha pelo maior tempo possível, portanto, as atividades tanto para o bem dos devedores, credores, como também para o dos clientes e dos empregados.

Entretanto, as medidas judiciais que a nova lei trouxe com esse intuito de manutenção das empresas não permitem, por óbvio, que passem despercebidas, e nem muito menos sejam relevadas, atitudes de má-fé que porventura os responsáveis pelas empresas tenham tomado. Assim como a lei impôs formar de resguardar a continuidade das empresas, também impôs punições para aquelas que tentaram se manter em funcionamento de maneira fraudulenta, ou até que

⁸⁶ Art. 64: “Durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial, salvo se qualquer deles (...)” Lei 11.101 de 2005. Institui a Lei de falência e recuperação judicial. Brasília, 2005.

⁸⁷ A função social da empresa está presente no artigo 47 da nova lei: “Art. 47: ‘A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”. Lei 11.101 de 2005. Institui a Lei de falência e recuperação judicial. Brasília, 2005.

decretaram falência também valendo-se de má-fé. Ver-se-ão, no tópico a seguir, as questões ligadas à má-fé na falência.

Após vermos um pouco de como é tratado o direito falimentar hoje no país e, voltando ao tema do presente trabalho, vejamos os assuntos que dizem respeito à responsabilização dos sócios da empresa que está passando por uma crise econômica.

A empresa tentou se recuperar após problemas financeiros, mas não conseguiu. A Justiça foi devidamente acionada e, ou a recuperação judicial não deu certo, ou já houve logo a decretação da falência. E agora, como pagar os credores? Se a empresa tem ativos suficientes para o pagamento de tudo aquilo que deve, não há maiores questões a serem pensadas e solucionadas.

O problema reside nos casos em que o(a) falido(a) não tem patrimônio próprio suficiente para liquidar todas as suas dívidas, e mais, quando a responsabilidade dos sócios é limitada. Se é ilimitada, não há muito o que se discutir: avança-se, subsidiariamente, no patrimônio pessoal de cada sócio até que todos os pagamentos devidos sejam realizados. Mas e se a responsabilidade é limitada? Deve-se pagar as dívidas somente até onde exista ativo próprio da empresa? Ou deve-se atingir o patrimônio de seus sócios? Ou seja, deve-se desconsiderar a personalidade jurídica?

O artigo 82⁸⁸ da nova lei é muito claro: a responsabilização dos sócios (e também a dos administradores) da sociedade falida não depende de ser insuficiente o patrimônio da empresa para pagar o seu passivo (suas dívidas). Porém, a lei deixou essa questão muito aberta aos magistrados de todo o país quando se limita a dizer que essa responsabilidade pessoal de cada sócio será apurada no próprio juízo falimentar.

Ora, é aqui que nos deparamos com os problemas que foram discutidos nos outros capítulos da presente monografia. Apesar de a lei impor limitações como veremos à frente, ela acaba dando muita autonomia para os juízes das varas de

⁸⁸Art. 82: "A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil". Lei 11.101 de 2005. Institui a Lei de falência e recuperação judicial. Brasília, 2005.

falência decidirem se devem ou não responsabilizar os sócios, se devem ou não desconsiderar a personalidade jurídica.

Deve-se manter sempre em mente que a desconsideração em questão estabelece uma ruptura com um princípio amplamente estabelecido em nosso direito, que é o da separação que deve ser feita entre os patrimônios dos sócios e os da sociedade. Desconsiderar esse princípio, portanto, é entrar para o mundo da exceção. Desconsiderar a personalidade jurídica não pode ser regra.

Infelizmente, porém, como visto em julgados aqui citados e tantos outros aos quais podemos ter acesso, tratar a desconsideração como exceção não vem sendo sempre respeitado; gerando-se uma insegurança jurídica que pode, mais à frente, vir a espantar futuros interessados no ramo empresarial.

E quando que a lei permite que a desconsideração da personalidade jurídica seja feita sem maiores discussões? Em caráter excepcional, aplica-se a desconsideração se ficar evidente que houve fraude às normas ou abuso no uso da personificação da sociedade⁸⁹. Consubstanciam-se esses casos, na maioria as vezes, por meio de fraude ao patrimônio : desvio de bens para lesar os credores. Ou seja, deve-se desconsiderar a personalidade jurídica quando fica evidenciado o uso da má-fé.

3.2 A má-fé na Falência e a Desconsideração da personalidade jurídica em razão do Regime Falimentar

Diante de todo o exposto, é sabido que a má-fé antes ou durante o processo de falências responsabiliza totalmente aquele sócio, administrador, diretor, gerente, entre outros⁹⁰, que dela se utilizou. O capítulo VII, seção I, da lei 11.101 trata dos crimes falimentares, da conhecida fraude contra credores.

⁸⁹ GONÇALVES, Oksandro. Efeitos da desconsideração. In: _____. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Curitiba: Juruá, 2004. p. 145.

⁹⁰ Art. 179: “Na falência, na recuperação judicial e na recuperação extrajudicial de sociedades, os seus sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, equiparam-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais decorrentes desta Lei, na medida de sua culpabilidade”. Lei 11.101 de 2005. Institui a Lei de falência e recuperação judicial. Brasília, 2005

É nesse capítulo da lei que se encontram os motivos para a desconsideração da personalidade jurídica de um sócio com responsabilidade limitada numa sociedade. Vejamos quais são os crimes falimentares que justificam, sem nenhuma dúvida, valer-se da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

São crimes falimentares, na ordem em que aparecem na referida seção da lei 11.101, a fraude a credores, a violação de sigilo empresarial, a divulgação de informações falsas, a indução a erro, o favorecimento de credores, o desvio, ocultação ou apropriação de bens, a aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens, a habilitação ilegal de crédito, o exercício ilegal de atividade, a violação de impedimento e, por fim, a omissão dos documentos contábeis obrigatórios.

Todos esses crimes são praticados com má-fé, o que prontamente permite ao juízo da falência tomar as medidas necessárias para a responsabilização de quem praticou os atos criminosos. Estão entre essas medidas as sanções penais e as sanções cíveis. Pode-se ter, portanto, uma penalização civil com a decretação de ineficácia ou então com a revogação de atos praticados pelo devedor antes da falência. Pode haver também, a própria desconsideração da personalidade jurídica. Portanto, como se pode ver, desconsiderar a personalidade jurídica não é a única medida que pode ser tomada diante de um ato de má-fé do devedor.

A ação revocatória (ou ainda, ação pauliana) é o instrumento jurídico que deve ser utilizado quando da necessidade de revogar atos praticados pelo devedor com a clara intenção de prejudicar seus credores. Uma vez provado a fraude praticada entre o devedor e um terceiro e o efetivo prejuízo para a massa falida, deve-se sim utilizar tal ação. Essa ação está positivada na própria lei de falências e recuperação judicial em seu artigo 130⁹¹ e seguintes (na seção de ineficácia e revogação de atos praticados antes da falência).

Rege o artigo 132⁹² da 11.101/2005 que podem ajuizar a ação revocatória tanto o próprio administrador judicial, como o Ministério Público ou, muito importante,

⁹¹ Art. 130: “São revogáveis os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar e o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida”. Lei 11.101 de 2005. Institui a Lei de falência e recuperação judicial. Brasília, 2005

⁹² Art. 132: “A ação revocatória, de que trata o art. 130 desta Lei, deverá ser proposta pelo administrador judicial, por qualquer credor ou pelo Ministério Público no prazo de 3 (três) anos contado da decretação da falência”. Lei 11.101 de 2005. Institui a Lei de falência e recuperação judicial. Brasília, 2005

qualquer credor, obedecido o prazo de três anos a partir da decretação da falência. A importância desse dispositivo resta na legitimidade que a lei dá a qualquer credor para acionar o Judiciário nos casos em que se sentir lesado. Ou seja, não é preciso que se valha da desconsideração da personalidade jurídica para que o credor possa ser pago e/ou recupere aquilo que é seu por direito.

A ação revocatória talvez seja a medida mais efetiva para que os bens afastados da empresa por atos abusivos do devedor possam retornar à massa falida. O artigo 135⁹³ da lei ainda dispõe que os bens retornarão, se julgada procedente a ação revocatória, com todos os acessórios. E, se não for mais possível o retorno do bem, será pago o valor de mercado a ele referente, sendo as perdas e os danos acrescidos.

Diante da Má-fé, portanto, não se deve de pronto já pensar em desconsideração da personalidade jurídica, um instituto que é aplicável em caráter excepcional. O problema que se encontra atualmente é que muitas vezes se vai pelo caminho da desconsideração do que pelo da Ação Revocatória equivocadamente. Algo como pedir a decretação da falência em vez de ajuizar uma simples ação de cobrança, como falamos no tópico anterior.

Acaba-se esquecendo do quão valioso é o instituto, pois constitui-se em algo que é muito valioso não só para os envolvidos em determinado processo falimentar, como para toda a sociedade e para nosso ordenamento jurídico: o instituto da personalidade jurídica.

3.3 O uso abusivo do instituto da desconsideração da personalidade jurídica

É reconhecido perante a grande maioria de doutrinadores e juristas em geral que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica vem sendo descaracterizado. Consoante os julgados que serão aqui apresentados nas páginas seguintes, vê-se que muito se tem aplicado o instituto sem que tenha havido o preenchimento dos requisitos legais para tal.

⁹³ Art. 135: “A sentença que julgar procedente a ação revocatória determinará o retorno dos bens à massa falida em espécie, com todos os acessórios, ou o valor de mercado, acrescidos das perdas e danos”. Lei 11.101 de 2005. Institui a Lei de falência e recuperação judicial. Brasília, 2005

Sabe-se que o princípio da autonomia patrimonial, da separação patrimonial entre os bens dos sócios e os bens da sociedade, é um princípio de alta importância no ordenamento jurídico brasileiro e quiçá mundial. Entretanto, esse princípio não é absoluto. Ele pode e tem que ser relativizado quando são percebidos desvios em sua aplicação. Quando são detectadas, por exemplo, má-fé e fraude.

É uma utopia dizer que a personalidade jurídica é aplicada sem desvios de sua finalidade. Para proteger então os que com tais desvios são prejudicados, permite-se na legislação a desconsideração dessa personalidade. Por meio dela, são declarados ineficazes alguns atos. Não é despersonalizada a sociedade, até porque existe o Princípio da Continuidade da Empresa⁹⁴.

Portanto, o que ocorre na prática quando há a desconsideração, é que deixa de existir a autonomia patrimonial perante o credor de determinada dívida, com o qual agiu incorretamente o(s) sócio(s) da sociedade, e não diante todos os credores. Essa prática tem se mostrado muito eficaz no abuso de fraudes cometidas por sócios que agem de má-fé. Porém, ainda existe muito abuso da limitação da responsabilidade, e é nesses casos que deve ser aplicado o presente instituto.

Entretanto, os sócios inescrupulosos que tentam se livrar de certas obrigações utilizando-se indiscriminadamente da limitação de responsabilidade de suas sociedades não são a maioria dos empreendedores do nosso país. E, infelizmente, da mesma forma que pessoas de má-fé abusam da personalidade jurídica de suas “empresas”, alguns magistrados vêm aplicando a desconsideração da personalidade jurídica de maneira abusiva, indiscriminada, ilimitada e totalmente inadequada, sem levar em conta o princípio da presunção da não culpabilidade. Afinal, muitas vezes, mesmo quando há dúvidas de se o devedor agiu fraudulentamente ou não, opta-se por atingir seus bens pessoais⁹⁵.

Em vez de ser aplicada apenas naqueles casos concretos em que há desvio de finalidade da sociedade, fraude contra credores e confusão patrimonial, a desconsideração tem sido aplicada em muitos casos nos quais os sócios não

⁹⁴ LOPES, Filipe Charone Tavares. A desconsideração da personalidade jurídica e o Projeto de Lei n° 3.401/08. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3096, 23 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20701>>. Acesso em: 06 novembro 2013.

⁹⁵ Sobre quando se há dúvidas de fraude: “Se a fraude do falido for muito duvidosa, será melhor optar por sua inocência”. BECCARIA, Cesare Bonesama Marchesi di, Dos delitos e das penas. 2.ed.São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2001. p. 154.

deveriam responder pelas obrigações das sociedades, conforme dispositivos legais e disposições de seus contratos sociais devidamente registrados e válidos.

Aplicar a desconsideração automaticamente, como muito vem acontecendo, muitas vezes nem dá a oportunidade do sócio de se defender (ferindo o princípio do contraditório), mostrando que não agiu com má intenção. Tem bastado a insuficiência ou inexistência de patrimônio da sociedade para cumprir com uma obrigação, para que seja decreta a desconsideração. Essa prática dos juízes acaba não só por violar a lei – o que não seria pouco –, como também acaba por prejudicar a conservação das “empresas” e por não incentivar o empreendedorismo tão necessário ao bom desenvolvimento da economia brasileira.

Recentemente, entretanto, têm-se visto na doutrina e na jurisprudência entendimentos contrários à utilização indiscriminada da desconsideração. O Superior Tribunal de Justiça sumulou que:

“O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.”⁹⁶

Com essa súmula, vê-se que o STJ tem caminhado em direção à defesa da finalidade original da desconsideração.

É necessário que seja aplicada na realidade o real caráter da desconsideração: o de exceção, e não de regra. E, nesse sentido, é provável que os magistrados passem a ter uma legislação específica para a utilização desse instrumento jurídico. Afinal, em 2008, foi apresentado o Projeto de Lei nº 3.401 ao Congresso Nacional.

Felizmente, parece que serão criados dispositivos legais que expressamente rechacem a relativização abusiva da personalidade jurídica, servindo certamente de um excelente instrumento para que os sócios possam se defender quando os magistrados não levarem em conta a devida limitação da responsabilidade. Atualmente, não há muitos subsídios legais para que eles recorram de decisões que os prejudiquem indevidamente.

O Projeto de Lei tem sua essência no direito processual, dispondo sobre como devem agir magistrados, advogados e o Ministério Público quando se

⁹⁶ Súmula 430 do STJ.

depararem com um caso de possível aplicação da desconsideração⁹⁷. Embora haja esse caráter essencialmente processual, o Direito Empresarial obterá enormes ganhos com uma futura aprovação do projeto. Afinal, fala-se aqui de riscos que se apresentam a todas as pessoas envolvidas com o ramo da atividade empresária no Brasil.

Uma das maiores contribuições desse Projeto de Lei está em seu artigo 4^o⁹⁸ que diz que o juiz não poderá mais decretar a desconsideração da personalidade jurídica de ofício. Para que haja essa decretação, deverá ser feito um pedido da parte interessada em autos apartados. Tratar-se-á de um incidente processual que dará a oportunidade de defesa da parte requerida.

Além disso, a desconsideração, consoante o artigo 5^o do PL 3.401/08, só poderá ocorrer depois que for ouvido integrante do Ministério Público. Dessa forma, garantir-se-á que a parte requerente justifique bem o seu pedido, deixando bem demonstrada a atitude do sócio que poderia ensejar numa desconsideração da personalidade jurídica, afastando-se assim a analogia e a interpretação extensiva para a aplicação da desconsideração.

O Projeto de Lei vai ainda mais longe. Nele, resolveu-se deixar expresso o que caracteriza os atos dos sócios que justificam o uso do instituto. Ou seja, no artigo 7^o⁹⁹ do referido projeto, por exemplo, é expresso o conceito de fraude à execução. Assim, fica bem claro o que constitui esse crime para que não haja dúvidas por parte de quem é de interesse requerer a desconsideração, e do próprio magistrado e/ou Ministério Público.

Algo extremamente relevante também para esse tema e que é abarcado pelo Projeto de Lei em análise é o fato de que, mesmo que deva ser decretada a desconsideração, ela não atingirá todos os sócios de maneira ilimitada. Ou seja, proteger-se-ão aqueles sócios de boa-fé, que nada contribuíram para o ato lesivo causado pelos outros sócios, de má-fé.

⁹⁷ LOPES, Filipe Charone Tavares. A desconsideração da personalidade jurídica e o Projeto de Lei nº 3.401/08. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3096, 23 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20701>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

⁹⁸ Art. 4: "O Juiz não poderá decretar de ofício a desconsideração da personalidade jurídica." PL 3.401/08

A aprovação do projeto, configurando numa posterior lei específica para o assunto da aplicação do instituto da desconsideração, aparentemente trará diversos benefícios tanto para os que lidam com a lei, como para aqueles que a ela devem se submeter. Os “empresários” terão maior segurança jurídica nos processos que contra suas sociedades foram movidos e os credores não sairão perdendo, visto que, se tiverem razão em seus pedidos, serão prontamente atendidos. Por perto dessa relação processual estará o Ministério Público garantindo que a lei seja rigorosamente obedecida, e que não se comentam lesões contra o Princípio do Contraditório, da Continuidade da Empresa, entre outros.

3.4 Considerações finais do capítulo

Conclui-se desse último capítulo que ocorre hoje em nosso país uma confusão na aplicação de institutos. Pede-se falência em casos de cobrança de quantia ínfima, pede-se a desconsideração em casos em que perfeitamente caberia uma ação revocatória. E o equívoco muitas vezes vem dos próprios juristas que, errando na opção da melhor medida a ser tomada, acaba por atrasar a prestação jurisdicional ou, muitas vezes, acaba por infringir até a lei e causar uma insegurança jurídica.

No caso da desconsideração da personalidade jurídica, diante de tudo que aqui já se expos, percebe-se que os equívocos são muitos e que as consequências são sérias quando ela é aplicada indiscriminadamente, sem a mínima cautela. E, dessa forma, desconstrói-se sem motivações bem fundadas algo que é tão valioso não só para os envolvidos em determinado processo falimentar, como para toda a sociedade e para nosso ordenamento jurídico: o instituto da personalidade jurídica.

Não se trata de defender a inaplicabilidade irrestrita da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, e sim, a sua utilização apenas nos casos em que ela seja realmente necessária, após realizada uma análise cuidadosa dos fatos aos quais se tem acesso.

CONCLUSÃO

Originado das corporações de ofício medievais, o ramo empresarial é de extrema importância para a economia de um país ou até para relações econômicas internacionais. Além disso, as empresas exercem uma função social que é muito valiosa para toda e qualquer sociedade, pois gera empregos, fornece produtos e serviços, faz a riqueza circular. É por esses motivos que esse campo precisa de ferramentas jurídicas para se proteger de eventuais crises sejam elas de que natureza for. O Direito Empresarial surgiu para preencher essa necessidade.

Entre essas ferramentas jurídicas do Direito Empresarial está o instituto da desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade empresarial, oriundo de outro de ainda maior relevância: o da própria personalidade jurídica. Uma das consequências da existência da personalidade jurídica dessas sociedades é a que se fez mais importante para a elaboração do presente estudo: a distinção entre o patrimônio das empresas e os bens pessoais dos sócios. Desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade empresária significa romper essa separação e mesclar os patrimônios. Ou seja, significa ultrapassar a limitação da responsabilidade dos sócios dessa empresa.

É justamente por se tratar da desconsideração de um instituto importante para o Direito que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica só deve ser aplicada em casos especiais, em caráter de excepcionalidade. Como se viu, essa aplicação só deve ser feita quando os membros de uma determinada sociedade não agem com boa-fé e extrapolam os limites da lei. Utilizar-se, portanto, do instituto da desconsideração é algo necessário quando, infelizmente, pessoas físicas se utilizam da personalidade jurídica das empresas para agir fraudulentamente.

Entretanto, deve-se ter em mente que, até pelo princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, a desconsideração da personalidade jurídica só deve ser aplicada se comprovado o uso da fraude e da má-fé. Não se pode, à mínima suspeita de abuso da personalidade jurídica, aplicar a desconsideração sem uma análise mais criteriosa. Porém, intelectuais do Direito e juristas praticantes vêm percebendo que isso não vem acontecendo.

Conforme foi aqui discutido e demonstrado com exemplos de julgados, a desconsideração da personalidade jurídica vem sendo utilizada pelos magistrados de maneira indiscriminada. E é essa prática que se tenta rechaçar. Esse instituto surgiu no século XIX no Direito inglês e, em todas as fases evolutivas pelas quais passou, sempre foi construído para ser aplicado como exceção à regra.

O objetivo que leva a alguém a querer que seja desconsiderada a personalidade jurídica de uma empresa é simplesmente o de não ficar no prejuízo, o de receber o pagamento de um devedor, o de não perder bens. E para alcançar esse objetivo há outras medidas que podem ser adotadas em vez da desconsideração.

Vimos, por exemplo, que nos casos de falência, a ação revocatória pode ser uma medida mais efetiva e até mais célere do que a da desconsideração. E, mais importante, não criaria uma insegurança jurídica porque não estaria ensejando em uma aplicação irrestrita de uma teoria que afasta um princípio importante do nosso ordenamento (princípio da autonomia patrimonial).

Falando em falência, o equívoco muitas vezes está até mesmo antes do momento processual de se alcançar o patrimônio do sócio para pagar dívidas da empresa; várias vezes, o equívoco está lá na origem, no próprio pedido de decretação de falência que poderia ter sido muito bem preterido frente a uma ação simples de cobrança.

O que se vê na prática é que por diversas vezes o julgador decide por dar provimento aos pedidos dos credores frente às contestações dos sócios empresários. Esquece-se que nem sempre esse sócio agiu de má-fé ao pedir falência ou ao não pagar uma dívida. Esquece-se que, no pré-julgamento de que houve um abuso por parte do empresário, acaba-se cometendo um abuso enorme na utilização de uma medida que pode acarretar uma enorme insegurança no ramo empresarial. Quem, além de enfrentar todos os riscos econômicos inerentes à atividade empresarial, vai querer constituir uma sociedade se souber que poderá ter seus bens pessoais invadidos caso, por uma crise financeira, a sociedade venha a inadimplir ou até falir?

Não se defendeu aqui um favorecimento dos sócios de sociedades empresárias. Não. Os credores também têm seus direitos que devem ser

respeitados e não é raro que eles tenham razão. O que se defende apenas é que não se evite um abuso cometendo outro; é que não se proteja um bem invadindo outro injustamente.

Às vezes, o que é óbvio precisa ser dito. Por trás de cada processo, e em ambas as partes, estão pessoas com seus investimentos de uma vida, seus sonhos, suas perspectivas. Não é fácil estar na posição de julgador, mas o mínimo que se pode pedir dele é que aja com cautela, que aplique as leis e que sejam consideradas todas as possibilidades antes que uma injustiça possa ser cometida. Para uns, aquele processo pode ser só mais um, mas para quem está do outro lado, ali nos autos estão suas expectativas, e estará a decisão que poderá mudar o rumo de sua história.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *Execução de Bens dos Sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas*. Da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BECCARIA, Cesare Bonesama Marchesi di, (1764). *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2001. p. 152-159.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2005.

BRASIL. *Decreto-Lei Nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 22 jun. 2013.

BRASIL. *Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 22 jun. 2013.

BRASIL. *Lei Nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 22 jun. 2013.

BRASIL. *Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 23 jun. 2013.

BRASIL. *Lei Nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de Direito Comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal sobre o PLC nº 71 de 2003. Princípios fundamentais da nova legislação falimentar brasileira. Disponível em: <<http://falimentar.blogspot.com.br/2008/06/principios-fundamentais-da-nova-legislao.html>>. Acesso em: 05 abr. 2014

FILHO, Nagib Slaibi. A desconsideração da pessoa jurídica no novo código civil. Academia brasileira de direito processual civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos.asp?ordem1=autores.autor>>. Acesso em: 03 abr. 2014.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. Considerações acerca da Teoria Geral da Pessoa Jurídica. In: _____. *Desconsideração da Personalidade Jurídica: Análise à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 25-56.

GONÇALVES, Oksandro. A desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito comparado. In: _____. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 9-51.

_____. A desconsideração no Direito Falimentar. In: _____. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 115-122.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LOPES, Filipe Charone Tavares. A desconsideração da personalidade jurídica e o Projeto de Lei nº 3.401/08. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3096, 23 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20701>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

LUDVIG, Gabriel Teixeira. *Desconsideração da personalidade jurídica e o redirecionamento da execução na pessoa dos sócios*. Porto Alegre: PUCRS, 2010.

MAMEDE, Gladston. Desconsideração da personalidade jurídica e a vis atractiva do juízo universal. In: _____. *Falência e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 47-49.

_____. Desconsideração da personalidade jurídica e responsabilização civil. In: _____. *Falência e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 276-280.

Ministério da Justiça. *Recuperação Judicial de Empresas: Guia prático*. Brasília, 2011. Disponível em: <www.cfa.org.br/servicos/publicacoes/cartilha>. Acesso em: 03 abr. 2014.

MOTA, Miriam. A administração e o ciclo de vida das empresas. Disponível em: <<http://www.guiadacarreira.com.br/artigos/gestao-e-administracao/administracao-ciclo-vida-empresas/>>. Acesso em: 04 abr. 2014.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Direito Falimentar Brasileiro. *Revista electrónica de Derecho Comercial*. Disponível em: < <http://www.derecho-comercial.com/doctrina.htm>>. Acesso em: 03 abr. 2014

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 185. vol. I.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 58, nº 410, dez. 1969.

REQUIÃO, Rubens. *Aspectos modernos de direito comercial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Curso de Direito Falimentar. São Paulo: Saraiva, 1998.

SEBRAE. Sobrevivência das Empresas no Brasil. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/customizado/estudos-e-pesquisas>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

SERASA EXPERIAN. Indicador Serasa Experian de falências e recuperações. 2014. Disponível em: <http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm>. Acesso em: 22 mar. 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ e a Lei de Falências: como o tribunal vem decidindo questões de empresas em estado de crise econômico-financeira. Disponível em: <<http://www.praticadapesquisa.com.br/2011/10/como-apresento-citacoes-de-conteudos.html>>. Acesso em: 22 mar. 2014

TOMAZETTE, Marlon. Efeitos da falência quanto à pessoa do falido. In: *Curso de Direito Empresarial: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2011. Volume 3. p. 350-375.

_____. *Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. Volume 1.