

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CAMPUS SOUSA-PARAÍBA

JONATHAN KÁRION DE SOUSA FIGUEIREDO

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA FALÊNCIA: análise
jurídica da sua aplicabilidade

SOUSA
2019

JONATHAN KÁRION DE SOUSA FIGUEIREDO

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA FALÊNCIA: análise jurídica da sua aplicabilidade

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso bacharelado em Direito pelo Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande.

Orientadora: Professora Mestra Monnizia Pereira Nóbrega.

SOUSA
2019

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA NA FONTE
Biblioteca Setorial de Sousa UFCG/CCJS
Bibliotecária – Documentalista: MARLY FELIX DA SILVA – CRB 15/855

F475d Figueiredo, Jonathan Kárion de Sousa.
Desconsideração da personalidade jurídica na falência:
análise jurídica da sua aplicabilidade / Jonathan Kárion de Sousa
Figueiredo. - Sousa: [s.n], 2019.

79 fl.

Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Centro de
Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS/UFCG, 2019.

Orientadora: Prof.^a Me. Monnizia Pereira Nóbrega.

1. Direito Empresarial. 2. Falência. 3. Personalidade Jurídica. I.
Título.

JONATHAN KÁRION DE SOUSA FIGUEIREDO

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA FALÊNCIA: análise jurídica da sua aplicabilidade

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso bacharelado em Direito pelo Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande.

Orientadora: Professora Mestra Monnizia Pereira Nóbrega.

Aprovado em: 12/06/2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Mestra Monnizia Pereira Nóbrega
Orientadora

Prof.^a Me. Petrócia Marques Sarmiento Moreira
Examinador (a)

Prof.^a Dra. Hérika Juliana Linhares Maia
Examinador (a)

Dedico o presente trabalho a minha princesinha Ana Sofhia, o grande e verdadeiro amor da minha vida, que todos os dias me recebe em casa com um lindo e sincero sorriso, tornando minha vida muito mais alegre, sendo ela o motivo de sempre seguir em frente.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente sou grato a Deus, por sempre me proteger e guiar em todos os momentos da minha vida.

Aos meus pais, por serem meu exemplo de honestidade e trabalho, por sempre acreditarem em mim, estando sempre ao meu lado, apoiando e me fazendo acreditar que nada é impossível e por serem os melhores pais que alguém poderia ter.

Em especial a minha esposa, Valkiria e a minha princesinha Ana Sofhia, por abrilhantarem todos os dias da minha vida, com amor, carinho e alegria, por tornar a nossa casa um verdadeiro lar de paz e felicidade e por serem o meu orgulho e minha razão de viver.

Grato a todos os professores e colegas que colaboraram para a minha trajetória acadêmica, especialmente a minha orientadora, Prof. Dr. Monnizia Pereira, pela confiança depositada em mim, bem como, pela atenção, incentivo e orientação.

Meus sinceros agradecimentos a todos que acreditaram no meu sonho, e que contribuíram para que se concretizasse.

RESUMO

O Direito Empresarial possui um papel de fundamental importância social e econômica, fornecendo instrumentos jurídicos para o desenvolvimento e proteção das atividades empresariais. Entre esses instrumentos, tem-se o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, o qual é aplicado quando da constatação do uso indevido da pessoa jurídica por sócios e/ou administradores. A pesquisa é direcionada à realização de um levantamento bibliográfico e de uma pesquisa documental, voltados a abordagem acerca da temática. Tendo como objetivo geral, analisar a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica em sede de processo falimentar face a ausência de uma normatização específica. Partindo-se da seguinte problemática: diante da falta de normatização específica, pode - se afirmar que ocorre o uso abusivo do instituto da desconsideração da personalidade jurídica em face de processo falimentar? Tendo como hipótese constatada, sim, pois a falta de regulamentação específica e de uniformidade jurisprudencial para a aplicação do referido instituto em sede de processo falimentar, conduz a sua aplicação de forma casuística. O que faz decorrer inúmeras controvérsias sobre a sua aplicação, que conseqüentemente acaba gerando muitas incertezas sobre o tema e uma insegurança jurídica indesejável. Insta destacar, que o uso inadequado, incorreto e exorbitante de tal instituto pode ocasionar uma crise de insegurança jurídica, provocando um provável encolhimento dos investimentos em vários âmbitos da economia. Além disso, ainda que tenha sido reconhecida a sua relevância no ordenamento jurídico brasileiro, inquestionável é que a desconsideração tem ocasionado inúmeros debates no que se refere aos requisitos, cabimento, e coerência de sua aplicação. Por esta razão, importa a necessidade de solucionar ou, no mínimo, minimizar as dificuldades enfrentadas devido a sua própria importância, visto que, mesmo sendo objeto de constantes debates pelo Poder Judiciário, não há entendimentos uniformes. Portanto, é de suma importância a constante adaptação e modificação legislativa, com objetivo de tornar clara e correta a aplicação da Teoria da Desconsideração, principalmente no que se refere ao Direito Falimentar e aos efeitos de sua aplicação aos sócios e administradores. Logo, torna-se primordial a criação de norma específica para aplicação do instituto em sede de processo falimentar, resultando em uma unificação de tratamento de forma que se garanta a segurança jurídica no tocante a matéria.

Palavras-chave: Desconsideração. Personalidade jurídica. Falência.

ABSTRACT

The Business Law has a role of fundamental social and economic importance, providing legal instruments for the development and protection of the empresary activities. Among these instruments, there is the institute of disregard of legal personality, which is applied when the misuse of the legal entity by members and / or administrators is verified. The research is directed to the accomplishment of a bibliographical survey and a documentary research, focused on the thematic approach. With the general objective of analyzing the application of the institute of disregard of legal personality in the bankruptcy process in the absence of a specific standardization. Considering the following problematic: in the face of the lack of specific normatization, can it be affirmed that the abusive use of the institute of the disregard of the legal personality in the face of bankruptcy proceedings takes place? On the assumption that the absence of specific rules and uniformity of case-law for the application of that institute in a bankruptcy procedure leads to its application on a case-by-case basis. This leads to many controversies about its application, which in turn leads to many uncertainties on the subject and undesirable legal uncertainty. It urges that inappropriate, incorrect and exorbitant use of such an institute may lead to a crisis of legal uncertainty, leading to a probable shrinkage of investments in various areas of the economy. Moreover, although its relevance in the Brazilian legal system has been recognized, it is unquestionable that the lack of consideration has given rise to numerous debates regarding the requirements, appropriateness and consistency of its application. For this reason, it is necessary to solve or, at least, to minimize the difficulties faced due to their own importance, since, even though they are subject to constant debates by the Judiciary, there are no uniform understandings. Therefore, constant adaptation and modification of legislation is essential, in order to make clear and correct the application of the Theory of Disregard, especially in what refers to Bankruptcy Law and the effects of its application to shareholders and administrators. Therefore, it is essential to create a specific standard for the application of the institute in the bankruptcy process, resulting in a unification of treatment in order to guarantee legal certainty regarding the matter.

Keywords: Disregard. Legal personality. Bankruptcy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	12
2.1 A Base Histórica da Desconsideração da Personalidade Jurídica.....	12
2.2 Aplicabilidade da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Ordenamento Pátrio.....	14
2.3 Análise Jurídica da Teoria Maior e da Teoria Menor.....	23
2.4 Aspectos Processuais da Aplicação da Teoria da Desconsideração conforme o Novo Código de Processo Civil	26
2.5 Efeitos da Desconsideração da Personalidade Jurídica	29
3 DIREITO FALIMENTAR.....	32
3.1 Breve Análise Histórica.....	32
3.2 Direito Falimentar no Brasil.....	35
3.3 Dos Princípios Informadores do Direito Falimentar	38
3.4 Principais Alterações no Direito Falimentar Brasileiro Pós-lei 11.101/2005.....	40
4 CABIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA FALÊNCIA	47
4.1 A Desconsideração da Personalidade Jurídica à luz do Código Civil.....	47
4.2 A Medida Provisória 881/2019 e as alterações no Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica.....	50
4.3 Fundamentos da Desconsideração no Processo Falimentar	55
4.4 Desconsideração e Responsabilidade Pessoal dos Sócios na Falência.....	61
4.5 O uso abusivo do Instituto da Desconsideração.....	65
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	71
REFERÊNCIAS	74

1 INTRODUÇÃO

A pessoa jurídica exerce uma função social muito importante para toda e qualquer sociedade, promovendo, por exemplo, a geração de empregos, o fornecimento de produtos e serviços, a circulação de riquezas e conseqüentemente contribuindo para o crescimento da economia. Sendo de fundamental importância entender inicialmente o seu conceito na esfera legal, para poder compreender como se dá as relações de personalidade entre os sujeitos. Entendendo-se por pessoa jurídica como um conjunto de pessoas naturais ou de patrimônio, reconhecida pelo ordenamento jurídico como sujeito de direitos e deveres, com autonomia patrimonial e limitação de responsabilidade, dotado de personalidade jurídica própria. Possuindo com isto a sua existência distinta de seus representantes.

No entanto existem sócios que agem de má-fé, utilizando-se desta autonomia patrimonial, para cometer atos ilícitos, fugindo da finalidade principal da empresa, beneficiando-se da separação patrimonial, como uma proteção contra os ataques ao seu patrimônio pessoal, prejudicando terceiros de boa-fé.

E para resguardar o princípio da autonomia patrimonial, impedindo o seu uso abusivo, foi desenvolvida uma hipótese excepcional: a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, funcionando como uma penalidade, atingindo o patrimônio dos sócios que atuaram de forma ilícita. Tornando-se um instituto imprescindível para se evitar o desvio de finalidade, colaborando para o que é primordial para a sociedade, o desenvolvimento da atividade empresarial.

Entretanto, há sócios que agem de boa-fé, mas que passando por dificuldades financeiras, ou uma crise econômica, vêm por consequência declarar falência, isso se agrava quando, os sócios são “penalizados” com a desconsideração. Portanto, diante do exposto, verifica-se que é necessária uma atenção especial na aplicação do instituto em tela, não podendo ser utilizada de qualquer forma, pois trata-se de uma medida de caráter excepcional, que requer a observação de pressupostos específicos.

Acerca da temática posta, a maior problemática encontrada atualmente é a falta de regulamentação específica e de uniformidade jurisprudencial para a aplicação do referido instituto em sede de processo falimentar, muitas vezes sendo aplicado de forma casuisticamente. Este é o ponto de maior fragilidade, o que faz surgir, inúmeras controvérsias sobre a sua aplicação, que conseqüentemente acaba gerando muitas incertezas sobre o tema e uma insegurança jurídica indesejável. Portanto questiona-se, diante da falta de normatização

específica, pode-se afirmar que ocorre o uso abusivo do instituto da desconsideração da personalidade jurídica em face de processo falimentar?

O uso inapropriado, incorreto de tal instituto pode provocar uma crise de insegurança jurídica, ocasionando um provável encolhimento dos investimentos em vários âmbitos da economia. Além do mais, é indiscutível que o instituto da desconsideração tenha motivado inúmeras discussões no que concerne aos requisitos, cabimento, e coerência de sua aplicação. Por este motivo, é fundamental solucionar ou minimizar as dificuldades enfrentadas devido a sua própria importância, uma vez que, mesmo sendo objeto de constantes debates pelo Poder Judiciário, ainda não há um entendimento uniforme.

Sendo assim, a presente pesquisa analisará a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica em sede de processo falimentar face a ausência de uma normatização específica. Bem como, se voltará a: identificar a função social da empresa, como um dos princípios basilares da ordem econômica brasileira; examinar a desconsideração da personalidade jurídica em sede de processo falimentar; e constatar a ausência de regulamentação específica, bem como, a de uniformização jurisprudencial acerca da temática posta.

Para tanto, a presente pesquisa, enquanto técnicas de pesquisa fará uso do levantamento bibliográfico consistente no estudo de doutrinas, leis, artigos científicos, trabalhos monográficos e dissertativos básicos e especializados e de áreas afins, e da pesquisa documental destinada à abordagem de decisões judiciais relativas a desconsideração da personalidade jurídica.

Enquanto método de abordagem se utilizará do método dedutivo, pois partindo-se de uma constatação geral, qual seja, a preservação da empresa com vistas a sua função social, para se chegar a premissa menor, a análise jurídica da aplicabilidade abusiva da desconsideração da personalidade jurídica em sede de processo falimentar.

E como métodos de procedimento, se fará uso do histórico-evolutivo, voltado a destacar os seus aspectos históricos, abordando de forma precisa a sua origem, evidenciando os motivos que ensejaram a sua elaboração e composição; e do estudo comparado, no qual se analisará a incidência do tema em estudo em sede de Código Civil e da Lei Falimentar.

Com vistas aos objetivos propostos, o primeiro capítulo deste estudo, apresentará a base histórica da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica e sua aplicabilidade no ordenamento pátrio, com vistas a Teoria Maior e a Teoria Menor, complementando com seus aspectos processuais à luz do atual Código de Processo Civil e concluindo com o estudo dos seus efeitos jurídicos.

No segundo capítulo, se fará uma breve análise histórica do Direito Falimentar, apresentando seu desenvolvimento no ordenamento brasileiro, evidenciando seus princípios informadores e suas principais alterações pós Lei 11.101/2005.

Por sua vez, no terceiro capítulo, se voltará ao estudo do cabimento da desconsideração da personalidade jurídica na falência à luz do Código Civil, identificando as principais alterações trazidas pela Medida Provisória 881/2019, desenvolvendo os fundamentos para a aplicação do referido instituto no processo falimentar, dissertando sobre a diferenciação do instituto da desconsideração e da responsabilidade pessoal dos sócios na falência, bem como, examinando o uso abusivo do instituto da desconsideração.

Ressalta-se que, a decretação de falência já é uma medida drástica que acontece à empresa. Isso se agrava quando, a uma sociedade empresária é aplicada o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Sendo necessária uma análise cuidadosa, observando o que a lei dispõe, de modo que o patrimônio dos que agiram de boa-fé, não seja atingido, sobretudo, considerando os efeitos jurídicos decorrentes da decretação da falência.

2 TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O instituto da pessoa jurídica desenvolveu-se com o propósito primordial de estimular a atividade econômica, por meio de um método prático que, além de oferecer maior segurança àqueles que desejam exercer alguma atividade econômica, conduziu ao Estado um meio eficiente de produção de empregos e aumento da arrecadação tributária. A diferenciação explícita entre a pessoa física e a jurídica ofereceu aos sócios a segurança da limitação dos dispêndios ao desempenhar de maneira profissional uma atividade econômica para a criação ou a circulação de bens ou de serviços.

Entretanto, em razão das transformações no Direito, com o desenvolver do instituto da pessoa jurídica e a personalização da sociedade, apesar de produzir resultados satisfatórios, a institucionalização da personalidade jurídica trouxe ao seu lado consideráveis problemas, quando constatou que muitos sócios utilizavam-se do princípio da autonomia patrimonial para fraudar ou praticar abusos através de suas empresas. A doutrina e a jurisprudência, com o intuito de impedir tais atos, e estancar sua utilização equivocada, desenvolveram ao longo da história, a *Disregard Doctrine*¹.

2.1 A Base Histórica da Desconsideração da Personalidade Jurídica

Para um estudo geral desse instituto, é de suma importância destacar os seus aspectos históricos, abordando de forma precisa a sua origem, evidenciando os motivos que ensejaram a sua elaboração e composição. A doutrina da desconsideração (*disregard doctrine*) é produto de construção jurisprudencial, especialmente a jurisprudência inglesa e norte-americana. Com efeito, a doutrina comercialista aponta o caso *Salomon versus Salomon & Co. Ltd*, que ocorreu na Inglaterra, em 1897, como pioneiro acerca da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. (RAMOS, 2016).

O Mr. Salomon instituiu uma empresa com seis componentes de sua família, transferindo seu fundo de comércio à sociedade, tornando-se o principal detentor do controle acionário, ao mesmo tempo que, os demais sócios possuíam uma única ação. Passando a utilizar a sociedade como fachada para a sua proteção patrimonial. A empresa logo se mostrou insolvente, sendo seu ativo insuficiente para cumprir com as obrigações garantidas. (CLÁPIS, 2006).

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

No caso em comento, após identificar que o Mr. Salomon tinha, de fato, o total controle societário sobre a sociedade, não se justificando a separação patrimonial entre ele e a pessoa jurídica, a sentença de 1.º grau entendeu pela possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da Salomon & Co. Ltd. (RAMOS, 2016).

Fundamentando sua decisão no fato de que o Mr. Salomon, utilizou-se de sua empresa com desígnio de confundir sua personalidade com a da pessoa jurídica, para que pudesse executar seu crédito, que dispunha de garantia real, preferencialmente em detrimentos dos demais credores, possuidores de créditos quirografários.

Não obstante tenha sido posteriormente reformada pela Casa dos Lords, a qual conheceu pela impossibilidade de desconsideração, fazendo prevalecer a separação entre os patrimônios de Mr. Salomon e de sua sociedade e, por conseguinte, a sua irresponsabilidade pessoal pelas dívidas sociais. Essa decisão é considerada, pois, a grande precursora da Teoria da Desconsideração. (RAMOS, 2016).

Todavia como consequência, a partir de então, na Inglaterra tem aplicado à desconsideração apenas em casos extremos, acarretando uma supervalorização do princípio da autonomia patrimonial. O que ocorre de forma totalmente diferente no Direito norte-americano, que, com a devida cautela, aplica a Teoria sem o rigor desproporcional do Direito inglês. (CLÁPIS, 2006).

No âmbito doutrinário, o principal pioneiro da *disregard doctrine* foi Rolf Serick, em tese de doutorado defendida em 1953 na Universidade de Tubigen. Nesse estudo, Serick construiu as bases da Teoria da Desconsideração com base na jurisprudência americana, estabelecendo para tanto seus princípios fundamentais. (RAMOS, 2016).

No entanto, a sistematização do estudo da Teoria da Desconsideração, não foi desenvolvida nem na Inglaterra nem Estados Unidos. Tal contribuição originou-se na Europa Continental, especificamente na Alemanha, cujo problema surgiu da atividade dos Tribunais. Até 1920 admitia-se unicamente a separação entre a pessoa jurídica e seus membros. Foi a partir do Acórdão de 22/06/1920 que o Terceiro Senado do Reichsgericht relativizou o princípio da separação da pessoa jurídica, tão arraigado neste país. No aludido Acórdão, o sócio da sociedade unipessoal declarava ser “incapaz” de apresentar o balanço da empresa, achando-se possível apenas apresentação à pessoa jurídica. Desse modo, o Terceiro Senado do Reichsgericht firmou sua decisão apresentando a fórmula de que o juiz deveria, antes da construção jurídica, ter atenção à realidade da vida e à força das coisas. (CORDEIRO, 2005).

A partir dos precedentes mencionados, firmou-se por consequência, a possibilidade de afastamento dos efeitos da personalidade jurídica (autonomia e separação patrimonial), nas

situações em que a personalidade jurídica fosse utilizada de forma abusiva, em prejuízo aos interesses dos credores. Nessas situações, poderia o juiz ou o Tribunal desconsiderar os efeitos da personalidade jurídica, autorizando, assim, a execução do patrimônio pessoal dos sócios por dívidas da sociedade. (RAMOS, 2016).

Essa concepção de que a *disregard doctrine* só deve ser aplicada quando houver a caracterização do abuso de personalidade jurídica é, pois, a ideia que representa sua origem. No entanto, tradicionalmente adotava-se, uma concepção subjetiva da citada Teoria, só se caracterizando quando houvesse a prova efetiva de fraude, a qual exigia como elemento imprescindível à sua aplicação, isto é, era essencial a demonstração inequívoca de uma intenção (elemento subjetivo) de prejudicar credores.

Contudo, tem-se buscado adotar, uma concepção objetiva do instituto da desconsideração, utilizando-se de critérios mais seguros para a bom emprego da Teoria da Desconsideração, para que se possa verificar por meio de uma análise de elementos mais objetivos o uso abusivo da pessoa jurídica, como por exemplo, o desvio de finalidade e confusão patrimonial, sem que seja imperativo a prova da fraude, ou seja, sem que seja preciso comprovar a desígnio de usar a pessoa jurídica de forma fraudulenta.

2.2 Aplicabilidade da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Ordenamento Pátrio

É inquestionável que a pessoa jurídica exerce uma função social de grande relevância para toda e qualquer sociedade. Servindo-se de impulso ao desenvolvimento da nação e do povo, possuidora portanto, de função e responsabilidade social.

De acordo com Tomasevicius Filho (2003, p. 40), “a função social da empresa constitui o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres, positivos e negativos”.

Convém destacar que a função social da empresa deve compreender a criação de riquezas a geração de emprego, qualificação e diversidade de força de trabalho, melhoria da qualidade de vida por meio de ações educativas, culturais, assistenciais e fomento ao desenvolvimento científico por intermédio de tecnologia. (CONSULEX, 2006).

A criação da personalidade jurídica para as sociedades empresárias foi um marco para o ramo empresarial. Tendo como princípio basilar e incentivador de seu desenvolvimento, a autonomia patrimonial. Como bem afirma Ramos (2016, p.472):

O princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, consagrado no art. 1024 do Código Civil, constitui uma importantíssima ferramenta jurídica de incentivo ao empreendedorismo, na medida em que consagra a limitação de responsabilidade – a depender do tipo societário adotado – e, conseqüentemente, atua como importante redutor do risco empresarial.

Como característica, as pessoas jurídicas são criadas com finalidades específicas, e devem atuar em conformidade com as normas e com os preceitos legais. Entretanto, o que observa-se é que nem sempre isso ocorre, há sócios que utilizam-se desta autonomia patrimonial para prática de atos ilícitos e fraudar credores. Como bem assevera Coelho (2011), a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, princípio que a distingue de seus integrantes como sujeito autônomo de direito e obrigações, pode dar ensejo à realização de fraudes.

Sendo necessária a desconsideração da personalidade jurídica para que se sanasse esse 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.

Ademais, o objetivo da *'disregard doctrine'* é de desconsiderar com certos limites a pessoa jurídica frente aos bens e às pessoas a ela ligadas, e não o de anular a personalidade jurídica (isso seria despersonalizar). Portanto, tão somente, declara a existência de ineficácia especial da personalidade jurídica para certos efeitos. Contudo, para seus outros fins, ela continua intacta. (ALMEIDA, 2003).

No ordenamento pátrio, pode-se considerar que a origem da Teoria da Desconsideração está vinculada a uma sociedade marcada por uma substancial atividade econômica, notadamente após o desaparecimento da guerra fria, um grande desenvolvimento dos meios de comunicação, e, ainda, o mais relevante, marcada por forte desequilíbrio de renda e de acesso aos bens da vida, o que requer do Poder Judiciário respostas rápidas para a realização da justiça, ao invés da demora para obtenção jurisdicional atrelada à ausência de elementos processuais ágeis para que se determine a decisão dos conflitos. (MENEZES, 2003).

Destacando aqui que o instituto em tela foi introduzido no Brasil através do jurista Rubens Requião, na década de 1960, quando já defendia a sua aplicação no país. Para o citado autor (1988) a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas físicas que as compõe, pois são personalidades radicalmente distintas; se o patrimônio da sociedade personalizada é autônomo, não se identificando com os dos sócios, tanto que a cota social de cada um deles não pode ser penhorada em execução por dívidas pessoais, seria então fácil burlar o direito

dos credores, transferindo previamente para a sociedade comercial todos os bens. Desde que a sociedade permanecesse sob o controle do sócio, não haveria inconveniente ou prejuízo para ele que seu patrimônio fosse administrado pela sociedade, que assim estaria imune às investidas judiciais de seus credores.

Diante da ausência de textos legais que tratavam sobre o tema, os doutrinadores à época entendiam que, embora o sistema jurídico brasileiro fosse compatível com a aplicação do aludido instituto, não seria possível seu emprego aos casos concretos enquanto o legislador não a positivasse.

Discordava Requião (1988), pois para a omissão sobre a aplicação do instituto em estudo era somente doutrinária, visto que as decisões jurisprudenciais brasileiras já se posicionavam sobre o relativização da personalidade jurídica, utilizando-se os magistrados de um eticismo próprio das soluções casuísticas, influenciadas pela preocupação da justiça em solucionar de forma equânime o caso concreto.

Porém, somente a partir da edição da Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, houve a regulamentação legal no Direito Brasileiro, em seu art. 28, dispondo que:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

[...]

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

Como observa-se, o *caput*, do art. 28 traz as conjecturas de desconsideração de, porém de forma genérica, o que, seguramente, foge dos pressupostos da desconsideração, responsabilizando de forma direta os sócios e administradores. As precariedades de texto legislativo originaram várias críticas por parte dos juristas brasileiros.

Coelho (2002) critica o citado dispositivo legal ao afirmar ser o mesmo uma fonte de incertezas e equívocos. Afirma, ainda, que a má administração mencionada no seu *caput* também não é o caso de desconsideração, mas sim de responsabilidade direta aquele que cometeu erros na condução dos negócios sociais.

E complementa Ramos (2016) ao afirmar que, assim como o art. 28, *caput*, do CDC, os demais dispositivos que o sucederam, a grande controvérsia retratada foi o fato de não

terem feito a adequada distinção entre as hipóteses de imputação direta de responsabilidade decorrente da prática de atos ilícitos e as de desconsideração da personalidade jurídica.

Com efeito, nos casos em que aplicação da Teoria da Desconsideração não estiver diante, em princípio, de nenhuma ilicitude típica, sua aplicação, é completamente desnecessária. Assim sendo, em casos de prática de atos ilícitos ou com infração dos estatutos ou contrato social, por exemplo, não é necessária a desconsideração da personalidade jurídica para a responsabilização dos sócios ou administradores que praticaram tais atos, uma vez que, nessas hipóteses, o próprio ordenamento jurídico já estabelece a sua responsabilização pessoal e direta pelas obrigações decorrentes desses atos. (RAMOS, 2016).

Portanto se faz necessário distinguir o que seria desconsideração da personalidade jurídica e imputação de responsabilidade direta dos sócios por ato ilícito. Neste sentido, tem-se o posicionamento do STJ (2009) em sede do REsp 1036398/ RS, segundo o qual:

Direito Processual Civil e Comercial. Desconsideração da personalidade jurídica de instituição financeira sujeita à liquidação extrajudicial nos autos de sua falência. Possibilidade. A constrição dos bens do administrador é possível quando este se beneficia do abuso da personalidade jurídica. – A desconsideração não é regra de responsabilidade civil, não depende de prova da culpa, deve ser reconhecida nos autos da execução, individual ou coletiva, e, por fim, atinge aqueles indivíduos que foram efetivamente beneficiados com o abuso da personalidade jurídica, sejam eles sócios ou meramente administradores – o administrador, mesmo não sendo sócio da instituição financeira liquidada e falida, responde pelos eventos que tiver praticado ou omissões em que houver incorrido, nos termos do art. 39, Lei 6.024/74. A responsabilidade dos administradores, nesta hipótese, é subjetiva, com base em culpa ou culpa presumida, conforme os precedentes desta Corte, dependendo de ação própria para ser apurada. – A responsabilidade do administrador sob a Lei 6.024/74 não se confunde a desconsideração da personalidade jurídica. A responsabilidade, ao contrário, não exige estes benefícios, mas culpa. Desta forma, o administrador que tenha contribuído culposamente, de forma ilícita, para lesar a coletividade de credores de uma instituição financeira, sem auferir benefício pessoal, sujeita – se à ação do art. 46, Lei 6.024/74, mas não pode ser atingido propriamente pela desconsideração da personalidade jurídica. Recurso especial provido. (REsp 1.036.398/RS, Rel Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 16.12.2008, DJe 03.02.2009).

A introdução do § 5º, do art. 28, do CDC, tem igualmente recebido duras críticas por parte da doutrina comercialista, por não prevê as hipóteses limitadoras da aplicação da desconsideração, permitindo a mesma a qualquer causa, sempre que o consumidor for prejudicado, o que torna sem significado os pressupostos instituídos para a desconsideração da personalidade jurídica.

Coelho (2002) adota esse entendimento restritivo e afirma que essa interpretação não pode prevalecer por três motivos: primeiro, porque a pessoa jurídica só terá sua autonomia patrimonial desconsiderada quando ocorrer fraude ou abuso de direito, uma vez que a simples insatisfação do credor não dá pretexto à aplicação da teoria da desconsideração; segundo,

porque concordar com o § 5º seria negar a existência do *caput* do art. 28, que estabelece as hipóteses autorizadas da desconsideração; e, em terceiro, porque a interpretação dada ao parágrafo em discussão equivaleria à eliminação do instituto da pessoa jurídica no direito consumidor.

Entretanto, existem alguns doutrinadores que defendem a utilização do referido dispositivo legal, os quais, segundo Ramos (2016, p. 478):

Os defensores da regra em comento alegam que sua aplicação se justifica, nesses casos, porque para eles o risco empresarial normal decorrente do exercício da atividade econômica não deveria ser suportado indistintamente, por todos os credores da pessoa jurídica, mas apenas pelos chamados credores negociais.

É com fundamento nesse juízo que a jurisprudência trabalhista aplica a Teoria em estudo, mesmo sem previsão legal expressa nesse sentido. Faz-se tabula rasa do princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas e das regras de limitação de responsabilidade dos sócios. (RAMOS, 2016).

Alguns doutrinadores, a citar Guimarães (1998), sustentam a ideia de que o instituto em tela teve sua introdução na legislação brasileira a partir do § 2º, do art. 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que determina a responsabilidade solidária entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico. Ressalta ainda que o § 2º, da CLT, não exige a prova de fraude pelos débitos trabalhistas, bastando que todas façam parte do mesmo conglomerado para serem solidariamente responsáveis. Conforme o referido artigo:

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, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.

Ademais, estes doutrinadores defendem que em detrimento da relação de trabalho com o empregado não poderia ser prestigiado a individualidade jurídica das empresas de um grupo econômico, sendo inadmissível qualquer obstáculo para proteger os veemências do empregado. A desconsideração é aplicada de forma mais flexível no Direito do Trabalho, como sabe-se, a Teoria da Desconsideração é a possibilidade de declarar ineficácia da distinção patrimonial entre a pessoa jurídica e seus sócios em determinados casos específicos, o que não verifica-se no artigo supracitado, já que a distinção patrimonial, neste caso, resta intacta.

Advém entretanto, que os requisitos da desconsideração não compatibilizam-se com as hipóteses do § 2º, do art. 2º da CLT. O que verdadeiramente ocorre é a obrigação legal de responsabilidade solidária entre as empresas de um mesmo grupo econômico que, em benefício de um bem maior que orienta o direito do trabalho, que é a proteção do hipossuficiente econômico. E, neste sentido, há evidente diferença entre desconsideração e a imputação de responsabilidade solidária entre empresas do mesmo grupo.

Como dispõe Amaro (1993), um dos que concordam que o referido artigo não se enquadra nas hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, mas sim de responsabilidade solidária das empresas que integram o grupo econômico, a CLT não exige a presença de comprovação de fraude e do abuso de direito para as empresas que não sejam empregadoras, mas que elas façam parte do mesmo grupo econômico, possam ser responsabilizados pelos débitos trabalhistas da empregadora direta. O que importa para CLT é que simplesmente exista o grupo para que todas tornem - se solidariamente responsáveis.

Divergentes tem sido os julgados sobre o tema nos casos práticos. Alguns proferem que, a correta aplicação do instituto em tela deve ser de forma excepcional. Enquanto outros, defendem a aplicação da desconsideração sempre que frustrado o crédito trabalhista. Assim, de acordo com o AC. n. 8.082/01, decidiu o TRT da 5º Região (2001) que:

A possibilidade jurídica do emprego do instituto jurídico relativo à Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica deve ficar adstrita à observância de alguns pressupostos indispensáveis à sua salutar função, sob pena de, ainda que imbuído de um espírito benéfico, o magistrado desviar-se de princípios constitucionais caros ao processo de democratização do direito, pondo em risco cânones fundamentais, quais sejam a existência da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, fazendo, inclusive, cair por terra, a própria vida e disseminação dos entes abstratos, cuja existência é indispensável no atual estágio das relações sociais. (TRT, 5ª Região, 1ª Turma, Rel. Juiz Roberto Pessoa, Ac. nº. 8.082/01, DOJ de 09.05.2001).

Em sentido adverso, tem-se a AC. n. 1.111/01, onde o TRT da 20º Região (2001), assim decidiu:

Execução trabalhista – sociedade por quotas de responsabilidade limitada – Responsabilização dos sócios – Teoria da desconsideração da personalidade jurídica – Necessidade de se fazer, quanto à análise desta teoria, uma mitigação da justiça do trabalho. Tendo em vista o princípio de proteção hipossuficiente nesta especializada e o fato de não poder o empregado ser responsabilizado pelos risco do empreendimento, deve – se, abrandando a análise da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, responsabilizar os sócios da mesma pelos débitos trabalhistas, ademais, quando o executado não indica bens livres e desembaraçados da sociedade (art. 596, § 1º, do CPC) e nem faz prova da inexistência dos pressupostos apontados nos arts. 10 do Dec. nº. 3.708/19 e 28 do CDC – Lei nº. 8.087/90) (TRT 20ª Região, Tribunal Pleno, Rel. Juiz Carlos Alberto Pereira Cardoso, Ac. nº. 1.111/01, DOJ de Sergipe – 16.06.2001).

Fragale Filho (2003), ao analisar decisões do TST, observou alguns pontos na conduta do Tribunal. O primeiro deles diz respeito ao conflito existente nas decisões entre o princípio de proteção ao trabalhador e o princípio de distinção entre pessoa físicas e jurídicas. O segundo ponto é a hesitação do Tribunal Superior do Trabalho em aplicar a desconsideração somente para os casos de coibição de fraude e abuso de direito. Em outras palavras, o TST protege os direitos do Trabalhador, ainda que isso importe em violar o princípio da autonomia da pessoa jurídica e em não aplicar a desconsideração nos casos realmente previstos no ordenamento jurídico (fraude e abuso).

Evidencia-se que o princípio basilar do Direito do Trabalho, que é a proteção ao hipossuficiente econômico, deve ser medido, ponderado, com os demais princípios do ordenamento jurídico brasileiro, na interpretação de dispositivos legais. No caso da desconsideração, o princípio protetor deve estar atrelado há uma análise pormenorizada, devendo ser investigado, no caso concreto, a má utilização da pessoa jurídica.

Por sua vez, a Lei 9.605/1998, que rege os crimes ambientais, neste ensejo mais uma vez o legislador regulamentou o tema da desconsideração, no seu art. 4º, dispondo que: “poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

A despeito de terem sido inovadoras assevera Ramos (2016) que os dispositivos legais reportados, além de não valerem como regra geral de aplicação da Teoria, por possuírem sua incidência limitada às matérias específicas que regulamentam, sofreram duras e justas críticas da doutrina, principalmente comercialistas, com já mencionado, uma vez que, não correspondem com as formulações doutrinárias que deram origem à *disregard doctrine*, considerando a sua aplicação em casos para os quais o ordenamento jurídico já contém remédios eficientes, como verifica-se nas hipóteses de excesso de poder ou de práticas de ato ilícito, com infração da lei, dos estatutos ou do contrato social.

A Teoria da Desconsideração só passa a receber um novo tratamento legislativo em 2002, com a edição do Código Civil, oportunidade em que o legislador editou dispositivo que reflete as ideias originais da Teoria em estudo, estabelecendo em seu art. 50:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º Para fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização dolosa da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I – cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II – transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto o de valor proporcionalmente insignificante; e

III – outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

§ 3º O disposto no *caput* e nos § 1º e § 2º também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o *caput* não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.

O Diploma Civilista manteve-se fiel aos postulados fundamentais da Teoria da Desconsideração, prevendo assim a aplicação da mesma somente nos casos em que for demonstrado abuso de personalidade jurídica, evidenciado pela ocorrência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Sendo que, infelizmente, não houve a revogação das equivocadas regras especiais quanto ao tema no ordenamento jurídico pátrio, as quais continuam em vigor. Neste sentido, é o Enunciado 51, do CJF, “a teoria da desconsideração da personalidade jurídica - disregard doctrine - fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”.

Fato é que quando a personalidade jurídica for utilizada para fugir de suas finalidades, com o propósito de prejudicar terceiros, deve-se desconsiderar a personalidade jurídica. Isso não significa dizer que a pessoa jurídica deve ser considerada nula, mas sim, em determinados casos específicos, não leva-lá em consideração, o que, em hipótese alguma, implica negar validade à existência da pessoa jurídica. (VENOSA, 2003).

Ademais, a característica do princípio da autonomia patrimonial está justamente na separação entre os patrimônios dos sócios e da sociedade. Onde consiste a sociedade em uma pessoa jurídica, a quem o ordenamento jurídico confere existência e patrimônio próprios, é uma consequência lógica a sua responsabilidade patrimonial autônoma. No entanto, a partir do instante em que se demonstrar não existir, de forma clara, uma separação patrimonial entre a pessoa jurídica e os sócios que a integram, gerando uma confusão patrimonial, sai de cena o fundamento da responsabilidade patrimonial autônoma. Do mesmo modo, se for comprovado que a pessoa jurídica se desviou do seu objeto social, também não se justifica reconhecer os efeitos da personalização. (RAMOS, 2016).

Como afirma Coelho (2002, p. 44):

A formulação subjetiva da Teoria da Desconsideração deve ser adotada como critério para circunscrever a moldura de situações em que se cabe aplica-la. A formulação objetiva, por sua vez, deve auxiliar na facilitação da prova do demandante. Quer dizer, deve-se presumir a fraude na manipulação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica se demonstrada a confusão entre os patrimônios dela e de um ou mais de seus integrantes, mas não se deve deixar de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, somente porque o demandado demonstrou ser inexistente qualquer tipo de confusão patrimonial, se caracteriza por outro modo, a fraude.

Em outros termos, a norma requer a presença do pressuposto subjetivo do abuso da personalidade jurídica, determinado pela anormalidade dos parâmetros consagrados pelo Direito. É indispensável que no caso concreto esteja clara a conduta ilícita do sócio, vale destacar, transpareça a real intenção em utilizar-se da personalidade jurídica de uma sociedade para prejudicar terceiros ou enriquecer ilicitamente. (COELHO, 2002).

Oportunamente, dispõe o julgado do STJ (2009), em sede do REsp n. 693.235/MT, em que se torna perceptível que a desconsideração é regra excepcional, que não deve ser banalizada:

Falência. Arrecadação de bens particulares de sócios – diretores de empresa controlada pela falida. Desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine). Teoria maior. Necessidade de fundamentação ancorada em fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial. Recurso provido. 1. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica – disregard doctrine -, conquanto encontre amparo no direito positivo brasileiro (art. 2º. Da Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, art. 4º. Da Lei 9.605/98, art. 50 do CC/02, dentre outros), deve ser aplicada com cautela, diante da previsão de autonomia e existência de patrimônios distintos entre as pessoas físicas e jurídicas. 2. A jurisprudência da Corte, em regra, dispensa ação autônoma para se levantar o véu da pessoa jurídica, mas somente em casos de abuso de direito – cujo delineamento conceitual encontra-se no art. 187 do CC/02 -, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, é que se permite tal providencia. Adota-se, assim, a “teoria maior” acerca da desconsideração da personalidade jurídica, a qual exige a configuração objetiva de tais requisitos para a sua configuração. (REsp 693.235/MT. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, j. 17.11.2009, DJe 30.11.2009).

O imprescindível para a adequada aplicação do instituto, reitere-se, é a constatação do abuso da pessoa jurídica que será capaz de consubstanciar mediante a confusão patrimonial ou pelo desvio de finalidade.

2.3 Análise Jurídica da Teoria Maior e da Teoria Menor

A desconsideração da personalidade jurídica divide-se em duas Teorias, a Teoria Maior e a Teoria Menor. Torna-se importante ressaltar que em ambas teorias é cabível não somente a responsabilização do sócio, mas também do administrador, mesmo que não sócio, tendo em vista que seu objetivo é de responsabilizar o autor do ato danoso. (LOVATO, 2008).

Como afirma Silva (2015), na Teoria Maior há a autorização da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas ser ignorada, como forma de coibir fraudes e abusos praticados através delas. Ocorre que nesta modalidade, deverão ser atendidos alguns requisitos estabelecidos legalmente, e por isso considera-se como uma teoria de maior consistência e que oferece maior segurança aos sócios.

A Teoria Maior propõe a desconsideração da personalidade jurídica unicamente em casos excepcionais, em que constata-se a fraude, o abuso de direito ou a confusão patrimonial, circunstâncias que, vale destacar, são indispensáveis para a sua efetivação. Como bem afirma Tomazette (2011), a aplicação da Teoria Maior não decorre unicamente do descumprimento de uma determinada obrigação, mas de um desvirtuamento da função da personalidade jurídica, de um afastamento dos fins para o qual foi criada.

No tocante a Teoria Menor, encontram-se legislações com situações específicas, nas quais não há o dever de obedecer nenhuma das condições apresentadas na Teoria Maior e, por essa razão, denomina - se de Teoria Menor da desconsideração. A inexistência de bens ou direitos na pessoa jurídica que sirvam aos credores é suficiente para imputar ao sócio a responsabilidade da sociedade. (SILVA, 2015).

É portanto a Teoria Menor menos elaborada que a Teoria Maior, sendo muito radical em face do seu enorme alcance patrimonial e, dessa forma, de menor aplicabilidade (LOVATO, 2008). Uma vez que a desconsideração processar-se-á em qualquer hipótese na qual vier a ser necessária a execução do patrimônio do sócio, no caso de a sociedade não havendo como suportar com o déficit executado. Como afirma Coelho (2004, p. 46):

A teoria menor da desconsideração é, por evidente, bem menos elaborada que a maior. Ela reflete, na verdade, a crise do princípio da autonomia patrimonial, quando referente a sociedade empresárias. O seu pressuposto é simplesmente o desatendimento de crédito titularizado perante a sociedade, em razão de insolvabilidade ou falência desta. De acordo com a teoria menor da desconsideração, se a sociedade não possui patrimônio, mas o sócio é solvente, isto basta para responsabilizá-lo por obrigações daquela. A formulação menor não se preocupa em distinguir a utilização fraudulenta da regular do instituto, nem indaga se houve ou não abuso.

Ainda acerca da Teoria Menor, Souza (2009) aponta que se trata de uma formulação afobada da *Disregard Doctrine*, não guardando relação com a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica desenvolvida por Rolf Serick, Pierro Verrucoli, Fábio Konder Comparato. Tendo aplicação em casos em que o credor não logre êxito em receber o que lhe é devido. Conclui assim que o adjetivo “menor” é certamente algo pejorativo, relacionado à ausência de fundamentos doutrinários elaborados para a sua aplicação.

Para Madaleno (2008), na Teoria Menor verifica-se que a desconsideração apresenta completo desprezo aos padrões jurídicos, afirmando que para os adeptos da formulação da referida Teoria, seria suficiente, tão-somente a demonstração da insolvência da empresa e a não satisfação do crédito.

Neste contexto, em virtude da inexistência de fundamentos para a aplicação da Teoria em comento, assim como da cautela necessária para que se necessita ao utilizava-lá, o que consequentemente culmina em possuir sua aplicabilidade restrita. Tanto é que no ordenamento jurídico pátrio, a sua utilização se promoverá unicamente no que refere aos artigos 4º, da Lei do Meio Ambiente, nº 9.605/98, nas relações trabalhistas (CLT) bem como no 28, §5º, do Código de Defesa do Consumidor.

O Superior Tribunal de Justiça (2000) em sede do REsp nº 279.273/SP, no julgamento do caso que envolvia um grave acidente ocorrido no Osasco Plaza Shopping, em 11.06.96, consistente em explosão por acúmulo de gás, acarretando a danificação de mais de 40 lojas e locais de circulação, resultando em 40 mortos e mais de 300 feridos, decidiu manter a decisão do juiz de primeiro grau, que entendeu pela desconsideração da personalidade jurídica, mas ratificou que a responsabilidade dos administradores não era solidária, mas subsidiária, com fulcro no art. 28, § 5º, do CDC.

RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. SHOPPING CENTER DE OSASCO-SP. EXPLOSÃO. CONSUMIDORES. DANOS MATERIAIS E MORAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PESSOA JURÍDICA. DESCONSIDERAÇÃO. TEORIA MAIOR E TEORIA MENOR. LIMITE DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REQUISITOS. OBSTÁCULO AO RESSARCIMENTO DE PREJUÍZOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES. Art. 28, § 5.º. – Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum. – A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). – A

teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. – Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. – A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5.º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. – Recursos especiais não conhecidos. (STJ - REsp: 279273 SP 2000/0097184-7, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 04/12/2003, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 29/03/2004 p. 230RDR vol. 29 p. 356).

Como expõe a Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi, STJ (2000) em sede de REsp 279273 SP 2000/0097184-7:

A tese, ora acolhida, de que a teoria menor da desconsideração aplica-se às relações de consumo, está calcada, como dito, na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, isto é, afasta-se, aqui, a exegese que subordina a incidência do § 5º à demonstração dos requisitos previstos no caput do art. 28 do CDC. E isto porque o caput do art. 28 do CDC acolhe a teoria maior subjetiva da desconsideração, enquanto que o § 5º do referido dispositivo acolhe a teoria menor da desconsideração, em especial se considerado for a expressão "Também poderá ser desconsiderada", o que representa, de forma inegável, a adoção de pressupostos autônomos à incidência da desconsideração. Ao acolher a teoria menor, dúvida não há em se considerar que o § 5º do art. 28 da Lei n. 8.078/90 ampara um novo capítulo no instituto do levantamento do véu da pessoa jurídica, o qual se coaduna com o princípio geral da Ordem Econômica, como positivado pela CF/88, que prevê a defesa do consumidor (CF, art. 170, inc. V). No processo em análise, o TJSP bem constatou o obstáculo ao ressarcimento dos danos causados aos consumidores: "São 40 mortos e mais de 300 feridos e o dano foi de natureza patrimonial e também de ordem moral". Verifica-se, de imediato 'ictu oculi', que a liquidação vai encontrar valor vultoso. O capital social da B-7 é de R\$ 3.100.000,00 (três milhões e cem mil reais), para outubro de 1995 (fl. 171 da pasta 1 do Inquérito Civil). O capital social da Administradora Osasco Plaza é de R\$ 10.000 (dez mil reais), como se lê à fl. 74 do mesmo volume do referido inquérito. E o valor real da empresa sempre estará na dependência de sua operação regular". Há de se considerar que, afora os interesses dos consumidores tutelados pela ação civil pública, ainda há os dos lojistas, o que importará, eventualmente, em maior incursão no patrimônio das sociedades rés. Verificado, portanto, o estado de insolvência e a incidência do CDC, deve ser acolhida a teoria menor da desconsideração, como prevista no § 5º do art. 28, independentemente de prova quanto à existência de conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e administradores indicados. (STJ - REsp: 279273 SP 2000/0097184-7, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 04/12/2003, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 29/03/2004 p. 230RDR vol. 29 p. 54-55).

Destaca - se que o Acórdão faz uso das expressões Teoria Maior e Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, que foram anunciadas por Coelho, mas que

atualmente não são empregadas nem mesmo por ele nas últimas edições de sua obra. Afirma Ramos (2016) que a expressão teoria maior é utilizada para indicar a regra legal geral que só admite a desconsideração quando há abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, como previsto no art. 50, do Código Civil. Em contrapartida, a expressão Teoria Menor é usada para identificar as regras legais específicas que permitem a desconsideração quando há o mero prejuízo do credor, ou seja, a simples insolvência da pessoa jurídica, como prescreve o art. 28, § 5.º, do CDC, e art. 4.º da Lei 9.605/1998.

2.4 Aspectos Processuais da Aplicação da Teoria da Desconsideração conforme o Novo Código de Processo Civil

Como observado anteriormente, no ordenamento jurídico pátrio, só existia como dispositivo normativo que tratava sobre as diretrizes do instituto da desconsideração, o art. 28, do Código de Defesa do Consumidor e o art. 50, do Código Civil. Nesses dispositivos, constitui, pormenorizadamente, os pressupostos que o juiz pode utilizar para determinar a desconsideração da personalidade jurídica, mas não regulamenta, em compensação, os métodos procedimentais para essa determinação.

Diante das reivindicações dos comercialistas e processualistas, o atual Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) determinou a expressa previsão de procedimento incidental designado à desconsideração da personalidade jurídica, constituindo-se em uma das principais inovações, produzindo um incidente processual próprio, conforme dispõe em seus artigos 133 a 137.

Como dispõe Neves (2015, p. 141):

O Novo Código de Processo Civil prevê um incidente processual para a desconsideração da personalidade jurídica, finalmente regulamentando seu procedimento. Tendo seus requisitos previstos no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor e no art. 50 do Código Civil, faltava uma previsão processual a respeito do fenômeno jurídico, devendo ser saudada tal iniciativa. Segundo o art. 1.062 do Novo CPC, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica aplica-se ao processo de competência dos juizados especiais. Nos termos do art. 795, §4º, do Novo CPC, para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto no Código. A norma torna o incidente obrigatório, em especial na aplicação de suas regras procedimentais, mas o art. 134, §2º, do Novo CPC consagra hipótese de dispensa do incidente. A criação legal de um incidente processual afasta dúvida doutrinária a respeito da forma processual adequada à desconsideração da personalidade jurídica.

Portanto, o incidente processual se sobrevém sempre que já tiver um processo em andamento. Não representa uma relação nova, mas unicamente a existência de um dissídio prejudicial concernente ao mérito. E de acordo com o art. 133, do CPC/2015, “o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo”. Por sua vez, o § 1º estabelece que “o pedido observará os pressupostos previstos em lei”, e o § 2º define explicitamente que o posicionamento também se aplica “à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica”.

Dessa forma, o incidente deverá ser instituído a requerimento da parte ou do Ministério Público, obrigando-se a examinar os pressupostos previstos em lei, concernente a todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e no processo de execução.

A respeito do citado dispositivo legal, afirma Sousa (2015) que a desconsideração da personalidade jurídica não pode ser decretada de ofício, sem a provocação das partes ou do Ministério Público. Devendo ser executada impreterivelmente mediante incidente de desconsideração da personalidade jurídica, como estabelece o art. 795, § 4º do CPC/2015, cuja instauração deve decorrer de requerimento da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo. Com efeito, nos termos do caput do art. 133 do CPC/2015, que enfatiza o comando do CC, art. 50, a desconsideração da personalidade jurídica dependerá de requerimento da parte ou do parquet, nas hipóteses em que lhe couber intervir no processo.

O tema de maior destaque que o NCPC trouxe envolve o fato de que a desconsideração da pessoa jurídica se originará por incidente, o que denota que será concedido o direito de defesa ao sócio da pessoa jurídica, em completa concordância com os princípios do contraditório e da ampla defesa.

O objetivo da citação é a de notificar aquele que pode vir a sofrer as sanções derivadas da desconsideração da personalidade jurídica, dando-lhe a oportunidade de se manifestar sobre os termos do pedido, apresentando a sua versão dos fatos e podendo, igualmente, requerer a produção de provas de seu interesse. (SOUZA, 2015).

De grande relevância reportar que nem sempre constituirá outorgada a abertura do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que o requerimento do interessado necessitará apresentar os fundamentos que comprovem o preenchimento dos pressupostos legais requisitados pela Teoria Maior.

Vem sendo o posicionamento praticado pelo TJ/RS (2016), conforme se vê pelo julgamento do Agravo de Instrumento nº 70069261931/RS, no qual o agravante requisitava a

abertura do incidente que o juízo de primeiro grau havia negado, o Tribunal Gaúcho dispôs do seguinte modo:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DECLARATORIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INSTAURAÇÃO. Nos termos dos §1º do art. 133 e §4º do art. 134, ambos do CPC/2015, o pedido de instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica deve demonstrar os pressupostos legais específicos autorizadores da medida. No caso, o pedido formulado pela parte não indica minimamente hipóteses que autorizem a inclusão do terceiro na lide, razão pela qual não deve ser instaurado o incidente. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento No 70069261931, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ângelo, Julgado em 27/10/2016).

Dessa forma, a parte que pleitear pela instauração do incidente deve instituir ao menos provas indiciárias de que a pessoa jurídica realiza manobras com a finalidade de desviar-se do cumprimento de suas obrigações, do contrário, certamente seu pedido deverá ser indeferido pelo Poder Judiciário.

Observa-se que o atual CPC não criou nova hipótese de desconconsideração, tão somente disciplinou o seu procedimento. Como, por exemplo, os pressupostos previstos em lei, para os litígios empresariais, são aqueles do art. 133, § 1º, e do art. 50 do CC: abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. E tratando-se de litígios consumeristas, os pressupostos previstos em lei serão os do art. 28 do CDC, e assim por diante. (RAMOS, 2016).

Segundo o art. 135, do referido diploma, o magistrado determinará preliminarmente o contraditório, dispondo as partes o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar defesa. Somente após examinado o princípio do contraditório e da ampla defesa é que será apreciado o mérito do pedido de desconconsideração, da qual deliberação possuirá natureza interlocutória, contra a qual, compete o recurso de agravo de instrumento, conforme dispõe art. 136 do diploma legal em comento.

Frisa-se que na hipótese em que o incidente tenha sido julgado por relator, o recurso admissível será o agravo interno, de acordo com prognóstico do parágrafo único, do art. 136, do novo CPC. Como bem afirma Sousa (2011, p. 202):

Como se pode depreender, esta previsão cria um incidente cognitivo específico para a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, impondo a observância do princípio do contraditório de modo prévio à decisão que efetivamente ignorar a autonomia da pessoa jurídica para atingir o patrimônio dos

seus integrantes. A proposta é positiva ao estabelecer que deve haver a citação daqueles que serão responsabilizados como consequência da desconsideração da personalidade jurídica, bem como ao fixar que ela pode acontecer em qualquer processo ou procedimento, independentemente da fase em que se encontre, conforme já havia sido admitido pela jurisprudência. (SOUZA, 2011. p. 202).

Vê-se portanto, que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, originada por construção doutrinária e até o momento recepcionada pelo Direito Positivo brasileiro unicamente em dispositivos legais de natureza material, doravante passará a compor-se de disciplina processual expressamente determinada em lei.

Desse modo, o texto do dispositivo propõe exatamente extinguir conflitos materiais a respeito do procedimento a ser empregado quando da aplicabilidade prática da *disregard doctrine*.

O Novo CPC harmonizando com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, rejeita a chamada Teoria Menor, compreendendo ser provável a desconsideração da personalidade jurídica sempre que ocorrer algum prejuízo ao credor, destituindo-se de comprovação de abuso patrimonial, confusão ou fraude. Adotando a chamada Teoria Maior que requer a comprovação do desvio de finalidade da pessoa jurídica, ou da confusão patrimonial.

2.5 Efeitos da Desconsideração da Personalidade Jurídica

Os efeitos da Teoria em estudo, é outro ponto extremamente importante de se destacar. A desconsideração da personalidade jurídica, ao contrário do que se possa imaginar, não provoca o fim da pessoa jurídica, quer dizer, esta não será dissolvida nem liquidada. Como bem apontava Requião, pioneiro no estudo do tema no Brasil, a *disregard doctrine* não pretende a anular a personificação da sociedade, mas, tão somente, torná-la ineficaz para determinados atos. (RAMOS, 2016).

Ou seja, não refere-se a um instituto que suprime definitivamente a personalidade, contudo, a afasta para certos atos, isto é, ela é momentânea e para um fato em específico. A respeito, preleciona Coelho (2011) que, a desconsideração da pessoa jurídica não atinge a validade do ato constitutivo, mas a sua eficácia episódica. Uma empresa que tenha a autonomia patrimonial desconsiderada continua válida, assim como válidos são todos os demais atos que praticou. A separação patrimonial em relação aos seus sócios é que não produzirá nenhum efeito na decisão judicial referente àquele específico ato objeto da fraude. Esta é, inclusive, a grande vantagem da desconsideração em relação a outros mecanismos de

coibição da fraude, tais como a anulação ou dissolução da sociedade. Por apenas suspender a eficácia do ato constitutivo, no episódio sobre o qual recai o julgamento, sem invalidá-lo.

No mesmo sentido afirma Justen Filho (1987, p. 57), a desconsideração “é a ignorância, para casos concretos e sem retirar a validade do ato jurídico específico, dos efeitos da personificação jurídica validamente reconhecida a uma ou mais sociedades, a fim de evitar um resultado incompatível com a função da pessoa jurídica”.

Para Tomazette (2002, p. 239):

A desconsideração da personalidade jurídica é a retirada episódica, momentânea e excepcional da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a fim de estender os efeitos de suas obrigações à pessoa de seus titulares, sócios ou administradores, com o fim de coibir o desvio da função jurídica, perpetrado por estes.

Ademais, a desconsideração da personalidade jurídica tem os seus efeitos ligados ao caso concreto em que foi requerida, ainda que “desconsiderada” para aquele caso específico, permanece a sociedade preservada normalmente e a ter os efeitos da sua personalização considerados em todas as demais relações jurídicas em que atuar. É por esse motivo, que se critica o termo “despersonalização” da pessoa jurídica, utilizada por alguns autores. (RAMOS, 2016).

E de acordo com Coelho (2012), o juiz pode, em determinados casos, suspender a eficácia episódica do ato constitutivo da sociedade empresária, afastando os efeitos do princípio da autonomia patrimonial. As situações em que o juiz está autorizado a desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade empresária são as de manipulação fraudulenta da técnica de segregação de riscos ou a confusão de patrimônios ou de objetivos. A desconsideração da personalidade jurídica não constitui, desse modo, a recusa da autonomia patrimonial ou a dúvida de sua importância para o regular desenvolvimento da economia, em benefício de todos. Apenas quando presente um de seus pressupostos (fraude, confusão patrimonial) é que o juiz pode desconsiderar a autonomia patrimonial da sociedade empresária.

Dessa forma, a aplicação da Teoria da Desconsideração provoca, para um determinado caso específico, apenas a suspensão temporária dos efeitos da personalização, não estendendo seus efeitos para as demais relações jurídicas das quais a pessoa jurídica faça parte. (RAMOS, 2016).

Nesta perspectiva, já decidiu o STJ (2011) em sede do REsp. 1.169.175/DF:

Recurso especial. Direito civil. Artigos 472, 593, II e 659, § 4.º, do Código de Processo Civil. Fundamentação deficiente. Incidência da Súmula 284/STF. Desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária. Medida excepcional. Observância das hipóteses legais. Abuso de personalidade. Desvio de finalidade. Confusão patrimonial. Dissolução irregular da sociedade. Ato efeito provisório que admite impugnação. Bens dos sócios. Limitação às quotas sociais. Impossibilidade. Responsabilidade dos sócios com todos os bens presentes e futuros nos termos do art. 591 do CPC. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido. [...] IV – A desconsideração não importa em dissolução da pessoa jurídica, mas se constitui apenas em um ato de efeito provisório, decretado para determinado caso concreto e objetivo, dispondo, ainda, os sócios incluídos no polo passivo da demanda, de meios processuais para impugná-la. [...] (REsp 1.169.175/DF, Rel. Min. Massami Uyeda, 3.ª Turma, j. 17.02.2011, DJe 04.04.2011).

Outrossim, a aplicação da Teoria em estudo não significa a possibilidade de execução de todos os sócios e/ou administradores da sociedade, indeterminadamente. Serão atingidos aqueles sócios que direta ou indiretamente se beneficiaram do uso abusivo da pessoa jurídica.

Em conclusão, pode-se afirmar que para adoção da desconsideração da personalidade jurídica é preciso que os seus pressupostos de admissibilidade previstos no art. 50 do CC/2002- desvio de finalidade ou confusão patrimonial-se apresentem de forma inequívoca, não bastando para a excepcionalidade a simples mudança de endereço, a impossibilidade de pagamento dos débitos ou o encerramento/dissolução irregular da sociedade.

3 DIREITO FALIMENTAR

O Direito Falimentar é um ramo do Direito conhecido por regular a execução coletiva, bem como, auxiliar na busca de soluções para as dificuldades econômico e financeiras das empresas. Em virtude da grande complexidade que compreende esse ramo do Direito devido à sua multidisciplinaridade, bem como pelo infindável conflito de interesses entre credores e devedor, sofreu ao longo do tempo com a reprodução de sucessivas novas normas, as quais, algumas vezes, regressavam ao mesmo ponto de legislações anteriores.

3.1 Breve Análise Histórica

Para compreender o Direito Falimentar, é imprescindível examinar o seu desenvolvimento histórico, os pontos que foram significativos e influentes para o aperfeiçoamento do instituto falimentar, assim como, fundamental para a legislação atual em vigor.

No Direito Romano, a segurança do cumprimento da obrigação era o próprio devedor que fazia um tipo de contrato com o credor comprometendo-se a satisfazer o déficit com o seu trabalho escravo.

Como afirma Ramos (2016), na Roma antiga, houve um período em que o devedor respondia por suas obrigações com a própria liberdade e às vezes até mesmo com a própria vida. A garantia do credor era, pois, a pessoa do devedor. Assim, este poderia, por exemplo, tornar-se escravo do credor por certo tempo, bem como entregar-lhe em pagamento da dívida uma parte do seu corpo.

A Lei das XII Tábuas de 451 a.C., no n. 9 da Tábua Terceira, previa que: “Se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortas mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre”. (SANTOS, 2016).

Apenas com a edição da *Lex Poetelia Papiria* em 428 a.C., a qual reprimiu o encarceramento, a venda como escravo e a morte do devedor, o Direito Romano passou a abarcar regras que consagravam a sua responsabilidade patrimonial, em contraposição às regras de outrora, que o puniam com a pena de responsabilidade pessoal por suas dívidas. (RAMOS, 2016).

Enfim, passou-se a entender que os bens do devedor, e não a sua pessoa, deveriam servir de garantia aos seus credores, como bem afirma Ramos (2016, p.704):

Com efeito, no direito de Justiniano havia a previsão de uma execução especial contra o devedor insolvente: tratava-se da chamada *missio in possessio bonorum*, por meio da qual os credores adquiriam a posse comum dos bens do devedor, os quais, por sua vez, passavam a ser administrados por um curador, o *curator bonorum*. A partir de então, os credores adquiriam, conseqüentemente, o direito de vender os bens do devedor, com o intuito de saldar a dívida que este tinha em relação àqueles.

Nota-se que nesse período inicial o Direito Falimentar, se é que já pode assim denomina-lo, possuía um caráter excessivamente repressivo, tendo como finalidade primordial a punição do devedor, e não a satisfação dos verdadeiros interesses dos seus credores, consistentes no recebimento de seus créditos. (RAMOS, 2016).

Na *bonorum venditio*, desenvolvida pelo pretor Rutilio Rufo, o desapossamento dos bens do devedor era definido por determinação do pretor, nomeando um curador para a administração dos bens. Outrossim, possibilitava ao devedor a cessão de seus bens ao credor, que podia vendê-los separadamente. Era a *cessio bonorum*, criada pela *Lex Julia Bonorum* (737 a.C.), na qual, estaria o embrião da falência. (ALMEIDA, 2013).

A partir de então, quem tomava a iniciativa da execução era o próprio credor, agia em seu nome e por direito próprio, mas também em busca dos interesses dos demais credores. Com isso, nasceu o conceito de massa, ou seja, da massa falida. Completava-se a *bonorum venditio*, com larga série de providências, determinadas pelo pretor, contra os atos fraudulentos de desfalque do seu patrimônio, praticados pelo devedor. (ALMEIDA, 2013).

Por sua vez na Idade Média, para a Falência, é uma época que, ao contrário dos anos anteriores, caracterizava-se, especialmente, pela maior ingerência da tutela no processo de execução do devedor. O Direito Falimentar deste período foi organizado e sistematizado pelo italianos que utilizaram o Direito Romano como fonte fundamental. (FAZZIO JÚNIOR, 2005).

É nesse período que, o Direito Comercial começa a ser construído, com base na compilação dos usos e práticas mercantis, sobretudo nas cidades italianas, a doutrina também constatou regras especiais para a execução dos devedores insolventes que podiam ser vistas como precursoras do atual Direito Falimentar. No entanto, ainda tratava-se de regras que se aplicavam indistintamente a qualquer espécie de devedor, comerciante ou não, e que sustentava seu caráter extremamente repressivo. (RAMOS, 2016).

De acordo com Almeida (2013, p. 20):

É nessa época que o concurso de credores se transforma na falência, quando o comércio, sobretudo o marítimo, atinge extraordinária expansão nas cidades italianas. Nessa fase, a falência é vista como um delito, cercando-se o falido de infâmia e impondo-se-lhe penas que vão da prisão à mutilação – *Falliti sunt fraudadores* (Os falidos são fraudadores, enganadores, velhacos). Daí a expressão *falência*, do verbo latino *fallere*, que significa enganar, falsear. (grifos do autor)

Apesar da considerável revolução do instituto falimentar, que deixou de responsabilizar a pessoa do devedor para responsabilizar seu patrimônio, e da maior interferência do Poder Público, ainda permaneceram rigorosos castigos que puniam os devedores falidos de forma enérgicas. Sendo a Falência vista como um crime, o devedor falido era considerado como infame e submetido à pena de prisão, penas vexatórias e até mesmo a mutilação. (REQUIÃO, 1999).

Todavia, em 1807 com a edição do Código Comercial francês, através da influente atuação de Napoleão Bonaparte, constitui-se uma inegável evolução do instituto, restrito, na legislação francesa, ao devedor comerciante, impondo - lhe severas restrições ao falido. Abrandando gradualmente os rigores da legislação, assumindo a falência um caráter econômico - social, refletindo no seu bojo as profundas alterações que passaria o direito comercial e que resultaria com a modificação do próprio conceito de empresa, vista hoje como uma instituição social. (ALMEIDA, 2013).

Ademais a codificação napoleônica, proporcionou uma profunda mudança no Direito Privado, dividindo-o em dois ramos autônomos e independentes, cada um com seu regime jurídico próprio para a disciplina de suas relações. O Direito Civil se firmou como regime jurídico geral aplicável à quase totalidade das relações privadas, e o Direito Comercial, que se firmou como regime jurídico especial aplicável à disciplina das atividades mercantis. (RAMOS, 2016).

Essa mudança no Direito Comercial, trazida pelo Código Napoleônico atingiu, conseqüentemente, o Direito Falimentar, que passou a constituir um conjunto de regras especiais, aplicáveis restritamente aos devedores insolventes que revestiam a qualidade de comerciantes. Para o devedor insolvente de natureza civil, não se aplicavam as regras do direito falimentar, mas as disposições constantes do regime jurídico geral, qual seja, o direito civil. (RAMOS, 2016).

O Direito Falimentar para se adaptar a evolução da sociedade, se viu diante da necessidade de harmonizar –se com as transformações e se adequar as novas necessidades da sociedade, demandando mudanças dos princípios e institutos do direito falimentar.

Como reitera Ramos (2016), o tempo passa, a sociedade evolui, a economia avança em uma velocidade incrível e o Direito Falimentar, acompanhando esse processo de mudanças, vê-se obrigado a adaptar-se a novos paradigmas. A falência, até então considerada como uma certa patologia de mercado inerente aos devedores desonestos, passa a ser vista com outros olhos e analisada sob novas perspectivas.

De fato, o desenvolvimento econômico vivenciado a partir da Revolução Industrial e acentuado progressivamente por meio do processo batizado de globalização originaram importantíssimas alterações na conjuntura socioeconômica, que exigiram do operador do direito uma completa reformulação dos princípios e institutos do Direito Falimentar. (RAMOS, 2016).

A partir dessas transformações foi que levantou-se o mais importante princípio norteador do atual instituto do Direito falimentar, o princípio da função social ou também denominado de princípio da preservação da empresa, afirma Ramos (2016). O reconhecimento da função social da empresa e dos efeitos nefastos que a paralisação de certos agentes econômicos produz fez com que o legislador percebesse que muitas vezes a permanência do devedor em crise poderia ser mais benéfica do que a sua imediata exclusão do meio empresarial, ante a possibilidade de sua recuperação e da conseqüente manutenção de sua atividade econômica, que gera empregos e contribui para o progresso econômico e social.

3.2 Direito Falimentar no Brasil

Inicialmente por ocasião do descobrimento, o Brasil Colônia, era sujeito às regras jurídicas emanadas de Portugal, e posteriormente, as Ordenações Afonsinas, revistas por D. Manuel (1514) e publicadas em 1521 com o título de Ordenações Manuelinas. As Ordenações Afonsinas não normatizavam, de forma específica, a quebra do comerciante, o que somente aconteceu com a Lei de 8 de março de 1595, promulgada por Filipe II (Filipe III de Espanha), e que iria posteriori, em 1603, inspirar todo o Título LXVI do Livro V das Ordenações Filipinas. (ALMEIDA, 2013).

As Ordenações Filipinas de 1603, que continham Espanha e Portugal, que à época integralizavam o Reino de Castela e, por via de consequência, o Brasil Colônia, adotaram os princípios consagrados na Lei de 8 de março de 1595, consagrando, pela primeira vez entre nós, a quebra dos comerciantes, estabelecendo nítida separação entre mercadores “que se levantavam com fazenda alheia” e os que caíssem “em pobreza sem culpa sua”, assemelhando os primeiros aos ladrões públicos, impedindo-os de atuar no comércio e decretando-lhes penas

que variavam do degredo à pena de morte, não incidindo punição os segundos, que podiam compor-se com os credores. (ALMEIDA, 2013).

E complementa o citado autor (2013, p. 32):

E os que caírem em pobreza sem culpa sua, por receberem grandes perdas no mar, ou na terra em seus tratos e comércios lícitos, não constando de algum dolo, ou malícia, não incorrerão em pena alguma crime. E neste caso serão os autos remetidos ao Prior e Cônsules do Consulado, que os procurarão concertar e compor com seus credores, conforme a seu Regimento.

O Alvará de 1756, promulgado pelo Marquês de Pombal, destaca-se em meio a todas essas normas falimentares aplicáveis nesse período da história brasileira, aonde submetia o devedor a comparecer à Junta Comercial e lá entregar as chaves de seu estabelecimento e seu livro Diário, assim como declarar todos os seus bens. Em seguida, seus credores eram notificados por edital, seu patrimônio era liquidado e 90% da receita arrecadado eram designados ao ressarcimento dos credores, ficando apenas 10% para a subsistência do devedor e de seus familiares. (RAMOS, 2016)

Percebe-se claramente como a falência, nessa época, tinha um caráter exageradamente punitivo, ocasionando muitas vezes não só a ruína patrimonial do devedor, mas também a ruína moral dele e de toda a sua família. (RAMOS, 2016). De acordo com o citado autor (2016, p. 706):

Após a proclamação da Independência, determinou-se a observância da chamada *Lei da Boa Razão*, que mandava aplicar no Brasil, subsidiariamente, as leis dos países civilizados europeus quanto aos negócios mercantis e marítimos, o que fez com que preceitos do Código Comercial francês fossem incorporados ao nosso ordenamento. (grifos do autor)

Contudo a pressão por uma legislação nacional era crescente. Assim que a família real aportou no Brasil, D. João tomou uma decisão que iria transformar, decisivamente, o curso da economia nacional e, em consequência, do Direito Comercial brasileiro, com a abertura dos portos às nações amigas. (RAMOS, 2016).

As leis portuguesas vigoraram por muitos anos, até que sobreveio em 1850 o Código Comercial brasileiro, que, na sua Parte Terceira, cuidava “Das quebras”, disciplinando-as nos arts. 797 a 911, cuja parte processual foi regulamentada pelo Decreto n. 738, de 25 de novembro de 1850. (ALMEIDA, 2013).

De acordo com Martins (2016), a Concordata Suspensiva, dependendo da anuência dos credores, demonstrava ser um critério de concessão extremamente severo, o que

dificultava a sua aplicabilidade. A moratória, por seu turno, constituía como uma forma de evitar a falência, dilatando-se o prazo para o pagamento da dívida.

O citado Código, de acordo com Ramos (2016, p. 707), na parte relativa ao Direito Falimentar:

Sofreu duras críticas da doutrina comercialista. Diante de tantos defeitos apontados, a única solução encontrada foi a alteração legislativa, que só ocorreu, todavia, 40 anos depois, com a edição do Decreto 917/1890, que aboliu o sistema da cessação de pagamentos e adotou os sistemas da impontualidade e da enumeração legal como critérios de caracterização da insolvência do devedor, além de ter trazido profundas mudanças na parte terceira do Código Comercial.

Por conseguinte, uma série de leis e decretos se sucederam, todos introduzindo novas alterações ao Direito Falimentar brasileiro. Só com a edição do Decreto-lei 7. 661 de 1945, foi que esse processo tumultuado de reformulação da legislação falimentar brasileira teve um desfecho, aonde tal projeto foi elaborado por uma comissão de juristas nomeada pelo então Ministro da Fazenda, Alexandre Marcondes Filho. O mencionado Decreto-lei foi, durante 60 anos, o diploma legislativo que regulamentou o direito falimentar brasileiro. (RAMOS, 2016). Em virtude das transformações sociais e econômicas do país, exigiu-se nova reestruturação na legislação falimentar, e em acolhimento ao princípio da preservação da empresa, depois de inúmeras propostas, foi aprovada a Lei 11.101/05, em 09 de junho de 2005, denominada “Lei da Recuperação Judicial”.

Segundo Chagas (2018, p.757), “resta claro, assim, que iniciamos um novo período do direito falimentar, ou melhor, da abordagem da crise econômico-financeira dos agentes responsáveis pela produção e circulação da riqueza, agora visando preservar a unidade produtiva”.

Por oportuno, é preciso antecipar que a preservação da empresa não equivale à preservação do empresário ou da sociedade empresária. O sistema adotado pela nova Lei de Recuperação e Falência estabelece dois critérios de processamento do devedor empresário em crise econômico-financeira: 1) a recuperação (judicial e extrajudicial) — preserva a empresa e o empresário; 2) a falência — preserva a empresa, mas não o empresário.

Portanto, ante o exposto, pode-se afirmar que o Direito em comento se encontra no terceiro estágio de evolução de forma que a legislação atual deverá ser interpretada sempre no sentido de preservar a empresa, isso quando houver alguma lacuna, omissão ou aparente contradição ou conflito de normas.

3.3 Dos Princípios Informadores do Direito Falimentar

Para um bom entendimento das aplicações de um sistema jurídico, é imprescindível examinar quais os objetivos pretendidos pelo legislador no momento da promulgação das normas. Ou seja, ser capaz de reconhecer os princípios informadores da lei utilizados pelo legislador, constituindo-se requisito primordial para bem interpretar uma lei.

A atual legislação falimentar traz importantes inovações, tendo como princípio fundamental a recuperação econômica da empresa, 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, como bem afirma em seu art. 47.

O princípio da função social da empresa não possui prognóstico constitucional próprio, contudo é entendido pela doutrina, a citar Almeida, (2013) que é constitucional considerando que origina-se do princípio da função da propriedade, evidenciado na Lei maior:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
[...]
III - função social da propriedade;
[...]

A função social pode ser examinada como sendo o poder-dever dos empresários e administradores da empresa de conciliarem suas atividades com os interesses sociais, por intermédio de deveres positivos e negativos legal ou constitucionalmente impostos, como por exemplo da defesa do meio ambiente, defesa do consumidor e pleno emprego e, em um olhar mais amplo, como sendo o dever moral do empresário em gerar empregos, tributos e desenvolvimento econômico em geral. (MACEDO, 2012)

O reconhecimento da existência da função social foi fundamental para que a empresa evidenciasse a importância que apresenta na sociedade. Face a relevância, verifica-se que o cerne da Lei n. 11.101/2005 é essencialmente a recuperação da empresa em crise, como preconiza Ramos (2016, p. 710):

Segundo o art. 75 da LRE, “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”. O objetivo primordial do processo falimentar, segundo o dispositivo ora em análise, é “promover o afastamento do devedor de suas atividades” visando a “preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis,

da empresa”. Aqui se destacam dois importantes princípios do Direito Falimentar moderno: (i) o princípio da *preservação da empresa* e (ii) o princípio da *maximização dos ativos*. (grifos do autor).

Ademais, como evidenciado, a empresa é uma atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviço, aonde pode constata-se que a decretação da falência do devedor não ocasiona, obrigatoriamente, o fim da atividade. Essa atividade poderá prosseguir sob a responsabilidade de outro empresário.

Portanto, é por esse motivo que a lei, no artigo em discussão, fala em preservar e otimizar a utilização produtiva dos ativos, mesmo depois do afastamento do devedor. Conservando a empresa em funcionamento, evitando que seus ativos, especialmente os ativos intangíveis, desvalorizem ou se deteriorem, como por exemplo, uma marca. Isso colabora para que, no curso do processo falimentar, quando for executada a venda dos bens, possam encontrar interessados em adquirir o estabelecimento empresarial do devedor, dando prosseguimento à atividade que ele desenvolvia, com base no princípio da preservação da empresa. (RAMOS, 2016).

A empresa sempre que possível deve ser preservada, em virtude de sua função social, uma vez que, contribui para o crescimento e desenvolvimento social do país, gerando emprego, renda e promovendo a circulação de riqueza econômica. Além de tudo, a dissolução da empresa ocasionaria a perda do aglomerado econômico constituído pelos denominados bens intangíveis, como nome, marcas, rede de fornecedores, reputação, *know-how*, perspectiva de lucro, entre outros.

Constata-se, que tal princípio encontra-se materializado nos métodos recuperatórios legalmente previstos, como na recuperação extrajudicial, na judicial, e, até mesmo, no procedimento especial para as microempresas e empresas de pequeno porte.

Outro princípio basilar do Direito Falimentar é o da celeridade e eficiência dos processos judiciais, onde identifica-se, que é indispensável que as normas procedimentais na falência e na recuperação de empresas sejam, conforme o possível, simples, proporcionando celeridade e eficiência ao processo e reduzindo a burocracia que atrapalha o seu fluxo.

Estabelece ainda que as diretrizes procedimentais sejam empregadas e interpretadas de forma a proporcionar uma condução ágil, própria e econômica dos processos falimentares e recuperatórios.

Nessa perspectiva, conforme já exposto, o parágrafo único do art. 75, da LRE, literalmente reconhece que o “processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual”, tratando-se no mesmo sentido está a prognóstico contido na

Constituição Federal, art. 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Uma vez que, um processo duradouro e caro torna-se desinteressante ao credor, que buscará meios alternativos para a compensação do seu crédito, ou até mesmo, diante da ineficácia sistêmica, poderá limitar sua atuação na atividade econômica do País. Sendo que um processo longo está em sentido oposto da necessidade da conservação dos bens do devedor, até mesmo os intangíveis.

Vale destacar que compete a todos os envolvidos no processo, e principalmente ao Magistrado, materializarem tais princípios, afastando-se do formalismo exagerado.

Ademais, deve - se certificar que às normas referentes ao processo falimentar possuam a tanta clareza e precisão quanto possível, para prevenir que diferentes possibilidades de interpretação ocasione insegurança jurídica aos institutos, em observância ao princípio da segurança jurídica.

Por esse ângulo, estabeleceu o legislador no art. 59 da referida lei, a novação das dívidas renegociadas no plano da recuperação judicial, como também assegurando proteção aos termos acordados, efeito que, também acontece na recuperação extrajudicial, de acordo como o art. 165.

3.4 Principais Alterações no Direito Falimentar Brasileiro Pós-lei 11.101/2005

A nova “Lei de Recuperações e Falência” que substituíra o Decreto-Lei nº 7.661/45 que disciplinou por 60 anos o processo falimentar no Brasil, originou-se do Projeto de Lei nº 4.376/1993, de iniciativa do Poder Executivo e que demorou 11 anos a sua tramitação, em virtude de, emendas e substitutivos que foram propostos, além da forte pressão que sofrera das instituições representativas do comércio, da indústria e dos demais setores interessados.

Portanto, do momento de sua elaboração até a sua promulgação resta notório as dificuldades que foram necessárias ultrapassar para que fossem realizados reformas importantíssimas no modelo anterior. Sendo uma de suas principais mudanças a busca pela preservação da empresa em estado de crise econômico-financeira.

Era evidente o esgotamento do modelo de procedimento previsto no mencionado Decreto-Lei para as empresas em processo falimentar. A referida legislação foi elaborada na época em que o Brasil tinha um paupérrimo parque industrial e comercial, e ainda a economia amargava os reflexos da guerra mundial. (PEREIRA, 2005).

De acordo com o pensamento de Moro (2004, p. 128):

A preocupação com a manutenção da atividade empresarial já fora manifestada pela jurisprudência, a qual deixava de aplicar rigorosamente as regras do Decreto-lei 7.661 de 1945, as vezes até negligenciando alguns dos dispositivos legais desta, face ao interesse em não se decretar a falência da empresa em débito. Isto porque, ao longo do tempo a jurisprudência e a doutrina foram desenvolvendo a hermenêutica do direito falimentar para extrair o máximo que estes dispositivos, já a muito ultrapassados, poderiam contribuir para melhor se aplicar a prática falimentar. Principalmente com o advento da Constituição de 1988, que introduziu em nosso ordenamento uma revolução social de direitos, que inclui no topo do ordenamento jurídico normas que garantem princípios básicos para que o cidadão tenha uma vida confortável e digna.

Como apontado, o principal destaque a ser feito acerca da Lei 11.101/2005 está relacionado à clara influência do princípio da preservação da empresa, tendo sua origem na própria Constituição Federal, que acolheu a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa como princípios jurídicos fundamentais. (RAMOS, 2016).

Reafirma Almeida (2013, p. 33) que a atual legislação falimentar trouxe sensíveis inovações, tendo como princípio fundamental a recuperação econômica da empresa:

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.

Em que pese o empresário em dificuldades econômica-financeiras e outros interessados passaram a poder escolher pela instauração de um processo de Recuperação Judicial ou Extrajudicial, como objetivo de fomentar uma tentativa de recuperação da estabilidade financeira da empresa. Consequentemente, sai de cena o instituto da Concordata para dar espaço à Recuperação Judicial e Extrajudicial de empresas e permanece a Falência, já presente, contudo passada por expressivas transformações.

Segundo o entendimento de Fazzio Júnior (2008. p. 100):

Na LRE, optou-se por regime alternativo preventivo de falência: o procedimento judicial e o procedimento negocial. Em outras palavras, a concordata foi substituída pela recuperação judicial, enquanto, paralelamente, foi restaurada a chamada “concordata branca” ou “concordata amigável”, isto é, a recuperação extrajudicial.

Diversamente da legislação anterior em que não se tolerava qualquer negociação entre as partes interessadas, por ser classificado como conduta falimentar, com a lei atual passou a

ser praticável propostas de recuperação por parte do devedor, que claro, ficará submetido ao deferimento de cada classe de credores.

Portanto, fica claro a importância que tem o Estado em preservar a empresa em virtude do bem comum que ela retrata para a sociedade, tornando-se incontestável que sua manutenção é de interesse público.

Com relação à nova lei, Silva (2005, p. 7) expõe que:

De modo geral, quem ganha com a nova lei são todos os agentes econômicos, a saber: o Estado, os empregados, os consumidores, os empresários e as sociedades empresárias. O maior beneficiado é o Brasil, que, após conviver com uma legislação que não mais atende a realidade econômica, incorpora ao ordenamento jurídico novo instituto – o da recuperação da empresa, alinhando-se aos principais países europeus e aos EUA no direito das quebras e da recuperação.

Prevendo a atual Lei Falimentar duas medidas judiciais com a finalidade de impedir que a crise na empresa provoque a falência. Uma, é a Recuperação Judicial; a outra, é a Recuperação Extrajudicial. Os propósitos delas são idênticos: saneamento da crise econômica-financeira e patrimonial, preservação da atividade econômica, assim como o suporte aos interesses dos credores. Em que pese, recuperada, a empresa poderá cumprir sua função social. (COELHO, 2010).

Em um olhar superficial, as Recuperações não se limitam ao desenvolvimento simples de um artifício para repactuação de dívidas. Envolve indispensavelmente um diagnóstico da situação financeira e administrativa da empresa. É indiscutível que não deixam de buscar a apuração do passivo e seu pagamento. Baseiam-se na viabilidade da empresa e na salvaguarda de seus elementos constitutivos, assim como de sua importância socioeconômica para a sociedade. (FAZZIO JÚNIOR, 2008)

Ademais, Ramos (2016) destaca as principais alterações trazidas pela Lei 11.101/2005, já batizada de Lei de Recuperação de Empresas, foram : a) a substituição da ultrapassada figura da concordata pelo instituto da recuperação judicial; b) o aumento do prazo de contestação, de 24 horas para 10 dias; c) a exigência de que a impontualidade injustificada que embasa o pedido de falência seja relativa à dívida superior a 40 salários mínimos; d) a redução da participação do Ministério Público no processo falimentar; e) a alteração de regras relativas ao síndico, que passa a ser chamado agora de administrador judicial; f) a mudança na ordem de classificação dos créditos e a previsão de créditos extraconcursais; g) a alteração nas regras relativas à ação revocatória; h) o fim da medida

cautelar de verificação de contas; i) o fim do inquérito judicial para apuração de crime falimentar; e j) a criação da figura da recuperação extrajudicial.

O direito brasileiro não estimulava soluções de mercado para a recuperação das empresas em estado crítico, até a entrada em vigor da nova Lei de Falência. Isto porque corroborava como ato de falência toda e qualquer iniciativa do devedor no intuito de reunir seus credores para uma renegociação global das dívidas. A sociedade empresária ou o empresário individual que se aventura a convidar os credores para lhes submeter um plano qualquer de recuperação podia ter a falência requerida e decretada, fracassando assim a tentativa de solução de mercado. (COELHO, 2010).

Afirma ainda o citado autor (2010, p. 445):

Com a nova lei, muda substancialmente o quadro. Ao prever e disciplinar o procedimento de recuperação extrajudicial, ela cria as condições para a atuação da lógica do mercado na superação de crise nas empresas devedoras. Para simplesmente procurar seus credores e tentar encontrar, em conjunto com eles, uma saída negociada para a crise, o empresário ou sociedade empresária não precisa entender nenhum dos requisitos da lei para a recuperação extrajudicial. Estando todos os envolvidos de acordo, assinam os instrumentos de novação os renegociação, e assumem, por livre manifestação da vontade, obrigações cujo cumprimento espera-se proporcione o reerguimento do devedor. Quando a lei, no art. 161 e outros dispositivos, estabelece requisitos subjetivos para a recuperação extrajudicial, ela está se referindo apenas ao devedor que pretende, oportunamente, levar o acordo a homologação judicial.

O termo Recuperação Extrajudicial pode induzir a uma falsa compreensão de que se trata de expediente que dispensa a atuação jurisdicional. Mas, não é assim. O adjetivo extrajudicial está arrolado não com a Recuperação, mas como um estruturamento de interesses preliminar da Recuperação, do qual, o desenvolvimento não prescinde da homologação judicial. A LRE não considera um procedimento administrativo de Recuperação completamente alheio à supervisão judicial, porque esta é que outorga certeza e segurança aos credores e ao devedor. (FAZZIO JÚNIOR, 2008).

Declara ainda o autor que (2008, p. 103):

Sempre existiram composições extrajudiciais entre credores e devedores como expedientes preventivos da quebra. A busca da tutela jurisdicional e o interesse de agir nos processos concursais decorrem, justamente, da inconciliabilidade de pretensões. A própria concordata preventiva nunca impediu negociações extrajudiciais que nem sempre são oficialmente reconhecidas. No plano do direito meramente contratual, sem reconhecimento formal na concordata judicial, os acordos preventivos tinham como efeito principal a vinculação dos contratantes. Com o advento da LRE, instaura-se o império da realidade: os acordos preventivos extrajudiciais são objeto de homologação judicial e aptos a detonar o procedimento de recuperação do agente econômico devedor, pela composição com parte ou a totalidade de seus credores.

Por outro lado, quando se tratar da Recuperação Judicial, se processará de forma mais rígida e formal, sob o gerenciamento e controle do Poder Judiciário. A Recuperação será planejada e decidida, em princípio, pelos próprios credores, que formarão, facultativamente, o denominado comitê de credores, em que predominara a vontade da maioria, na aprovação do programa. Na conjectura do plano de recuperação não conseguir a aprovação, ou não obter as metas desejadas, caberá ao Juiz decretar a falência da empresa.

Vê, portanto, que o citado procedimento recuperatório, é um dos caminhos de que a empresa pode utilizar-se para superar os motivos que culminaram com a sua crise econômica-financeira. É dirigido pelo Poder Judiciário, como forma de conservar a unidade produtiva, o incremento das atividades econômicas, a geração de empregos, os direitos dos credores, o bem-estar da sociedade e sua função social, com estabelecido em seu art. 161. Não é desejo do legislador burocratizar a Recuperação empresarial, mas garantir que ela seja lícita, economicamente eficaz e transparente, sem prejuízo dos direitos sociais individuais que excedem a esfera dos interesses envolvidos. (FAZZIO JÚNIOR, 2005).

Afirma ainda o autor (2008, p. 143):

A instituição da recuperação judicial do agente econômico devolve ao judiciário o caráter compositivo de sua atuação. Mais que isso, um papel construtivo, na medida em que é a via adotada pelo devedor para pagar seus credores e garantir a sobrevivência de sua organização econômica. Bem por isso, fica acentuando o papel administrativo dos órgãos judiciários encarregados de supervisionar o desenvolvimento dos meios de recuperação escolhidas. Não é intenção do legislador burocratizar a recuperação empresarial, mas garantir que ela seja transparente, lícita e economicamente eficaz, sem prejuízo dos direitos sociais e individuais que extrapolam a esfera dos interesses envolvidos. Com certeza, isso não é simples nem fácil.

Outra novidade trazida pela nova lei foi a recuperação da micro e pequena empresa, tendo como principal característica a adoção de rito processual simplificado, onde abrangerá todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais, os fiscais e os previstos nos §§ 3º e 4º do art. 49, da LRE, que poderão ser parcelados em até 36 meses, mas corrigidas monetariamente e acrescidas de juros equivalentes à taxa Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, podendo conter ainda a proposta de abatimento do valor das dívidas. A primeira parcela terá que ser paga no prazo máximo de 180 dias contados da distribuição do pedido de recuperação judicial. O pedido de recuperação judicial fundado nesse plano especial não

provoca a suspensão da prescrição das ações e execuções por créditos não incluídos pelo plano (art. 71, da LRE).

Ante o exposto, tem-se que a Recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo, como bem afirma Coelho (2010, p. 120):

Nem toda falência é um mal. Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerrada. Para o bem da economia como um todo, os recursos-materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser relocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as más empresas devem falir para que as boas não se prejudiquem. Quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os seus credores.

Se os alicerces do livre mercado estão, em termos gerais, funcionando de modo adequado, as empresas em crise tendem a recuperar-se por iniciativa de empreendedores ou investidores, que veem nelas, apesar do estado crítico, uma alternativa de investimento atraente. (COELHO, 2010).

Destaca-se, por fim, que a falência deixa de ser utilizada como meio coercitivo de cobrança. Perde em parte a característica de medida coercitiva utilizável na cobrança de dívida. Diversas alterações o indicam, entre elas: a) só é cabível o pedido de falência se o valor da dívida em atraso for superior ao mínimo estabelecido em lei (40 salários-mínimos); b) a simples apresentação de plano de recuperação, no prazo da contestação, impede a decretação da falência com base na impontualidade injustificada; c) amplia-se o prazo para a contestação (ou depósito elisivo) de 24 horas para 10 dias. (COELHO 2010).

Neste sentido, tem-se posicionado os Tribunais pátrios, a exemplo do TJSC (2005) que no julgamento da AC: 80786 SC 2004.008078-6, assim decidiu:

FALÊNCIA. CONTESTAÇÃO. TEMPESTIVIDADE. PRESCRIÇÃO NÃO VERIFICADA. IMPONTUALIDADE DO DEVEDOR. DÉBITO DE PEQUENO VALOR. UTILIZAÇÃO COMO MERO MEIO DE COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. MANUTENÇÃO. 1. Quando a demora da citação se dá por motivos alheios à vontade do requerente, ou seja, pela demora em virtude dos mecanismos do Poder Judiciário, entende-se que há a incidência da Súmula n. 106 do STJ, não havendo que se falar em prescrição. "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência". (Enunciado n. 106 da Súmula do STJ). 2. "[...] **não se pode legitimar a utilização do instituto falimentar com o fito de cobrança**, [...] qual a decisão de primeiro grau deve ser mantida incólume. Ausente o interesse de agir, destarte, autorizado está o Togado a extinguir o processo com fulcro no art. 267, VI, do CPC, e a fazê-lo de ofício, à vista

do § 3º do mencionado dispositivo legal." (Apelação Cível n., rel. Des. Ricardo Fontes, j. em 22-9-2005). (TJ-SC - AC: 80786 SC 2004.008078-6, Relator: Salim Schead dos Santos, Data de Julgamento: 14/11/2007, Primeira Câmara de Direito Comercial, Data de Publicação: Apelação Cível n., de Lages). (grifos nossos)

Todavia, a eficiência da lei demandará uma nova postura das empresas, seus mandatários, os trabalhadores e seus órgãos representativos, e os credores em geral, onde buscará, decerto, impedir a decretação da falência da empresa. Do mesmo modo, reivindicará um melhor aparelhamento do próprio Poder Judiciário, visto que trata-se de matéria especializada, tendo em vista que, para a qual os magistrados não foram previamente instruídos para executá-la.

Possíveis desarranjos e excessos, se acontecerem, terão que ser contidos pelo Poder Judiciário, a quem compete, em última análise, na prestação jurisdicional, a preservação do equilíbrio de interesses, em submissão ao princípio da igualdade, e respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

4 CABIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA FALÊNCIA

Como visto, o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica é empregado em diversos momentos processuais, quando os sócios são demandados judicialmente por credores que não obtiveram o devido pagamento de seus créditos, não deixando, todavia, de examinar os pressupostos legais. E um desses momentos é no instituto da Falência, que é considerada um dos mais delicados na vida de uma sociedade. A decretação de falência já é uma medida drástica que acontece com a sociedade empresária, e isso se agrava, quando é aplicado o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, sendo necessária uma análise muito mais cuidadosa.

4.1 A Desconsideração da Personalidade Jurídica à luz do Código Civil

É sabido acerca da importância que a pessoa jurídica possui, como uma das produções humanas mais relevantes no que se refere não somente aos desígnios empresariais, mas essencialmente aos fins sociais. A autonomia patrimonial entre a sociedade e seus sócios têm se revelado fundamental para o desenvolvimento econômico, e por este motivo é primordial ter este princípio protegido pelo ordenamento jurídico pátrio.

A lei reconhece a pessoa jurídica como um importantíssimo instrumento para o desempenho da atividade empresarial, não se tornando, porém, em um dogma inatacável. Em que pese, a personalidade jurídica das sociedades deve ser utilizada na busca de objetivos legítimos e não deve ser corrompida. Todavia, caso a busca por esses objetivos seja desvirtuada, não se pode fazer prevalecer o dogma da separação patrimonial entre a pessoa jurídica e os seus sócios. (TOMAZETTE, 2018).

A desconstituição da personalidade jurídica é um instituto que reflete à evolução do tratamento das pessoas morais. A outorga da personalidade jurídica a seres escriturais é um mecanismo jurídico notável, no qual se permite a distinção de patrimônio, personalidade, e existência entre seus sócios e a pessoa jurídica. (MAMEDE, 2018).

Essa distinção de personalidade e de limitação de responsabilidade exigem que os sócios atuem de acordo com a lei e com o ato constitutivo, agindo com boa-fé e probidade. Se há abuso de direito, com a manipulação da personalidade jurídica moral para a prática de atos ilícitos ou fraudatórios, lesando terceiros, vencem-se as finalidades legais, devendo o Direito reagir ao abuso. A desconsideração da personalidade jurídica, é uma dessas reações,

permitindo atribuir a responsabilidade das obrigações aos sócios, administradores. (MAMEDE, 2018).

A personalidade jurídica não pode ser tratada como uma outorga legal absoluta. Na presença de fraude, confusão patrimonial e do abuso de direito, o juiz, em seu comedido arbítrio, pode desconsiderar a personalidade jurídica, responsabilizando o administrador que engana o credor sob o ensejo protetor da pessoa jurídica. Trata-se de um remédio jurídico para combater o emprego impróprio da pessoa jurídica, como bem afirma Tomazette (2018, p. 368):

Desvirtuada a utilização da pessoa jurídica, nada mais eficaz do que retirar os privilégios que a lei assegura, isto é, descartar a autonomia patrimonial no caso concreto, esquecer a separação entre sociedade e sócio, o que leva a estender os efeitos das obrigações da sociedade a estes. Assim, os sócios ficam inibidos de praticar atos que desvirtuem a função da pessoa jurídica, pois caso o façam não estarão sob o amparo da autonomia patrimonial. A desconsideração é, pois, a forma de adequar a pessoa jurídica aos fins para os quais ela foi criada, vale dizer, é a forma de limitar e coibir o uso indevido deste privilégio que é a pessoa jurídica, ou seja, é uma forma de reconhecer a relatividade da personalidade jurídica das sociedades. Este privilégio só se justifica quando a pessoa jurídica é usada adequadamente, o desvio da função faz com que deixe de existir razão para a separação patrimonial.

Esses privilégios da pessoa jurídica somente serão sustentados enquanto invocados e empregados para propósitos legítimos. A utilização da pessoa jurídica para usos impróprios e fins desonestos, como para perpetuar fraudes, burlar a lei, para escapar de obrigações, por outro lado, não será tolerada. Entre esses são várias as situações onde as cortes podem desconsiderar a pessoa jurídica para atingir um justo resultado. (TOMAZETTE, 2018).

Entretanto, frisa-se que o instituto em tela não possui previsão na Lei Falimentar, o que desencadeia divergências doutrinárias sobre sua aplicação em sede de processo falimentar, em que pese, uma parte da doutrina a citar Mamede (2018), entende pela aplicação, enquanto uma outra parte, compreende que sua aplicação seria improvável, como bem afirma Sacramone (2018).

Convém compreender, em primeiro lugar que, o objetivo primordial do processo recuperatório é proporcionar a continuidade da atividade empresarial. Neste sentido, esclarece Koury (2011, p. 146):

A principal característica do novo Direito concursal brasileiro é a ideia de recuperação da empresa, que não era albergada pelo Decreto-lei n. 7.661, de 1945, que tinha, como meta principal, a satisfação igualitária dos credores, consubstanciada no princípio da *par condicio omnium creditorum*, tendo sido

substituída pelo objetivo de assegurar a continuidade do empreendimento do devedor e a preservação dos empregos, como se verifica no artigo 1º da nova lei.

E Acrescenta a citada autora (2011, p. 145) acerca da aplicação da desconsideração em sede de falência:

No tópico da realização do ativo, prevê a nova lei que o arrematante da empresa ou de suas filiais receberá os bens livres de quaisquer ônus, não sendo sucessor do devedor nas obrigações, inclusive as de natureza tributárias, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho (artigo 141, inciso II), de tal sorte que os empregados do devedor que venham a ser contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho, não respondendo o arrematante por obrigações decorrentes do contrato anterior (§ 2, artigo 141). Note-se que o § 1 do dispositivo ora analisado permite a responsabilização do arrematante quando for sócio da sociedade falida, ou sociedade controlada pela falida, perante, em linha reta ou colateral até o 4º(quarto) grau, consanguíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida, e identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão. Trata-se, sem qualquer dúvida, de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine), prevista no artigo 50 do Código Civil, afim de impedir que interpostas pessoas ou sociedades integrantes de mesmo grupo “adquirem”, por preço inferior ao de mercado, os bens da empresa, quando, na verdade, correspondem à mesma pessoa da falida.

Não obstante, os Tribunais têm recepcionado amplamente a desconsideração da personalidade jurídica nos processos falimentares, a exemplo do STJ (2012), que no julgamento do AgRg no REsp nº. 1.229.579/MG, decidiu que sempre que existir evidências do uso da personalidade jurídica da falida com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros, o instituto em estudo será aplicado:

DIREITO CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE SOCIEDADE LIMITADA. DIREITO EMPRESARIAL E PROCESSUAL CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EXTENSÃO, NO ÂMBITO DE PROCEDIMENTO INCIDENTAL, NOS EFEITOS NA FALÊNCIA À SOCIEDADE DO MESMO GRUPO. É possível, no âmbito de procedimento incidental, a extensão dos efeitos da falência às sociedades do mesmo grupo, sempre que houver evidências de utilização da personalidade jurídica da falida com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros, e desde que, demonstrada a existência de vínculo societário no âmbito do grupo econômico, seja oportunizado o contraditório à sociedade empresária a ser afetada. Nessa hipótese, a extensão dos efeitos da falência às sociedades integrantes do mesmo grupo da falida encontra respaldo na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sendo admitida pela jurisprudência firmada no STJ. (STJ, AgRg no REsp nº. 1.229.579/MG, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 18/12/2012). (grifos nossos).

O mesmo se observa em decisão proferida pelo TJ/SC (2010), no julgamento do Agravo de Instrumento n. 70039031794/RS:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE JURÍDICA. REQUISITOS LEGAIS. MEDIDA EXCEPCIONAL. 1. Aplica-se o instituto da desconsideração da personalidade jurídica na hipótese de serem atendidos os requisitos necessários para a sua concessão, visto que se trata de medida de cunho excepcional, estando atrelada à caracterização do desvio de finalidade da pessoa jurídica ou pela confusão patrimonial, a teor do que estabelece o art. 50 do Código Civil. 2. [...]. 3. No caso em tela, estão presentes os requisitos autorizadores para a manutenção da medida concedida em primeiro grau, consubstanciados, em princípio, na prática de ato fraudulento, caracterizado pelo desvio de finalidade com a exclusão de sócios, a fim de salvaguardarem o patrimônio pessoal e não cumprirem com as obrigações assumidas, **hipótese aquela que dão guarida à aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica**. 4. Ademais, é desnecessária a propositura de ação para responsabilização dos sócios da falida, para só então se valer do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, quando no próprio processo falimentar restar verificada a prática de atos que autorizem a concessão da medida em tela. Negado seguimento ao agravo de instrumento. (Agravo de Instrumento nº 70039031794, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 22/12/2010). (grifos nossos).

Corroborado do mesmo entendimento a 3ª Turma STJ (2011), quando do julgamento do REsp 1.125.767/SP, ao afirmar que:

A despeito dessa aplicação extremamente restrita, nas hipóteses de abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, tem sido aplicado o instituto da desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do CC) para estender a falência da pessoa jurídica aos seus sócios, ainda que possuam responsabilidade limitada pelas obrigações sociais.

Constata-se que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica deverá ser empregada, com o propósito de possibilitar a arrecadação de determinados bens afastados de forma fraudulenta da sociedade falida, assim como, nas situações em que a confusão patrimonial não propiciar a diferenciação dos bens particulares dos sócios com os bens da sociedade falida, em função da desordem das relações jurídicas realizadas entre os sócios e a sociedade falida.

4.2 A Medida Provisória 881/2019 e as alterações no Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica

Claramente, precisa-se entender o real significado da Medida Provisória 881, publicada no DOU em 30/04/2019 pelo atual governo de Jair Messias Bolsonaro, sua relevância e urgência sobre a óptica econômica do país. Primeiramente, observa-se que a Constituição Federal traz em seu art. 170 os princípios gerais da atividade econômica os quais ensejam e estabelecem o quanto a liberdade da iniciativa econômica é importante para

economia do Brasil. Nesse aspecto, a MP da Liberdade Econômica veio com intuito de destravar a economia do país e as burocracias enfrentadas pelas sociedades empresariais (art. 1º, da MP). Nesse sentido, a Medida Provisória alterou tão somente e sensivelmente o direito positivado brasileiro a fim de proteger a livre iniciativa e o livre exercício das atividades econômicas.

Como se observará, muitas das alterações propostas já possuíam os seus conteúdos reconhecidos pela doutrina e jurisprudência pátrias.

As mudanças que a Medida Provisória trouxe ao art. 50, do Código Civil, foram significativas, mas carecem de alguns ajustes, já que a mesma trouxe ao artigo alterações disciplinares mediante especificidades e requisitos restritivos para a medida. Antes da alteração o texto tratava o seguinte:

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.

A MP 881/2019 alterou o artigo 50, do Código Civil, trazendo um novo *caput* e incorporando novos parágrafos e incisos. Transcreve - se o texto proposto pela MP n. 881/2019:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º Para fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização dolosa da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I – cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II – transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto o de valor proporcionalmente insignificante; e

III – outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

§ 3º O disposto no *caput* e nos § 1º e § 2º também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o *caput* não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.

Os limites subjetivos que alcançam a personalidade jurídica foram à primeira modificação que a Medida Provisória trouxe para o artigo. Em análise, somente pode responder patrimonialmente as pessoas que, de forma direta ou indireta conseguiram se beneficiar do abuso da personalidade. Nesse sentido, continua tendo caráter excepcional o abuso da personalidade jurídica, dependendo assim da verificação no caso concreto dos desvios de finalidade e confusão patrimonial.

Ademais, a MP trouxe no *caput* do artigo ora analisado, uma limitação subjetiva, ocasionando uma dificuldade para a aplicação do instituto em tela, aonde o demandante precisará demonstrar quem será mais ou menos beneficiado pelo ato ilícito. Todavia, não se pode deixar de mencionar, que a alteração promove uma maior segurança do empresário no desempenho da atividade empresarial, ao resguardar os sócios que não tenham praticados nem se beneficiados dos atos abusivos. Como já tratava a doutrina, a exemplo, de Tomazette (2018, p. 372):

Portanto, a desconsideração não se estende a todos os sócios ou administradores, mas àqueles que tenham poder de controle, de gestão ou tenham participado ou se beneficiado pelos atos abusivos ou fraudulentos determinantes da desconsideração. Sócios ou acionistas minoritários, sem poderes de gestão e sem participação ou benefício pelos atos abusivos, não podem ser responsabilizados e conseqüentemente não podem ser abrangidos pela eventual extensão da falência.

E uma análise rápida, pode-se destacar que os parágrafos incorporados ao artigo supracitado visam identificar os requisitos configuradores da aplicação do instituto da desconsideração, o desvio de finalidade ou confusão patrimonial, onde, vale ressaltar, já era reconhecida pela doutrina e jurisprudência na consagrada Teoria Maior da Desconsideração.

Fazendo um estudo de forma sistemática pode-se perceber que os parágrafos 1º, 2º e 5º destinam-se a determinar o significado dos termos, “desvio de finalidade” e “confusão patrimonial”, já em seus parágrafos 3º e 4º busca descrever o alcance da desconsideração.

No texto original do Código Civil, o legislador utilizava-se da expressão “abuso da personalidade jurídica” para caracterizar a situação de aplicabilidade da desconsideração, constituindo-se, entretanto, um conceito jurídico ambíguo, e por esse motivo, entendeu - se necessário limitar a sua caracterização com o implemento de dois novos conceitos “desvio de finalidade” e “confusão patrimonial”.

O termo “desvio de finalidade”, foi inserido no § 1º do artigo ora discutido, onde o legislador adotou um posicionamento subjetivista, ao acrescentar o elemento subjetivo dolo, visto que, até então a caracterização do desvio de finalidade era tratada de forma objetiva, ou

seja, demonstrado o desvio de finalidade, seria o suficiente para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, até porque, se ocorre o desvio de finalidade com o objetivo de lesar credores ou de promover a busca de benefício próprio, já se demonstra que agiu de forma dolosa. Todavia, com o advento do novo texto, o demandante deverá demonstrar que o indivíduo agiu com dolo, e tal comprovação deverá ser feita por meio do julgamento das circunstâncias do caso concreto.

Em complemento ao parágrafo mencionado, dispõe o § 5º, trazendo novamente um enaltecimento ao elemento subjetivo, onde prescreve: “*não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica*”, ou seja, afirma com outras palavras que o desvio de finalidade não constitui desvio de finalidade. Entre as alterações promovidas pela MP, provavelmente essa tenha sido a mais prejudicial. Como corrobora Gagliano (2019):

Aqui, o desvio de finalidade – um dos requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica segundo o art. 50 – recebeu um segundo golpe (o primeiro decorreu da exigência do 'dolo' para a sua configuração, conforme o § 1º já analisado acima). Ao dispor que não constitui desvio de finalidade a 'alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica', o legislador dificultou sobremaneira o seu reconhecimento: aquele que 'expande' a finalidade da atividade exercida – como pretende a primeira parte da norma – pode não desviar, mas aquele que 'altera' a própria finalidade original da atividade econômica da pessoa jurídica, muito provavelmente, desvia-se do seu propósito.

Com o devido respeito, a imposição de comprovação de dolo representa um claro retrocesso, que ocasiona grandes obstáculos para a incidência da desconsideração, primeiro porque nega o próprio conceito de desvio de finalidade; segundo, porque, na prática, torna sua caracterização mais difícil, beneficiando o empresários que muitas vezes são imprudentes em sua gestão, mas especialmente porque pode promover a prática desleal e irresponsável ao desempenhar atividades estranhas ao objeto social.

Ademais, a doutrina a citar Ramos (2016), ao analisar a desconsideração sobre seu aspecto objetivo, ordinariamente cita o Enunciado n. 37, aprovado na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico".

Todavia, sobre o estudo da aplicação da desconsideração em sede de processo falimentar acredito ser primordial e de grande valia a imposição da comprovação de dolo para aplicação do instituto ora em tela, tendo em vista, que a decretação de falência, por se só, já é uma medida drástica que ocorre com a empresa, onde pode existir sócios que agiram unicamente de boa-fé, e se em conjunto com essa medida, for decretada a desconsideração da

pessoa jurídica, sem a devida observância da existência de dolo, na prática do desvio de finalidade, estaria cometendo uma grande injustiça, por conseguinte ocasionando uma insegurança jurídica.

Acrescentou-se também o § 2º, o qual veio estabelecer os atos caracterizadores da confusão patrimonial. Em que pese, vale lembrar, a doutrina a exemplo de Ramos (2016) e a jurisprudência com grande maestria já ordinariamente apontavam esses atos caracterizadores. Quais sejam: a) cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; b) transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto o de valor proporcionalmente insignificante; e por fim, deixando uma cláusula acerta, de outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

O ponto de destaque neste parágrafo, é a redação do inciso I, no qual prevê, que para caracterizar a confusão patrimonial, será indispensável que ocorra repetidamente o cumprimento das obrigações entre os sócios/administradores e a sociedade empresária, ou seja, não será suficiente para caracterizar a confusão patrimonial, a transferência de ativos ou de passivos sem contraprestações.

A crítica ao § 2º, é justamente ao seu inciso I, no termo “repetitivo”, uma vez que, é possível que, com um único ato isolado, um único cumprimento obrigacional da sociedade empresária em relação aos seus sócios, será capaz de transferir todo o patrimônio da sociedade, com o objetivo de prejudicar os credores, configurando assim, a confusão patrimonial.

Tratando-se do § 3º, do artigo ora estudado, o mesmo prevê que "o disposto no caput e nos § 1º e § 2º também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica", a única ponderação a ser feita seria no tocante a importância de adaptá-lo ao art. 133, § 2º, do CPC, o qual dispõe: "aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica". Devendo adaptá-lo realizando a inclusão da expressão “desconsideração inversa”, para que não surjam dúvidas teóricas e práticas, onde o texto atual do § 3º, pode trazer a falsa impressão de que não se trata da desconsideração inversa.

Com relação ao § 4º, que prevê “a mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica”, o mesmo veio tão somente positivar o que já era considerado pela doutrina e jurisprudência. Como se observa por meio do Enunciado n. 406, aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "a desconsideração da personalidade jurídica alcança os grupos de sociedade quando estiverem presentes os pressupostos do

art. 50, do Código Civil e houver prejuízo para os credores até o limite transferido entre as sociedades"

Fruto de construção jurisprudencial, a extensão dos efeitos da desconsideração visa estender os efeitos de sua declaração às demais empresas do grupo societário, no momento em que reconhecida a existência dos pressupostos do art. 50 do Código Civil: como o desvio de finalidade ou confusão patrimonial entre as sociedades empresárias. Destinando - se, essencialmente, buscar ativos desviados.

No tocante, os objetivos a que se propõe a MP, pode-se afirmar que possuem aspectos positivos às alterações promovidas no Código Civil. Todavia, para que obtenha uma lei ainda mais adequada, é necessário que legislador realize supressão dos parágrafos 1º e 5º do artigo 50, e a supressão das expressões “repetidamente” do inciso I, “exceto” do inciso II, “de valor proporcionalmente insignificante” do § 2º, e, por fim, haja a inclusão da expressão “desconsideração inversa” no § 3º, do artigo 50.

4.3 Fundamentos da Desconsideração no Processo Falimentar

O pedido de aplicação do instituto da desconsideração tem que se fundamentar em fatos que denotem a presença de pressupostos ensejadores desta exceção, visto que este remédio processual não se confunde com as ações de responsabilidade. Além do mais, não deve alcançar a arrecadação de todos os bens do administrador, mas apenas os satisfatórios para abarcar os ganhos contraídos pelo mesmo na relação jurídica compreendida pela fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial.

Destaca-se que não existe dispositivo específico que regulamente a desconsideração da personalidade jurídica no processo falimentar. O art. 82, da Lei n. 11.101/05, dispõe sobre uma ação de responsabilidade que não se confunde com a desconsideração. Diante dessa ausência de normatização em sede falimentar, surgem os fundamentos que podem autorizar a desconsideração da personalidade jurídica em um processo de falência. É importante ressaltar que a desconsideração prescinde de fundamentos legais para a sua aplicação. Todavia, somente em situações excepcionais é que se pode aplicar a desconsideração e essas situações excepcionais é que caracterizam os requisitos fundamentais de sua aplicação. No entanto, existe uma divergência doutrinária sobre quais seriam esses fundamentos. (TOMAZETTE, 2018).

Como visto no Capítulo 1º, para a chamada Teoria Menor, basta o não pagamento de um crédito para justapor a desconsideração da personalidade jurídica. Se a sociedade não

apresentar patrimônio para honrar seus compromissos, mas os sócios forem solventes, deve - se aplicar a desconsideração da personalidade jurídica.

Reconhecendo a aplicabilidade dessa Teoria, em relação ao que guarda - se reservas, o STJ (2003) em sede de REsp 279273/SP já afirmou que:

A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. (STJ – 3a Turma – REsp 279273/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, 3a T., julgado em 4•12•2003, DJ 29•3•2004, p. 230.)

Em contrapartida, para a Teoria Maior da Desconsideração, não basta o inadimplemento de uma obrigação por parte da pessoa jurídica, é imprescindível que tal inadimplemento decorra do deturpação da sua função. Afirma Tomazette (2018) que, a Teoria Menor não deveria ser aplicada em nenhuma hipótese. No entanto, não se pode negar sua aceitação no âmbito do Direito Ambiental, do Direito do Consumidor, e do Direito do Trabalho. Em síntese, pode - se até admitir a teoria menor em certos microssistemas, mas, em um processo geral como a falência, só se pode considera a aplicação da desconsideração fundada na Teoria Maior.

Desta forma, seja com o fundamento na Teoria em si, seja com fundamento no Código Civil, será exequível desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade falida nos casos amparados pela Teoria Maior, ou seja, nos casos de fraude e de abuso e direito associados à autonomia patrimonial. Como visto a fraude é o artifício maldoso para prejudicar terceiros, em outras palavras, a distorção proposital da verdade com o objetivo de prejudicar terceiros, independentemente de se tratar de credores.

Diante do que já foi assentado até o momento, é certo que a desconsideração da personalidade jurídica é admissível no processo de falência. Em que pese, outro ponto de fundamental importância ressaltar é sobre os aspectos processuais dessa desconsideração no processo falimentar.

Sendo possível observar que tornou-se frequente a arrecadação de bens dos sócios, muitas vezes sem o devido respeito ao contraditório e ampla defesa e ao devido processo legal. Parece que os operadores do Direito, como que deslumbrados pela introdução, no Direito Positivo brasileiro, da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, inseriram a autonomia da pessoa moral no campo da exceção, renunciando a evolução secular

do direito empresarial e a própria letra do art. 50, do Código Civil. (ABRAÃO; TOLEDO, 2016).

Antes da vigência do novo Código de Processo Civil, diversos doutrinadores sustentavam a imprescindibilidade da propositura de ação própria para que as responsabilidades da pessoa jurídica fossem imputadas aos sócios. Neste contexto, Coelho (2002) lecionava que o juiz não poderia desconsiderar a pessoa jurídica, a não ser por meio de ação judicial própria, de caráter cognitivo, requerida pelo credor da sociedade contra os sócios ou seus controladores.

Essa percepção, no entanto, foi sendo modificada pela jurisprudência, permitindo a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica sem a obrigação de uma ação autônoma. Além do mais, não se parece coerente suspender a execução já em andamento contra a pessoa jurídica, por não encontrar bens passíveis de penhora, para depois ajuizar novo processo concomitante e autônomo de desconsideração, com o propósito, exclusivamente, de conseguir título executivo judicial contra os sócios e declaração de ineficácia do ato ilícito praticado. Assim sendo, a constrição dos bens dos responsáveis aconteceria apenas após o trânsito em julgado da aludida ação de conhecimento, o que resultaria por retardar excessivamente a concretização do direito pretendido.

O Novo Código de Processo Civil, em seus artigos 133 a 137 veio regulamentar esse novo método de intervenção de terceiros, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Segundo Campinho (2018) anteriormente à vigência do Código de Processo Civil de 2015, a decretação da desconsideração da personalidade jurídica deveria ser pleiteada na esteira da ação de responsabilidade estabelecida no art. 82, da Lei n. 11.101/2005. Mas alertava-se para o fato de que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vinha sendo direcionada para dispensar ação própria e viabilizar a desconsideração da personalidade jurídica nos próprios autos do processo de quebra, como por exemplo no Recurso Especial n. 331.921/SP e no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 12.872/SP. De acordo com Campinho (2018, p. 218):

No entanto não se pode perder de vista que o art. 189 da Lei n. 11.101/2005 prevê a aplicação do Código de Processo Civil, no que couber, isto quer dizer, no que for compatível. Com efeito, o processo de falência não pode parar, não admitindo suspensão ou interrupção. Vem ele grafado pela necessidade de se preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos, inclusive os intangíveis. Portanto, deverá atender aos princípios da celeridade e da economia processual, sob pena de frustrar o desiderato da eficiente liquidação do ativo do devedor. Esse princípio inspirador do processo falimentar, insculpido no art. 75, vem reforçado pelo estatuído no art. 79, ao dispor que os processos de falência e seus incidentes preferem a todos os outros na ordem dos feitos, em qualquer instância. O sistema,

como se pode facilmente perceber, afasta a regra de suspensão do processo contemplada no Código de Processo Civil de 2015.

Os adeptos desse entender reconhecem que a desconsideração da pessoa jurídica, no próprio processo de execução, asseguraria a celeridade do processo, além do mais, o fato da apreciação de cabimento acontecer incidentalmente não infringe os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, uma vez que os sócios e os terceiros interessados, poderão se manifestar em uma ocasião futura.

Segundo o entendimento de Abrão e Toledo (2016, p. 435):

Com o advento do CPC de 2015, nos seus arts. 133 e segs., introduziu o incidente de desconsideração de personalidade jurídica, uma ação incidental visando a esse propósito. Sendo ele cabível, pela letra do art. 134 do novo Código, no processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução de título extrajudicial, teria lugar na falência?

Penso que sim, pois que não há que se ter tanto apego à literalidade, e uma vez que hoje, com a introdução deste incidente, ficou claro o repúdio do legislador à aplicação da desconsideração sem respeito ao contraditório, é preferível um procedimento mais expedito, como o do novo Código, do que o da ação do art. 82 da LRE. No bojo desse incidente, é possível sustentar o abuso da personalidade jurídica pelos sócios e pelos administradores, assim como deferir tutela de urgência que impeça a dissipação dos bens, acaso presentes os requisitos de sua concessão. Não se exclui a hipótese de o administrador efetuar a devolução do bem amigavelmente, requerendo ao juiz, antes da entrega, a retificação do auto de arrecadação.

O incidente tem como objetivo atingir o patrimônio da pessoa física que utilizar-se da pessoa jurídica, para lesar credores, isto é, no momento em que, a pessoa jurídica devedora não possuir patrimônio suficiente para satisfação da dívida, com indicativos de abuso da personalidade jurídica, existe nessa situação a possibilidade de o credor atingir os bens do sócio, por meio da desconsideração da personalidade jurídica.

Neste sentido, para preservar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o sócio será citado para se defender no prazo de 15 dias. Visto que transcorrido o prazo de manifestação da parte, incumbirá ao magistrado deliberar a questão, por intermédio de decisão interlocutória, constituindo o agravo de instrumento o recurso admissível contra referida decisão.

Em virtude da universalidade do juízo falimentar, a jurisdição para declarar a desconsideração da personalidade jurídica do falido será sempre do juízo onde tramita a falência, segundo entendimento jurisprudencial consolidado do TJ-DF (2018), em decisão emitida no julgamento do Agravo de Instrumento n. 0704072-27.2017.8.07.0000/DF:

DIREITO CIVIL E FALIMENTAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. FALÊNCIA DECRETADA. VIS ATTRACTIVA DO JUÍZO FALIMENTAR. NECESSIDADE DE HABILITAÇÃO DO CRÉDITO E REQUERIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PERANTE O JUÍZO DA FALÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Nos termos do artigo 76 da Lei nº 11.101/2005, decretada a falência, ao juízo falimentar compete o conhecimento de todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo. 2. Decretada a falência, resta prejudicado eventual pedido de desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, devendo a habilitação do crédito e eventuais pedidos de preferência ou direcionamento da execução contra os sócios ser efetuado perante o juízo falimentar, sob pena de violação ao juízo universal da quebra e eventual frustração do pagamento aos demais credores. 3. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TJ-DF 0704072-27.2017.8.07.0000, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 01/03/2018, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 07/03/2018.)

Como visto anteriormente, o instituto da desconconsideração trata-se de um fenômeno jurídico episódico, estando seus efeitos restrito ao processo falimentar. Deveras, a desconconsideração decretada no processo falimentar não pode estender os seus efeitos para processo distinto, como na hipótese de embargos de terceiro. Isso em razão da desconconsideração da personalidade jurídica ser referente a um fato específico, com preconiza Coelho (2006, p. 127):

A desconconsideração da pessoa jurídica não atinge a validade do ato constitutivo, mas a sua eficácia episódica. Uma sociedade que tenha a autonomia patrimonial desconconsiderada continua válida, assim como válidos são todos os demais atos que praticou. A separação patrimonial em relação aos seus sócios é que não produzirá nenhum efeito na decisão judicial referente àquele específico ato objeto da fraude. [...] Por apenas suspender a eficácia do ato constitutivo, no episódio sobre o qual recai o julgamento, sem invalidá-lo, a teoria da desconconsideração preserva a empresa, que não será necessariamente atingida por ato fraudulento de um de seus sócios, resguardando-se, desta forma, os demais interesses que gravitam ao seu redor.

Corroborando Tomazette (2018), que para a decretação da desconconsideração da personalidade jurídica, não necessita de uma ação de conhecimento específica, ou seja, pode ser decretada inclusive na fase de execução de um processo. Tal medida não violaria os princípios constitucionais, nem os limites de uma eventual coisa julgada e a legitimidade passiva da execução.

Como entende Mamede (2018, p. 381):

Dentro dessa perspectiva, não há dúvida sobre a possibilidade de decretação da desconconsideração da personalidade jurídica também no próprio processo de falência, seja na própria sentença de decretação, seja posteriormente. Mesmo a previsão de uma ação de responsabilização de sócios não traz consigo a exigência de uma ação própria para a desconconsideração.

“De qualquer modo, mesmo a desconsideração incidental não pode ser decretada sem que se conceda aos réus a devida oportunidade para o exercício dos direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa”. (COELHO, 2010, p. 247).

O Des. Pereira Calças, no julgamento do Agravo de Instrumento 547.780-4/2-00 SP, assim inferiu:

A jurisprudência desta Câmara Especializada perfilha o entendimento de que, apesar de ser admissível a aplicação da “disregard doctrine” de forma incidental no processo de falência, com base nos requisitos do art. 50 do Código Civil, não se pode deixar de observar a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal (...).(Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Agravo de Instrumento: AG 5477804200 SP)

Um dos objetivos da desconsideração está na sua viabilidade em atender aos interesses dos prejudicados, pois se tivessem de esperar uma decisão em ação apartada para comprovar a fraude, ao passo que, corre o processo falimentar, poderia não se obter a tutela apropriada.

Constata-se ainda, que a mera investigação dos fatos para fins de futura e eventual desconsideração pode ser feita sem a participação daqueles que virão, caso se dê o decreto, a ser responsabilizado por dívida da sociedade empresária. (COELHO, 2010).

Não obstante, há de se ressaltar o entendimento diverso e equivalentemente relevante, do Desembargador Paulo Pastore Filho no julgamento do Agravo de Instrumento 366.267-4/2-00, no que refere-se à abertura do contraditório:

A desconsideração da personalidade jurídica [...] não se dá [...] quando o juiz autoriza a expedição de ofícios para a investigação da existência de patrimônio dos sócios da falida, mas sim quando reconhecida a responsabilidade por fraude à lei ou ao contrato, bens venham a ser sequestrados ou tornados indisponíveis, para os fins do estabelecido no art. 6º, parágrafo único, da Lei 7.661/45 e art. 82, § 2º, da Lei 11.101/2005. Dessa forma, não tem a menor relevância a falta de manifestação dos sócios quanto à investigação de seus respectivos patrimônios, porque eles terão a oportunidade de defesa, em ação de responsabilidade prevista no art. 6º da Lei 7.661/45 e art. 82 da Lei 11.101/2005 que, obrigatoriamente deverá ser proposta para que os bens daqueles venham a integrar a massa falida. (Agravo de Instrumento 366.267-4/2-00)

A respeito do tema, especialmente ao tratar do art. 82 e 130 da LRE, Bezerra Filho (2017, p. 247), assevera que:

Portanto, apurando-se que os diretores, controladores, administradores, praticaram atos lesivos ao interesse dos credores, será proposta ação de responsabilidade pelo rito ordinário, estando legitimados também para o polo passivo as pessoas mencionadas, sejam ou não sócias do falido. A propósito, relembre-se que há casos de responsabilização nos quais o juiz poderá optar pela aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, para mandar arrecadar o patrimônio das

peças que seriam legitimadas para a ação. No entanto, embora a desconsideração esteja há bastante disseminada em nosso meio jurídico, sua aplicação ainda está engatinhando em termos processuais, não havendo pacificação sobre como aplicá-la, matéria que com o decorrer do tempo encontrará o devido tratamento por nossos Tribunais. No entanto, é intuitivo que a possibilidade de aplicação dessa teoria, em vez de ajuizamento de ação de responsabilidade, é, mais que possível, bastante provável.

Embora, já se tenha decretada a falência, nada impede que haja a decretação da desconsideração e a consequente extensão da falência, desde que comprovados os requisitos já reportados. Nessas situações, deve-se realizar também a oitiva do sócio ou das demais pessoas que possam ser atingidas, com obediência aos princípios da ampla defesa e do contraditório, sem prejuízo de medidas acautelatórias de indisponibilidade e bloqueio de bens dos sócios, como bem afirma Tomazette (2018)

Particularmente em relação ao processo falimentar, a Teoria da Desconsideração apresenta algumas especificidades interessantes. Em face da polêmica sobre a necessidade de ação autônoma cognitiva para a aplicação da *disregard doctrine* ou pela simples utilização da forma incidental, a Lei de Recuperação e Falência apresenta previsões legais eficientes tanto para quem defende a primeira posição, por meio da previsão legal do art. 82, como para quem defende a segunda posição, devido à imensidade de informações e procedimentos do processo falimentar.

Independentemente do posicionamento seguido, o mais determinante é assegurar a garantia ao princípio constitucional do devido processo legal, por meio da ampla defesa e do contraditório, sob pena de ilegalidade da aplicação da Teoria da Desconsideração.

4.4 Desconsideração e Responsabilidade Pessoal dos Sócios na Falência

Importante evidenciar que não pode ser confundida a desconsideração da personalidade com a ação de responsabilidade do art. 82 da LRF, isto pois, observa-se no que na primeira hipótese, há a extensão dos efeitos da falência para alcançar os bens dos sócios, ao passo que, na segunda hipótese (ação de responsabilidade) não seria certo dizer que há extensão dos efeitos da falência, uma vez que, na prática, ocorre exclusivamente o dever de indenização, com o ressarcimento do prejuízo ocasionado à massa falida.

Como já mencionado, o instituto da desconsideração não possui previsão na Lei Falimentar, o que leva a uma parte considerável da doutrina a compreender que sua aplicação seria impraticável, mesmo na presença de grupos societários. Para essa corrente, a LRF possui sistemas próprios de responsabilização de seus sócios, como os arts. 81 e 82, cuja disciplina é

incompatível com a desconsideração. A aplicação de tal instituto, todavia, não pode ser absolutamente excluída, embora sua aplicação deva ser excepcionalíssima, afirma Sacramone (2018).

Reza o citado dispositivo:

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.

Na falência, o artigo 82, da Lei 11.101/05 estabelece que a responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, e dos administradores da sociedade falida, será verificada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, considerando o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil. (MAMEDE, 2018).

A previsão não se confunde com a desconsideração da personalidade jurídica, mas não a exclui: é lícito ao juízo falimentar desconsiderar a personalidade jurídica da falida para estender os efeitos da falência a outros. A desconsideração da personalidade jurídica pode ser até decretada por outros juízos, no âmbito de relações jurídicas submetidas ao seu conhecimento, desde que demonstrado estarem os requisitos jurídicos para tanto. A responsabilização será apurada no próprio juízo da falência, seguindo-se o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil. Com efeito, irá se apurar se controladores e/ou administradores cometeram atos ilícitos pelos quais podem ser condenados a indenizar. (MAMEDE, 2018).

Segundo Aquino (2005, p. 393), “a desconsideração da personalidade jurídica não deverá ser utilizada para apuração de responsabilidade dos sócios para o que há previsão expressa na lei falimentar arts. 81 e 82 da LRF”.

Por via de regra, a responsabilização do sócio estaria delimitada a sua participação no capital social. Os administradores, no que lhes diz respeito, serão responsáveis por aqueles atos que ultrapassem os limites de seus poderes. As disposições que designam os limites dessas responsabilidades estão no Código Civil e nas legislações inerentes a cada tipo societário. O julgamento dessa responsabilidade e o reconhecimento de sua existência serão processados pelo juízo da falência, independentemente da apuração do ativo e da prova de insuficiência patrimonial.

Como afirma Campinho (2018, p. 218):

É ainda de se considerar em argumentação que, quando a Lei n. 11.101/2005 regula a ação de responsabilidade no art. 82, prevê que a mesma será processada independentemente de realização do ativo e da prova de sua insuficiência para cobrir o passivo, fluindo em paralelo ao processo de falência, não dependendo de uma verificação prévia ocorrida neste processo e, também, sem interferência em seu curso (e muito menos suspendendo-o). Isto porque o objeto, em princípio, é o ressarcimento da massa pelos prejuízos causados, podendo, em alguns casos (responsabilização do sócio oculto e dissolução irregular da sociedade, por exemplo), gerar uma responsabilização ilimitada, sendo que, nesses casos, o montante do passivo falimentar constituirá, no mínimo, o pedido nela formulado. Não se trata, portanto, de extensão dos efeitos da falência, como se tem preconizado no art. 81 para os sócios de responsabilidade solidária e ilimitada, que serão também decretados falidos. Não há necessidade, assim, de se redefinir o polo passivo da relação processual, pois falida continuará sendo apenas a sociedade. Daí porque não há na lei, como não poderia haver, qualquer previsão de suspensão do processo de falência para o processamento da ação de responsabilidade. Ora, sendo assim, não há qualquer sentido lógico ou racional para se defender a suspensão do processo na hipótese do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Na prática, a responsabilidade conhecida no artigo 82, LRE pretende restabelecer o patrimônio social da sociedade falida. Do mesmo modo, os controladores e os administradores também são contemplados pelo artigo e eles deverão ser julgados por sua responsabilidade pessoal pelas práticas em que transgrediram a lei, o contrato ou estatuto, determinada pelo juízo falimentar.

A responsabilidade primária, regulamentada pelo citado dispositivo legal, é que estabelece se os administradores e sócios de responsabilidade limitada poderão ter a responsabilidade pessoal apurada pelo próprio juiz universal. Essa responsabilidade é consequência do descumprimento de seus deveres sociais, como a utilização de recursos da pessoa jurídica para benefício próprio. Nessa situação, os sócios ou administradores envolvidos com o ato ilícito poderão ocasionar um prejuízo à própria pessoa jurídica e, por conseguinte, a todos os seus credores. Para que possa ser indenizada, a massa falida poderá pleitear a responsabilização tão somente dos envolvidos pelo ressarcimento dos prejuízos sofridos, mas a decretação de sua falência não implicará a extensão dos efeitos a eles. (SACRAMONE, 2018).

O dispositivo normativo que proporciona a adequada apuração da responsabilidade dos sócios com responsabilidade limitada, está contida em seu parágrafo 2º, que outorga ao juiz o poder de estabelecer a indisponibilidade dos bens dos réus da ação ordinária. A finalidade é impedir a prática, muito frequente, de que os controladores da sociedade, dela se afastem oportunamente a tempo de não participar de sua falência, atribuindo suas quotas ou ações para outras pessoas, como testa de ferro, de forma a esquivar-se dos efeitos da decretação da falência, no esforço de escapar de sua responsabilidade pessoal.

Afirma Mamede (2018, p. 287) que:

Nem a responsabilização, nem a desconsideração da personalidade jurídica podem ser encaradas como panaceias para atender a toda e qualquer situação de inadimplemento obrigacional pela pessoa jurídica. Preserva-se no Direito brasileiro a regra geral da distinção de personalidade jurídica e de patrimônios entre o membro e a sociedade, além da previsão de ausência de responsabilidade subsidiária dos sócios nas sociedades em comandita simples (sócios comanditários), sociedades limitadas, sociedade anônima e sociedade em comandita por ações (excetuados os administradores). A responsabilização e a desconsideração são medidas de exceção, a serem utilizadas apenas em hipóteses específicas, entre as quais se destacam o uso ilícito (doloso) ou o uso fraudulento da pessoa jurídica. A mera insolvência da sociedade não é causa, por si só, para responsabilizar terceiros, incluindo sócios e administradores.

Nessa esteira, *Abrão (2007) entende que*, a ação de responsabilidade não versa sobre a responsabilidade derivada da desconsideração da personalidade jurídica, mas sim de exteriorizar procedimento com o fim específico de se buscar dos administradores e controladores o aspecto culposos dos atos ruinosos ou prejudiciais que impliquem o ressarcimento, entrando o numerário para o ativo da empresa.

No entanto, referente à desconsideração da personalidade jurídica, apenas em situações especialíssimas aceita-se que o pedido tenha efeito genérico, implicando responsabilizar sócios, administradores ou terceiros pela integralidade das obrigações da falida.

Afirma Mamede (2018, p. 288) que:

Para tanto, faz-se necessário demonstrar que o abuso foi ato constante, alcançando plenamente todas as obrigações sociais. Se não há demonstração inequívoca de que o abuso espalhou-se por toda administração societária, implicando responsabilidade por todo o passivo (o que só poderá ser reconhecido pelo juízo falimentar), será imperativo manter a regra inscrita no artigo 50 do Código Civil: definir qual ou quais obrigações serão objeto de desconsideração, bem como quem suportará seus efeitos, listando os respectivos fundamentos de fato e de direito. Satisfeita aquela obrigação pelo terceiro sobre os quais recaíram os efeitos da desconsideração, o crédito será imediatamente retirado do quadro de credores, não havendo falar em arrecadação para a massa falida do valor daquela obrigação. Haverá arrecadação para a massa falida somente quando for ela, a massa, a credora da obrigação beneficiária da desconsideração. Por exemplo, quando a obrigação já tenha sido adimplida, pedindo o administrador judicial a desconsideração da personalidade jurídica para restituir o patrimônio social.

Verifica-se que existirão casos em que a aplicação de outros instrumentos jurídicos, como por exemplo, a ação de responsabilidade e a ação integralização, será satisfatório para alcançar os objetivos almejados pelos credores e restaurar o patrimônio social da sociedade falida; entretanto, a desconsideração da personalidade jurídica torna-se-á indispensável, principalmente, quando a sociedade falida pertencer a um grupo econômico de fato e/ou de direito que impossibilite a identificação do patrimônio de cada uma das sociedades, em outras

palavras, no momento em que existir confusão patrimonial, resultante do abuso da personalidade jurídica, impreterivelmente, deverá ser efetuada a arrecadação de todos os bens das sociedades pertencentes do grupo econômico.

4.5 O uso abusivo do Instituto da Desconsideração

É admitido por grande parte dos doutrinadores e juristas, que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica vem sendo descaracterizado. Conforme os julgados que serão aqui expostos, verifica-se que demasiadamente se tem aplicado o instituto sem que tenha existido o preenchimento dos pressupostos legais.

O princípio da autonomia patrimonial, da separação patrimonial entre os bens dos sócios e os bens da sociedade, é um princípio de grande relevância no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, esse princípio não é absoluto. Ele pode e tem que ser relativizado quando são constatado desvios em sua utilização.

É verdade que seria uma utopia sustentar a ideia que a personalidade jurídica é empregada sem desvios de sua finalidade. Para salvaguardar então os que com tais desvios são prejudicados, admite-se na legislação a desconsideração dessa personalidade. Através dela, são declarados ineficazes alguns atos. (LOPES, 2011).

Por conseguinte, o que acontece na prática no momento em que há a desconsideração, é que afasta - se a autonomia patrimonial em face do credor de determinada dívida, no qual agiu irregularmente os sócios da sociedade, e não para todos os credores. Essa método tem se apresentado muito efetivo no abuso de fraudes praticadas por sócios que agem de má-fé. No entanto, ainda existe muito abuso da limitação da responsabilidade, e é nesses casos que deve ser aplicado o instituto da desconsideração.

Os sócios desonestos que buscam se livrar de determinadas obrigações valendo-se indiscriminadamente da limitação de responsabilidade da pessoa jurídica não são a maioria dos empreendedores do país. E, lamentavelmente, do mesmo modo que pessoas de má-fé abusam da personalidade jurídica de suas sociedades, alguns magistrados estão aplicando a desconsideração da personalidade jurídica de forma abusiva, confusa, ilimitada e completamente despropositada, sem ter em consideração o princípio da presunção da não culpabilidade. Afinal de contas, constantemente, mesmo quando existe a incerteza de se o devedor atuou fraudulentamente ou não, decide-se por atingir seus bens pessoais.

Afirma Beccaria (2001. p. 154), “em que pese, sobre quando se há dúvidas de fraude: se a fraude do falido for muito duvidosa, será melhor optar por sua inocência”.

Todavia, ao invés de ser empregada exclusivamente naquelas hipóteses em que há desvio de finalidade da pessoa jurídica, fraude contra credores e confusão patrimonial, a desconsideração tem sido utilizada em muitas situações nas quais os sócios não precisariam ser responsabilizados pelas obrigações das sociedades, em conformidade com dispositivos legais e determinações de seus contratos sociais corretamente registrados e válidos.

Aplicar a desconsideração inconscientemente, como demasiadamente vem ocorrendo, várias vezes sem nem conceder a devida oportunidade do sócio de se defender, - infringindo o princípio do contraditório, demonstrando que não praticou nenhum ato de má-fé. Tendo para tanto apenas a insuficiência ou inexistência de patrimônio da sociedade para adimplir com uma obrigação, para que seja determinada a desconsideração. Essa prática dos juízes resulta não só por infringir a lei, assim como acaba por dificultar a conservação das empresas e por não fomentar o empreendedorismo tão fundamental ao bom crescimento da economia brasileira.

Como já mencionado, parte da doutrina faz fortes críticas a aplicação do instituto da desconsideração, argumentando que em alguns casos ela é aplicada sem a observância de seus critérios, chegando até mesmo, a contestar a sua própria continuidade no sistema jurídico pátrio, como esclarece Nunes (2007, p. 35) alertando que:

Sendo assim, o que de fato se vê na aplicação do instituto é uma distorção patológica, a qual não permite que a desconsideração da personalidade jurídica seja realmente aplicada como um mecanismo satisfatório de realização de Justiça, capaz de trazer, a um só tempo, segurança e previsibilidade para as relações sociais.

Com certeza, quando observa a importância econômica e o valor histórico que a limitação de responsabilidade dos sócios apresenta em todo o mundo, é realmente preocupante presenciar à aplicação de uma Teoria que chega, em diversos casos, pôr em risco a própria efetividade da limitação de responsabilidade.

Koury (2011) examinando essa problemática, observou que, em 1990 quando a desconsideração ainda era considerada como uma “inovação” no ordenamento jurídico pátrio, havia, o instituto da desconsideração própria, e o instituto da desconsideração imprópria, que fundava - se na utilização de institutos jurídicos já existentes, buscando alcançar o mesmo resultado, e estando a salvo de diferentes subjetividades, sem desconsiderar-se a personalidade jurídica.

Desta forma, essa denominada desconsideração imprópria não seria nada além do que a anulação ou a declaração de nulidade de atos fraudulentos ou simulados, sem nenhum desgaste ao instituto da pessoa jurídica.

Nesta perspectiva, a citada autora (2011) chegou a abordar a necessidade de separar bem as duas hipóteses, dado que há casos que são plenamente remediáveis pelo recurso às soluções clássicas, especialmente aquelas disponibilizadas pelo Direito Civil, e outros, em que há necessidade de aplicação da desconsideração.

Ao questionar, contudo, se o fato de a fraude ser realizada por meio da pessoa jurídica faria com que a hipótese deixasse de ser de fraude e passasse a ser de desconsideração, Koury (2011, p. 84), apesar de concordar, preliminarmente, que a resposta deveria ser negativa, entende que:

Pode ser possível afirmar que, apesar de, a rigor, não ser hipótese de aplicação da Disregard Doctrine, há necessidade de empregar-se a desconsideração em casos de simulação e fraude à lei, por exemplo, alcançados através do uso do esquema da pessoa jurídica, para que se possa chegar a situações mais justas.

Percebe-se que foi nesse entendimento, que a posteriori, veio a valer-se de justificativa para a aplicação abusiva e sem critérios da desconsideração da personalidade jurídica.

Em seguida, outros autores, como Andrade Filho (2005), afirmaram que a desconsideração da personalidade jurídica poderia ser aplicada em casos concretos em que qualquer uma delas esteja em questão. Quando o autor sustenta que a desconsideração poderá ser aplicada nos casos concretos em que qualquer uma delas esteja em questão, ele se refere exclusivamente as hipóteses de fraude, simulação, dolo, ou atos ultra vires.

Madaleno (2009) um dos mais respeitados estudiosos da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, entende da mesma forma, que o instituto da desconsideração pode ser aplicada nas hipóteses de “abuso de direito”, “abuso do poder de controle”, “fraude contra credores”, “fraude à execução”, “simulação” e “fraude por interposta pessoa”.

Vale lembrar como já mencionado neste trabalho, que há correntes doutrinárias, constituídas por respeitados juristas, que defendem a aplicação da regra do artigo 50, do Código Civil, para circunstâncias não previstas nos pressupostos traçados pelo legislador e que já eram tuteladas pelo ordenamento jurídico.

Segundo a referida corrente, o credor prejudicado pode optar por um ou por outro modo, por exemplo, a desconsideração ou a anulação do ato, conforme o seu interesse. Em outras palavras, o entendimento consisti no sentido de que a “possibilidade de

desconsideração existe para facilitar a vida do lesado e não para dar guarida as negações ou esquivações do devedor de má-fé”, como afirma Madaleno (2009, p. 84), ainda que tal modo, em último caso, possa trazer o comprometimento da própria limitação de responsabilidade.

Manifestando-se a respeito de um caso concreto depositado sob sua análise, Bedaque (2012, p. 449) observou que:

A possível má-fé alegada nos autos decorreria exclusivamente da ciência, por parte do consulente, da existência de processo, cujo polo passivo era ocupado pela alienante dos bens adquiridos por empresas de que ela era sócia. Esse fato, se verdadeiro e desde que demonstrada a insolvência da devedora, tornaria possível tão somente o reconhecimento de fraude à execução. Essa situação jamais daria ensejo à desconsideração da personalidade jurídica, mormente para atingir o patrimônio de terceiro que, embora sócio das adquirentes dos bens pertencentes à executada, não exercia função de direção¹.

Desta forma, o desenvolvimento econômico com a contenção de riscos, foi o que motivou o desdobramento da figura da pessoa jurídica em si, assim como da limitação de responsabilidade dos sócios, conseqüentemente, faz-se necessário e imprescindível a aplicação técnica e ordenada do instituto da desconsideração sob pena de se negar a própria existência da limitação de responsabilidade, como acontece, a título de exemplo, nas relações de consumo.

Azevedo (2007) afirma que não se pode ampliar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, que por sua natureza é excepcional. Proteger as pessoas físicas que compõem a jurídica significa, a médio e longo prazo, tutelar toda a coletividade a quem interessa assistir a criação e o desenvolvimento de novas pessoas jurídicas, aumentando o capital com lastro na sociedade, a arrecadação de tributos, a concorrência e as vagas de empregos oferecidas. Pretender a desconsideração em qualquer hipótese (como pretendia o § 5º, do art. 28, CDC) significa obstaculizar todos esses saudáveis efeitos.

Outro ponto de suma importância a destacar seria a similaridade de efeitos entre a desconsideração e outros institutos jurídicos, em que pese, é o motivo de reiteradas confusões na doutrina, na jurisprudência e, conseqüentemente, até mesmo na legislação, ocasionadas de argumentos muitas vezes superficiais.

Á medida que a lei prevê hipóteses de responsabilização direta, solidária ou subsidiária do sócio ou administrador, perante determinados casos específicos, não tem o que se falar em desconsideração da pessoa jurídica, já que a personalidade moral de modo nenhum impede essa responsabilização.

Como por exemplo no campo do Direito Tributário, onde a responsabilidade prescrita no art. 135, do Código Tributário Nacional, caracteriza uma hipótese de responsabilidade por substituição, uma vez que os administradores da pessoa jurídica devem responder pessoal, única e exclusivamente pelos créditos tributários resultante de condutas que infringem à lei, contrato social ou estatutos por ele realizados. Em tal caso, a sociedade empresária contribuinte, contra a qual o administrador cometeu ato ilícito, encontra-se excluída da responsabilidade por estes débitos, visto que o próprio administrador será o demandado. Verifica-se que o significativo número de casos postos em julgamento pelo judiciário ressalta a importância prática do tema, e as discordâncias dos julgados evidenciam a dificuldade da matéria.

Em diversos casos, não tem o que se falar em desconsideração da personalidade jurídica, visto que, é exequível atribuir diretamente ao sócio a responsabilidade pela cumprimento da obrigação.

Com finalidade de esclarecer a problemática, segue posição do STJ (2009) em sede do REsp nº 1036398/RS com relação ao tema:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SUJEITA À LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL NOS AUTOS DE SUA FALÊNCIA. POSSIBILIDADE. A CONSTRIÇÃO DOS BENS DO ADMINISTRADOR É POSSÍVEL QUANDO ESTE SE BENEFICIA DO ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. - A desconsideração não é regra de responsabilidade civil, não depende de prova da culpa, deve ser reconhecida nos autos da execução, individual ou coletiva, e, por fim, atinge aqueles indivíduos que foram efetivamente beneficiados com o abuso da personalidade jurídica, sejam eles sócios ou meramente administradores. - O administrador, mesmo não sendo sócio da instituição financeira liquidada e falida, responde pelos eventos que tiver praticado ou omissões em que houver incorrido, nos termos do art. 39, Lei 6.024/74, e, solidariamente, pelas obrigações assumidas pela instituição financeira durante sua gestão até que estas se cumpram, conforme o art. 40, Lei 6.024/74. A responsabilidade dos administradores, nestas hipóteses, é subjetiva, com base em culpa ou culpa presumida, conforme os precedentes desta Corte, dependendo de ação própria para ser apurada. - A responsabilidade do administrador sob a Lei 6.024/74 não se confunde a desconsideração da personalidade jurídica. A desconsideração exige benefício daquele que será chamado a responder. A responsabilidade, ao contrário, não exige este benefício, mas culpa. Desta forma, o administrador que tenha contribuído culposamente, de forma ilícita, para lesar a coletividade de credores de uma instituição financeira, sem auferir benefício pessoal, sujeita-se à ação do art. 46, Lei 6.024/74, mas não pode ser atingido propriamente pela desconsideração da personalidade jurídica. Recurso Especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1036398/RS. Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi. 16 de dezembro de 2008. Diário de Justiça da União, Brasília, DF, 03 de fevereiro de 2009. Ed. 297.)

Percebe-se que o STJ tem evoluído em direção à defesa do objetivo primordial da desconsideração. É imprescindível que seja aplicada de fato a verdadeira característica da

desconsideração: o de exceção, e não de regra. Nessa perspectiva, é imprescindível que os magistrados possam contar com uma legislação própria para a aplicação desse instrumento jurídico.

Igualmente, com mesmo objetivo, preconiza Theodoro Júnior (2001, p. 266), distinguindo os dois institutos:

Na verdade, não se pode falar em desconsideração da personalidade jurídica, quando pela lei já existe uma previsão expressa de responsabilidade direta do sócio. Em tal caso a obrigação é originariamente do sócio, mesmo que tenha praticado o ato na gestão social. A teoria da disregard não foi concebida visando a esse tipo de responsabilidade solidária ou direta, mas para aqueles casos em que a pessoa jurídica se apresenta como um obstáculo a ocultar os verdadeiros sujeitos do ato fraudulentamente praticado em nome da sociedade, mas em proveito pessoal do sócio.

Todavia, o uso desordenado do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, promovendo a constrição patrimonial extemporânea dos sócios e administradores, tem ocasionado circunstâncias que por diversas vezes desobedecem a Constituição e a legislação ordinária, confirmando a necessidade de uma maior atenção da temática pelos operadores do direito.

Conclui-se que, de fato o que acontece atualmente no país é uma ambiguidade na aplicação de institutos. Em que pleiteia-se falência em casos de cobrança de quantia insignificante, pleiteia-se a desconsideração em casos em que incumbiria satisfatoriamente uma ação revocatória. E as indefinições por diversas vezes advêm dos próprios juristas que, falhando na escolha da melhor atitude a ser tomada, resulta por retardar a prestação jurisdicional ou, por vezes, culmina por descumprir até a lei e ocasionar uma insegurança jurídica.

Na hipótese da desconsideração da personalidade jurídica, ante o exposto, nota-se que as incertezas são muitas e que as consequências são sérias cada vez que ela é aplicada indiscriminadamente. E, deste modo, desconstrói-se sem justificativas coerentes, um bem tão inestimável, tão valioso não somente para os envolvidos em determinado processo falimentar, como também, para toda a sociedade e para o ordenamento jurídico pátrio: o instituto da personalidade jurídica. Não se pretende adotar a inaplicabilidade irrestrita da Teoria da Desconsideração, e sim, a sua aplicação somente nos casos em que seja efetivamente fundamental, depois de executado um estudo cuidadoso dos fatos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A escolha do tema originou-se a partir das aulas de Direito Empresarial, onde surgiu o interesse devido o debate da aplicação do instituto da desconsideração no processo falimentar. Sendo assim, assunto clássico da esfera comercial, atualmente difundido pelos mais diferentes ramos do Direito, onde tal instituto constantemente esteve envolvido em polêmicas.

Hodiernamente, a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica pertence a um grupo especial de Teorias classificadas de Direito Moderno que chegaram para suprir lacunas no Direito, desde a esfera trabalhista até o Direito Falimentar.

Posterior a extensos debates, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, foram estabelecidos e sedimentados os pressupostos deste instituto, incumbidos de delimitar o alcance, harmonizando - a com outros institutos jurídicos, como o princípio da limitação e da responsabilidade patrimonial.

Ademais, o emprego de tais princípios é, antes de mais nada, um instrumento de incentivo ao empreendedorismo, uma vez que, ao instituí-los, reconhecem assim a importância da ação dos particulares na economia, proporcionando-lhes garantias contra os riscos do negócio, concedendo à toda uma sociedade os benefícios derivados do exercício da atividade empresarial. Porquanto, a história evidencia que os princípios da limitação de responsabilidades e da separação patrimonial, intrínsecos à personificação societária, foram os responsáveis por centralizar os meios necessários para o aperfeiçoamento da atividade econômica, impedindo o desvio de investimentos para outras atividades.

Contudo, existem sócios que agem de má-fé, valendo-se desta autonomia patrimonial, para praticar atos ilícitos, esquivando-se da finalidade principal da pessoa jurídica, beneficiando-se da separação patrimonial, como uma proteção contra os ataques ao seu patrimônio, prejudicando terceiros de boa-fé.

Além disso, para preservar o princípio da autonomia patrimonial, coibindo o seu uso abusivo, foi desenvolvida uma hipótese excepcional, originando-se assim a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, funcionando como uma penalidade, atingindo o patrimônio dos sócios que atuaram de forma ilícita. Transformando-se, dessa forma, em um instituto fundamental para sanar esse desvio de finalidade, funcionando como um mecanismo de proteção à pessoa jurídica, contribuindo para o que é fundamental para toda e qualquer sociedade, o desenvolvimento da atividade empresarial.

Todavia, o referido instituto tem como desígnio a desconsideração da personalidade jurídica própria para um caso específico e não a despersonalização da pessoa jurídica, visto

que, não pretende auferir a anulação por completo de todos os atos da pessoa jurídica, mas busca exclusivamente a superação da autonomia patrimonial em relação a determinado ato.

Bem como já abordado neste trabalho, o instituto falimentar é uma forma de execução coletiva para satisfação de créditos inadimplentes, combinada com a presunção de insolvência do empresário ou da sociedade empresária.

Outrossim, no que se refere a Direito Falimentar a desconconsideração, não se caracteriza pelo simples inadimplemento. Todavia, como apresentado, o art. 50, do Código Civil, elencou o que pode ocasionar à aplicação da Teoria da Desconconsideração da Personalidade Jurídica, caracterizada pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Isto posto, verificou-se que são nítidas as contradições e particularidades referentes aos dois conceitos, que precisam ser rigorosamente observadas, com objetivo de impedir a aplicação aleatória de ambos.

Via de regra, não são os sócios que devem responder pelas dívidas na falência, exceto nos casos das sociedades de responsabilidade ilimitada, nessas sim, há igualdade na responsabilização jurídica, decorrente de previsão na própria lei falimentar.

Desse modo, constatou-se duas hipóteses distintas: 1) a aplicação da Teoria da Desconconsideração da Personalidade Jurídica, ressaltando que refere-se a uma situação específica e que não se busca eliminar a pessoa jurídica, mas tão-somente afastá-la em determinado caso concreto, e, que nos casos de falência, devem remeter aos abusos cometidos antes da decretação do estado falimentar; e 2) uma outra conjectura é a estabelecida na Lei de Falências, que caracteriza a responsabilização do sócio por ato ilícito e o ocasional dano causado à sociedade falida.

De acordo com o que foi aqui debatido e corroborado com exemplos de julgados, o instituto em estudo tem sido aplicado pelos magistrados de forma desorganizada. E é essa realidade que se tenta repelir.

Com isso, a razão que leva um indivíduo a requerer a desconconsideração de uma sociedade empresaria é exclusivamente o de cobrar a liquidação de uma dívida, ou o de não perder bens, ou seja, de não ficar no prejuízo. Diante disso, para obter esse objetivo existem outras providencias que podem ser tomadas em vez da desconconsideração.

A título de exemplo, nos casos de falência, a ação revocatória pode consistir em uma determinação mais eficaz e até mais rápida do que o da desconconsideração. Ademais, o mais importante, não provocaria uma insegurança jurídica porque não estaria ocasionando uma aplicação irrestrita de um instituto que desconsidera um princípio importante do ordenamento pátrio.

Por conseguinte, tem-se que, ante a problemática anteriormente apresentada, qual seja, diante da falta de normatização específica, pode - se afirmar que ocorre o uso abusivo do instituto da desconsideração da personalidade jurídica em face de processo falimentar? Tendo como hipótese constatada, sim, pois a falta de regulamentação específica e de uniformidade jurisprudencial para a aplicação do referido instituto em sede de processo falimentar, conduz a sua aplicação de forma casuística. O que faz decorrer inúmeras controvérsias sobre a sua aplicação, que conseqüentemente acaba gerando muitas incertezas sobre o tema e uma insegurança jurídica indesejável.

Destarte, procurando a aplicação correta da desconsideração da personalidade jurídica, vê-se que a mesma deve ser aplicada exclusivamente nos casos em que se caracterize abuso, decorrente de fraude ou de má-fé do administrador e/ou do sócio, não permitindo assim, que o simples estado de insolvência seja o único requisito exigido para a aplicação do referido instituto. Constatando-se assim, que a aludida Teoria deva ser aplicada em raras situações, analisando sua coerência e sistematização, em outras palavras, unicamente nos casos em que encontrem - se caracterizado os requisitos legais para seu emprego.

Além do mais, é de suma importância a constante adaptação e modificação legislativa, com objetivo de tornar clara e correta a aplicação da Teoria da Desconsideração, principalmente no que se refere ao Direito Falimentar e aos efeitos de sua aplicação aos sócios e administradores. Logo, torna-se primordial a criação de norma específica para aplicação do instituto em sede de processo falimentar, resultando em uma unificação de tratamento de forma que se garanta a segurança jurídica no tocante a matéria.

REFERÊNCIAS

ABRAÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

ABRAÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (coord.). **Comentários de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AMARO, Luciano da Silva. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris)**, Porto Alegre, v. 20, n. 58, jul. 1993.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Desconsideração da personalidade jurídica no novo código civil**. São Paulo: MP Editora, 2005.

AQUINO, Diva Carvalho; PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). **Código Civil Comentado**. V. I. São Paulo: Atlas, 2007.

BECCARIA, Cesare Bonesama Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. 2.ed. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2001.

BEZZERA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. **Lei nº 11101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível na Internet: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.078/90, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 04 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.884/94, de 11 de junho de 1998**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8884.htm. Acesso em: 04 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.605/98, de 12 fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm. Acesso em: 04 ago. 2018.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm. Acesso em: 04 ago. 2018.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa.** Prefácio do Ministro Luiz Fux. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CHAGAS, Edilson Enedino das; LENZA, Pedro. **Direito empresarial esquematizado.** 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizada)

CLÁPIS, Flávia Maria de Moraes Geraigire. **Desconsideração da personalidade jurídica.** 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7340>. Acesso em: 04 de abr. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas.** 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. V.3.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Lei de Falências e de recuperação de empresas (Lei 11.101 de 9.2.2005).** São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial.** Direito de Empresa. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CORDEIRO, Pedro. **A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais.** 2. ed. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2005.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A desconsideração da personalidade jurídica. *In:* Alvim, A.; Cerqueira Cesar, J.; Rosas, R (coord). **Aspectos controvertidos do Novo Código Civil.** Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FRAGALE FILHO, Roberto. A desconsideração da personalidade jurídica no novo Código e sua repercussão nas relações trabalhistas. **Revista LTr**, São Paulo, v.67, n.3, mar. 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **A medida provisória da “liberdade econômica” e a desconsideração da personalidade jurídica** (Art. 50, CC): primeiras impressões. Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br. Acesso em: 20 de maio de 2019.

GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da personalidade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2004.

GUERRA, Érica; LITRENTO, Maria Cristina Frascari (org.). **Nova Lei de Falência**. Campinas: LZN, 2005.

GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. **Desconsideração da personalidade jurídica no Código do consumidor**. Aspectos processuais. São Paulo: Max Limonad, 1998.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 3, 2005. **Anais**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no Direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica** (disregard doctrine) e os grupos de empresas. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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: 16 fev. 2019.

LOVATO, Rafael. **Desconsideração da Personalidade Jurídica: a Teoria Maior e Tese sobre a Teoria Menor**.

MACEDO, Gabriela Silva. **O instituto da recuperação de empresas e sua função social**. <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-instituto-da-recupera%C3%A7%C3%A3o-de-empresas-e-sua-fun%C3%A7%C3%A3o-social>. Acesso em: 30 out. 2018.

MADALENO, Rolf Hanssen. **A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

MADALENO, Rolf Hanssen. **A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa no direito de família e no direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. 4.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

MARTINS, Adriano de Oliveira. **Recuperação de empresa em crise: a efetividade da autofalência no caso de inviabilidade da recuperação**, Curitiba: Juruá Editora, 2016.

MAZZEI, Rodrigo. **Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no Projeto do novo Código de Processo Civil**. São Paulo. 2012.

MORO, Fernando Domingos. **Jurisdição Constitucional Como Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NAHAS, Tereza Christina. **Desconsideração da personalidade jurídica: reflexos civis e empresariais nas relações de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2004.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito empresarial**. Ricardo Negrão. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de processo civil**. São Paulo: Método, 2015.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. **Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PEREIRA, Clóvis Brasil. **Mudanças na Lei de Falências**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6747/principais-mudancas-na-nova-lei-de-falencia>. Acesso em: 20 out. 2018.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2016.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1999.

REVISTA CONSULEX. O princípio da função social da empresa. **Consulex**, Brasília, DF, ano 10, n. 228, p. 29, jul. 2006.

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO BANCO CENTRAL. Distrito Federal, v. 2, n.1, p. 199 233, jun. 2008.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SANTOS, Monisa Carla Bertacco dos. **Revista de Processo**. A desconsideração da Personalidade Jurídica na Execução Fiscal vista pelos Tribunais. 2006.

SANTOS. Lisandra Baba Dos. **A Efetividade da Recuperação Judicial no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), 2016.

SERICK, Rolf. **Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por médio de la persona jurídica**. Barcelona: Ariel, 1958.

SILVA, F. P. **As teorias maior e menor da desconsideração da personalidade jurídica.** 2015. Disponível em: <https://fabianeperess.jusbrasil.com.br/artigos/205854963/as-teorias-menor-e-maior-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica>. Acesso em: 04 abr. 2019.

SILVA, Luiz Antônio Guerra. Nova lei de falência, recuperação judicial e extrajudicial. **Revista Consulex**, Brasília, ano IX, nº 196, p.7, 15 mar. 2005.

SOUZA, André Pagani de *et al.* Breves comentários do Código de Processo Civil. *In:* TUCCI, José Rogério Cruz et al. (coords.). **Código de Processo Civil anotado**. Curitiba: AASP, OAB/PR, 2015. p. 269-270.

SOUZA, André Pagani de *et al.* **Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SZTAJN, Rachel. Desconsideração da pessoa jurídica. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.2, mar. 1992.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro, v. 2, p. 3-32, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Processo Civil Brasileiro no Limiar do Novo Século**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TOMASCEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função social da empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 92, abr. 2003.

TOMAZETTE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o Código de Defesa do consumidor e o Novo Código. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 90, v.794, dez. 2001.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito Empresarial**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011. v.1.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. V. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, V. 1.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Falência: desconsideração da personalidade jurídica. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**.

WORMSER, Maurice. **Disregard of corporate fiction and allied corporation problems**. New York: Baker, Voorhis and Company, 1929.

XAVIER, José Tadeu Neves. A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no Código Civil de 2002. **Revista de Direito Privado**, ano 3, n. 10, abr./jun. 2002.

YARSHELL, Flávio Luiz, PEREIRA, Guilherme Setogui. J. (coords.). **Sucessão de empresas e desconsideração da personalidade jurídica, in Processo Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ZANETTI, Robson. **A nova Lei de recuperação de empresas e falência: Aspectos gerais**.

Disponível em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=598. Acesso em: 20 out. 2018.