

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

RODRIGO STRABKO REZENDE

**INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM
PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL:
A INSEGURANÇA JURÍDICA DECORRENTE DA OMISSÃO LEGISLATIVA**

SÃO PAULO

2022

RODRIGO STRABKO REZENDE

**INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM
PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL:
A INSEGURANÇA JURÍDICA DECORRENTE DE OMISSÃO LEGISLATIVA**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como parte dos requisitos exigidos para a conclusão do Curso de Bacharel em Direito.

Área: Direito Comercial.

Orientador: Professor Luiz Gonzaga Modesto de Paula

SÃO PAULO

2022

Para a minha avó Marlene de Almeida Strabko, eterna referência em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, ao meu irmão e à minha madrasta, pelo suporte durante toda a minha vida e principalmente durante os 5 anos do curso de direito, sempre estando ao meu lado e direcionando muitas das minhas decisões nessa desafiadora etapa da minha história.

Aos meus amigos e familiares, que estiveram ao meu lado nos momentos alegres e nos não tão alegres assim durante a graduação, mas que sempre se fizeram presentes com bom humor, empatia e humanidade.

Ao meu orientador, o Ilmo. Prof. Luiz Gonzaga Modesto de Paula, pela atenção e disponibilidade de sempre, de também fundamental importância para a conclusão da minha graduação.

Por fim, mas não menos importantes – muito pelo contrário -, aos meus amigos e colegas do escritório Barbosa, Mussnich e Aragão Advogado, que durante os mais de 3 anos que estou por lá foi e é muito mais do que trabalho, é verdadeira segunda graduação no direito e para a vida.

RESUMO

A presente monografia busca analisar a compatibilidade e a utilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do processo de recuperação judicial, realizando uma breve análise de cada um desses institutos, as consequências das ações dos sócios e administradores das sociedades empresárias na condução dos negócios e no cumprimento do plano de recuperação judicial, suas formas de responsabilização e a legislação aplicável em ambos os casos, que se mostra silente com relação à aplicabilidade da extensão da responsabilidade pela desconsideração no âmbito recuperacional. Buscou, ainda, verificar as possíveis consequências do deferimento da desconsideração jurídica nas diferentes fases da recuperação judicial, seja na fase deliberativa, seja na executiva, indicando a insegurança jurídica que a omissão legislativa confere ao procedimento. Por fim, o presente estudo decorre de extensa pesquisa qualitativa, com análise casuística baseada em livros, artigos científicos, dissertações e legislação, sobre o tema abordado.

Palavras-chave: Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Recuperação judicial. Sócios. Administradores. Legislação. Omissão. Insegurança jurídica. Fraude. Atos de falência. Consolidação substancial. Sociedades empresárias. Crise.

ABSTRACT

The present paper seeks to analyze the compatibility and usefulness of the incident of disregard of the legal entity within the scope of the reorganization process, conducting a brief analysis of each of these institutes, the consequences of the actions of partners and managers of companies in the conduct of business and in the fulfillment of the reorganization plan, their forms of accountability and the applicable legislation in both cases, which is silent regarding the applicability of the extension of liability in the scope of the reorganization process. It also sought to verify the possible consequences of granting the lifting of corporate veil in the different phases of reorganization process, whether in the deliberative or executive phase, indicating the legal insecurity that the legislative omission confers on the procedure. Finally, this study results from extensive qualitative research, with case-by-case analysis based on books, scientific articles, dissertations and legislation on the subject.

Keywords: Incident of disregard of legal entity. Judicial reorganization. Partners. Administrators. Legislation. Omission. Legal uncertainty. Fraud. Bankruptcy acts. Substantial consolidation. Business corporations. Crisis.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – Artigo

CC – Lei nº 10.406/2002 (“Código Civil”)

CDC – Lei nº 8.078/1990 (“Código de Defesa do Consumidor”)

CPC – Lei nº 13.105/2015 (“Código de Processo Civil”)

LREF – Lei nº 11.101/2005 (“Lei de Recuperação e Falência”)

LSA – Lei nº 6.404/76 (“Lei das Sociedades Anônimas”)

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

STJ – Superior Tribunal de Justiça

Sumário

1	A constituição das sociedades empresárias, sua autonomia patrimonial e a responsabilização de pessoas.....	9
1.1	A criação da personalidade jurídica.....	9
1.2	Princípios básicos de responsabilização patrimonial.....	11
1.3	Responsabilidade ordinária de sócios e administradores da pessoa jurídica..	14
2	A desconsideração da personalidade jurídica.....	19
2.1	A teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica.....	23
2.1.1	Desvio de finalidade.....	26
2.1.2	Confusão patrimonial.....	27
2.2	A teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica.....	28
2.3	O procedimento para o requerimento de desconsideração da personalidade jurídica (CPC, arts. 133 a 137)	30
3	A crise empresarial e a recuperação judicial.....	32
3.1	A empresa em crise econômico-financeira.....	32
3.2	A recuperação judicial da atividade empresarial em crise	33
3.3	Convolação da recuperação judicial em falência	38
4	A utilização do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo de recuperação judicial	42
4.1	O incidente de desconsideração da personalidade jurídica na fase de deliberação do plano de recuperação judicial.....	44
4.2	O incidente de desconsideração da personalidade jurídica na fase de execução do plano de recuperação judicial	47
5	Conclusão	49

1 A constituição das sociedades empresárias, sua autonomia patrimonial e a responsabilização de pessoas

1.1 A criação da personalidade jurídica

O direito brasileiro concede personalidade jurídica própria a certas organizações de pessoas e bens para que possam desempenhar seu objeto social, titularizando direitos e obrigações, de forma a atuar perante terceiros por seus órgãos e prepostos, mas em nome próprio. Tais organizações, então, passam a ser denominadas de sociedades e a ter personalidade jurídica própria, com exceção de duas (a sociedade em comum e a sociedade em conta de participação), mas que não interessam ao presente estudo, focado nas sociedades de responsabilidade limitada.

Essa personalidade jurídica, como muito bem resumido por Caio Mário, consiste na “*aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações*”¹ e será adquirida com a sua inscrição, respeitada a forma da lei para registro, dos seus atos constitutivos. A sociedade empresária passa, então, a possuir personalidade jurídica própria, diversa da dos seus sócios (CC, art. 49-A²), com o arquivamento dos atos constitutivos na Junta Comercial competente (CC, arts. 45³, 985⁴ e 1.150⁵).

Com a concretização deste registro, a sociedade, além da personalidade jurídica própria, terá existência distinta da de seus membros. Podem ser apontadas algumas consequências diretas disso, como a constituição de (i) nome próprio, sob o qual assumirá direitos e obrigações, e por elas responderá, (ii) nacionalidade própria, independentemente da nacionalidade dos seus sócios, (iii) domicílio próprio, também independentemente de qual seja o dos seus sócios, (iv) capacidade contratual, podendo ser parte em contratos por ela

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1, p. 141.

² “Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores. Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.”

³ “Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo. Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.”

⁴ “Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos” (arts. 45 e 1.150).

⁵ “Art. 1.150. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.”

mesma, não sendo necessário firmar contratos em nome dos seus membros e (v) capacidade processual, podendo figurar no polo ativo ou passivo de ações judiciais ou procedimentos administrativos⁶.

A mais importante das características para este tipo de sociedade é, no entanto, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica com relação aos seus sócios. É dizer: a partir da personificação de uma sociedade empresária passa-se a existir patrimônio próprio que responderá diretamente pelas suas obrigações, razão pela qual este conjunto de bens pode ser considerado, a princípio, como a única garantia dos credores para satisfação das suas dívidas.

Justamente por essa divisão entre o patrimônio afetado pelos sócios para concretização de seus interesses por meio da nova personalidade jurídica criada é que Marlon Tomazette, citando Francesco Massineo, ensina que:

“Ao se exercer a atividade empresarial por meio de uma pessoa jurídica, cria-se um centro autônomo de interesses em relação às pessoas que lhe deram origem, de modo que a estas não são imputados as condutas, os direitos e os deveres da pessoa jurídica. ‘Com o nascimento dela, surge um novo centro de referência de interesses e relações jurídicas; se tem um sujeito jurídico a mais, o qual tem capacidade de direito, capacidade de querer e agir, vontade e responsabilidade patrimonial própria.’”⁷.

Essa autonomia patrimonial consiste em uma via de mão dupla. De um lado, o patrimônio dos sócios não pode ser afetado por dívidas da sociedade. De outro, o patrimônio da sociedade não pode ser afetado por dívidas dos sócios, razão pela qual um também não poderia compensar as obrigações (créditos e débitos) do outro.

De fato, com o intuito de proteger e incentivar o desenvolvimento da atividade empresarial no país, o ordenamento jurídico concede àqueles que pretendem desenvolver determinada atividade econômica a possibilidade de utilizar-se de personalidade jurídica própria e autônoma para tal fim, da mais simples à mais complexa. Mais precisamente, tal personalidade jurídica deve corresponder à criação de nova pessoa jurídica, com bens direcionados à concretização de seu fim social, em patrimônio independente do dos seus sócios.

⁶ CAMPINHO, Sérgio. *Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa*. 18ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 31.

⁷ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário* – v. 1 – 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 105.

Essa característica peculiar das sociedades empresárias, contudo, não é irreduzível e, muitas vezes, merece ser pontualmente afastada para o cumprimento de certas obrigações. Isso porque, apesar de constituir um centro autônomo de direitos e obrigações, é impossível dissociar completamente o patrimônio dos sócios do das sociedades que participa.

Ora, se pertencem os frutos, as cotas e as ações da sociedade empresária aos seus sócios e diretamente os trazem benefícios econômicos, fato é que o patrimônio dessa pessoa jurídica é parte indissociável do patrimônio dos sócios que a compõem⁸.

Para a satisfação de débitos, então, a autonomia patrimonial pode vir a ser afastada quando a personalidade jurídica for um obstáculo ao cumprimento de obrigações ou a constituição de tal débito e o seu não pagamento decorrer de abuso da personalidade jurídica perpetrado por sócio ou administrador, a depender do regime de direito aplicável ao caso. A isso dá-se o nome de desconsideração da personalidade jurídica, que será mais bem aprofundada em capítulo adiante.

Justamente essa possibilidade de mitigação pontual da autonomia patrimonial da pessoa jurídica é que permitiu Luciano Amaro concluir que *“a pessoa jurídica representa instrumento legítimo de destaque patrimonial, para a exploração de certos fins econômicos, de modo que o patrimônio titulado pela pessoa jurídica responda pelas obrigações desta, só se chamando os sócios à responsabilidade em hipóteses restritas”*⁹.

Portanto, a criação de sociedades para o desenvolvimento de atividade econômica por meio de sociedades de responsabilidade limitada, com o reconhecimento da autonomia patrimonial da empresa criada, surge como forma de limitar a responsabilidade dos sócios e o risco do investimento realizado ao capital investido nessa sociedade. Tal limitação, contudo, pode ser pontualmente afastada para a realização de determinado passivo diretamente pelo patrimônio dos sócios ou administradores.

1.2 Princípios básicos de responsabilização patrimonial

Sempre que verificável a existência de dano causado por uma pessoa a outra, inexistindo razões que afastem a responsabilidade do causador do dano (ex. culpa exclusiva da vítima), este responderá pelos danos causados com o seu patrimônio. Nas sociedades

⁸ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário* – v. 1 – 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 109.

⁹ AMARO, Luciano. *Desconsideração da pessoa jurídica no código de defesa do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 5, jan./mar. 1993, p. 169.

limitadas, essa limitação de responsabilidade é apenas com relação aos sócios, sendo que a empresa em si responde ilimitadamente pelos danos causados.

A responsabilidade das pessoas, com foco nas sociedades em questão, conforme preceitua Ricardo Negrão, deve respeitar alguns princípios básicos:

*“Quatro princípios norteiam a responsabilidade patrimonial da pessoa física ou jurídica: a) o princípio da responsabilidade ilimitada, primária, comum a todas as pessoas, pela prática de ato próprio; b) o princípio da unidade patrimonial; c) o princípio da igualdade de tratamento entre os credores comuns do devedor, e, na execução coletiva, decorrente de falência ou de decretação de insolvência civil; d) o concurso universal de credores, moldado pela pars conditio creditorum.”*¹⁰

O princípio “a” apontado indica que toda pessoa responde ilimitadamente e de forma primária pelos danos causados e pelas obrigações assumidas perante terceiros, com bens presentes e/ou futuros. Fato representado pelo CPC, art. 789, que prevê que *“O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”*.

Acontece que do dano causado ou da obrigação assumida pode também surgir a responsabilização secundária capaz de atingir o patrimônio de outras pessoas, de forma a responsabilizá-las por atos do responsável primário. Assim ocorre na hipótese de constituição de sociedades, momento em que o sócio será reconhecidamente responsável secundário das obrigações da sociedade, observados os requisitos legais para tanto (CPC, art. 790, II).

Neste tipo de responsabilização ocorre, nas sociedades, o reconhecimento de que a excussão patrimonial para satisfação da obrigação deve respeitar o disposto pelo art. 795 do CPC que, além de reiterar em seu *caput* o princípio da autonomia patrimonial das sociedades, aponta em seu §1º que *“O sócio réu, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade, tem o direito de exigir que primeiro sejam excutidos os bens da sociedade”*, razão pela qual este sócio demandado poderá requerer o benefício de ordem, devendo, contudo, *“nomear quantos bens da sociedade situados na mesma comarca, livres e desembargados, bastem para pagar o débito”* (CPC, art. 795, §2º).

Já com relação à unidade patrimonial do devedor (princípio “c” mencionado acima), tem-se que, com base no art. 91 do CC, a este será reconhecido apenas um complexo de

¹⁰ NEGRÃO, Ricardo. *Curso de direito comercial e de empresa, v. 1 : teoria geral da empresa e direito societário*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 113.

relações jurídicas (ou patrimônio) com valor economicamente aferível. Afasta-se, assim, a possibilidade de constituição de mais de um complexo de relações jurídicas em nome de uma mesma pessoa.

Caso assim ocorresse, poderiam surgir problemas ao considerar a hipótese de direcionamento de um desses patrimônios constituídos para benefício de certos credores de mesma classe em detrimento de outros, quando, na realidade, o art. 957 do CC prevê que “*Não havendo título legal à preferência, terão os credores igual direito sobre os bens do devedor comum*”.

Tal princípio pode ser pontualmente afastado quando observada a opção legal da não incidência desta responsabilidade patrimonial sobre certos bens do devedor, facilmente representados na figura da impenhorabilidade (CPC, art. 833) e na constituição de bem de família (Lei n. 8.009/90).

Esta unidade patrimonial no caso das sociedades também acaba por ser de fundamental importância para satisfação das obrigações tidas à época da constatação da insolvência do devedor, momento em que todos os seus bens, inclusive aqueles arrecadados no curso do processo falimentar, serão liquidados para realização do passivo existente (art. 103 da LREF e o art. 1.052 do CPC).

Deste princípio da unidade patrimonial, Ricardo Negrão, ao entendê-lo juntamente à regra do concurso universal de credores, aponta o quarto princípio mencionado acima, o da *pars conditio creditorum*. Ou seja, a igualdade de tratamento entre os credores do concurso universal iniciado.

Por este princípio, todos os credores de mesma classe receberão, na fase de liquidação dos créditos, proporcionalmente com base na relação entre o valor total devido à classe e o valor devido ao credor, os valores disponíveis para rateio. Fato muito bem ilustrado pelo exemplo abaixo:

“Exemplo: considerando a habilitação de quatro credores trabalhistas, somando R\$ 100.000,00 (50.000,00 + 10.000,00 + 25.000,00 + 15.000,00), e, ainda, supondo que a massa arrecadada atinja apenas 80.000,00, cada credor receberá proporcionalmente ao valor arrecadado: o credor com direito a 50.000,00 receberá oitenta por cento desse montante, ou seja, 40.000,00; o outro credor, habilitado por 10.000,00, receberá 8.000,00; o credor com direito a 25.000,00 receberá 20.000,00; o último, habilitado com 15.000,00, receberá 12.000,00, totalizando os 80.000,00 disponíveis (40.000,00

+ 8.000,00 + 20.000,00 + 12.000,00). *Os credores pertencentes às classes menos privilegiadas, neste exemplo, nada recebem.*”¹¹

Por fim, conforme adiantado, as chamadas sociedades limitadas são aquelas que restringem a responsabilidade dos seus sócios ao preço de emissão das ações por ele titularizadas (sociedade anônima – cf. art. 1º da LSA) ou à própria soma do capital social, inclusive com responsabilidade solidária por sua integralização (sociedade limitada – cf. art. 1.052 do CC)¹². Ou seja, os riscos do negócio restringem-se, ordinariamente, ao montante investido para constituição do capital social da sociedade limitada ou para compra das ações de emissão da sociedade anônima.

Portanto, ordinariamente, as obrigações assumidas e os danos causados por uma pessoa serão por ela satisfeitas por meio do seu patrimônio único, regra esta que poderá ser afastada a depender do tipo societário escolhido, atingindo o patrimônio dos seus sócios de forma secundária. Já em caso de insolvência, o valor disponível para os credores será rateado respeitando a ordem das classes e a proporção de participação do credor no saldo geral da classe.

1.3 Responsabilidade ordinária de sócios e administradores da pessoa jurídica

Como visto no item anterior, as pessoas jurídicas possuem existência distinta da de seus membros, fato reconhecido há mais de 100 anos pelo art. 20 do CC/1916¹³, o que levaria à responsabilização primária e ilimitada da sociedade para satisfação de suas obrigações e reparação dos danos causados. Acontece que, muitas vezes, o dano aferido é causado pelo sócio ou pelo administrador e por eles deverá ser diretamente reparado.

Como defendido por José Edwaldo Tavares Borba¹⁴, nos sistemas jurídicos baseados no direito romano-germânico, a formação e a manifestação de vontade das pessoas jurídicas é muito bem representada pela teoria organicista, em detrimento da teoria da representação. Razão pela qual, ainda que completamente desprovida de meios materiais para manifestação de vontade e para realização de negócios, a pessoa jurídica assim o faz por meio de seus órgãos sociais. Acrescenta, ainda, Sérgio Campinho:

¹¹ NEGRÃO, Ricardo. *Curso de direito comercial e de empresa, v. 1 : teoria geral da empresa e direito societário*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 114.

¹² CAMPINHO, Sérgio. *Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa*. 18ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 26.

¹³ “Art. 20. *As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.*”

¹⁴ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 307-405.

“Ante a absoluta inadequação da teoria contratualista, ela culminou por ceder espaço à teoria organicista, segundo a qual os administradores são meio de exteriorização da capacidade jurídica da sociedade. Não atuam, assim, como simples representantes da pessoa jurídica. São mais do que isso. Como titulares de um órgão de administração, apresentam a companhia, ou seja, fazem presente a vontade da pessoa jurídica. Desse modo, quando a sociedade age por meio de seus administradores executivos é ela própria quem manifesta a sua vontade na realização dos atos que venham a praticar. Não se estabelece, pois, entre os diretores e a companhia uma relação de contrato, independentemente de serem eles eleitos pela assembleia geral ou pelo conselho de administração.”¹⁵

A constatação na prática dessa teoria se dá com a presença de certos órgãos sociais nas sociedades de responsabilidade limitada. No caso das sociedades anônimas, conforme art. 121 da Lei das SA¹⁶, a deliberação ocorrerá por meio da assembleia geral, já no caso das sociedades limitadas, essa deliberação ocorrerá por meio da reunião de sócios (CC, art. 1.072¹⁷). Também é possível a verificação de órgãos de controle (conselho fiscal) ou de execução (administração ou diretoria).

De fato, ao exercerem os direitos e deveres a eles delegados, os administradores e os diretores, analisando os atos por eles praticados no exercício da função, expressam a vontade da pessoa jurídica e não a sua própria vontade, executando o quanto decidido pelos órgãos sociais dos quais participam, desde que respeitados os parâmetros estatutários, contratuais e legais nas suas decisões.

Acontece que nem sempre os atos praticados por estes agentes alinham-se aos parâmetros legais e respeitam o objeto social da pessoa jurídica. Muitas vezes podem atuar com interesses escusos para benefício próprio, de terceiro ou que acaba por violar a lei vigente. Tal extrapolação dos padrões previstos poderá acarretar sua responsabilização ordinária, de forma a responder pessoal, primária e ilimitadamente pelos danos causados como se em nome próprio tivesse agido.

¹⁵ CAMPINHO, Sérgio. *Curso de Direito Comercial – Sociedade Anônima*. 5ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020, pp. 306-307.

¹⁶ “Art. 121. A assembleia-geral, convocada e instalada de acordo com a lei e o estatuto, tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento.”

¹⁷ “Art. 1.072. As deliberações dos sócios, obedecido o disposto no art. 1.010, serão tomadas em reunião ou em assembleia, conforme previsto no contrato social, devendo ser convocadas pelos administradores nos casos previstos em lei ou no contrato.”

Com relação a estes atos ilegais ou atos de violação do contrato social, Carlos Celso Orcesi da Costa, citado na obra de Ricardo Negrão, esclarece seus significados e extensões:

“aqueles dolosamente praticados e dirigidos para deliberadamente prejudicar terceiros. Assim, não pagar um fornecedor é ato ilegal; constitui uma falta. Mas para os fins dos princípios da responsabilidade o não pagar pode configurar ou não uma violação da lei ou do contrato social. Se a sociedade não paga por estar impossibilitada, por motivo justo, o credor pode cobrar da empresa, mas não há infração dolosa, nem responsabilidade contingente. Se a sociedade desvia o numerário, e não paga ou se em estado pré-falimentar, sai por aí comprando sem lastro, evidencia-se o dolo, e, conseqüentemente, haveria responsabilidade”¹⁸

Tal responsabilidade é expressamente prevista pela legislação aplicável às sociedades de responsabilidade limitada. Com relação às sociedades anônimas, o art. 158 da LSA, é claro ao estabelecer as hipóteses de responsabilização pessoal do administrador:

“Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.”

Já com relação à sociedade limitada, é possível apontar o art. 1.016 do CC, que prevê expressamente que *“Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções”*. Não se ignora, também, a possibilidade de aplicação supletiva das disposições da Lei das SA a esse tipo societário (CC, art. 153, p.ú.¹⁹), possibilitando o reconhecimento da responsabilidade do administrador nas hipóteses do já citado art. 158.

Não se ignora, no entanto, que a decisão tomada, ou ato praticado, pelo administrador enquanto agente da função pode muito bem causar danos a terceiros, mas tais danos decorrerem do próprio risco empresarial. Tanto é assim que, nos termos do art. 159 da Lei das

¹⁸ NEGRÃO, Ricardo. *Curso de direito comercial e de empresa, v. 1: teoria geral da empresa e direito societário*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 120.

¹⁹ “Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples. Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.”

SA, poderá ser afastada a responsabilidade do administrador caso seja verificado que agiu em boa-fé e visando o interesse da própria companhia:

“Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio. [...] § 6º O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.”

Essa regra possui correspondente no direito norte americano pautado na teoria do *Business Judgement Rule*. Por esta teoria, será garantido ao diretor de uma companhia imunidade com relação à sua responsabilização quando este vir a ser processado por violação do dever de cuidado, mas suas ações estiverem dentro deste parâmetro de cuidado. Visa apartar eventual tomada incorreta de decisão de eventual abuso.

Em ações cujo objeto for a violação pelo diretor deste dever de cuidado para com a companhia, as cortes deverão manter a validade de certo ato praticado por este diretor quando (i) agiu em boa-fé, (ii) com o cuidado que um cidadão razoável teria, e (iii) com convicção razoável de que o diretor agiu nos melhores interesses da companhia. É, em resumo, uma presunção em favor da diretoria²⁰.

Em resumo, a responsabilização do administrador depende da violação de um dever legal ou estatutário/contratual, capaz de gerar dano à companhia, e que decorra de dolo ou culpa. Para ilustrar as hipóteses trazidas, Sergio Campinho apresenta exemplos elucidativos de condutas passíveis de responsabilização do administrador:

“São exemplos de condutas enquadráveis na situação em tela o desvio e o emprego de fundos sociais em despesas alheias ao objeto da companhia; deixar caducar o direito à renovação compulsória da locação de imóvel em que a companhia exerce a sua empresa e, assim, integrante do seu estabelecimento; a alienação de um imóvel ou um maquinário da sociedade a preço bem aquém do preço de mercado, motivado por um interesse pessoal; ou deixar de cobrar créditos titularizados pela companhia de devedores solventes.”²¹

²⁰ BUSINESS JUDGMENT RULE. Cornell Law School, 2022. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/business_judgment_rule. Acesso em: 11/10/2022.

²¹ CAMPINHO, Sérgio. *Curso de Direito Comercial – Sociedade Anônima*. 5ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020, p. 337.

Por fim, cumpre esclarecer que tais hipóteses jamais podem ser confundidas com o reconhecimento da desconsideração da personalidade jurídica das empresas. Não há responsabilidade por conta de abuso da personalidade jurídica, mas abuso do poder de controle em si, de forma a responsabilizar pessoalmente os administradores da pessoa jurídica. O sócio, administrador ou diretor é diretamente responsável pelo dano causado.

Justamente com base nessa diferenciação é que foi expedido o Enunciado nº 48 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal:

“A apuração da responsabilidade pessoal dos sócios, controladores e administradores feita independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, prevista no art. 82 da Lei n. 11.101/2005, não se refere aos casos de desconsideração da personalidade jurídica.”

Em igual sentido já foi proferido acórdão pelo STJ:

“6. Não há como confundir a ação de responsabilidade dos sócios e administradores da sociedade falida (art. 6º do Decreto-lei n.º 7.661/45 e art. 82 da Lei n.º 11.101/05) com a desconsideração da personalidade jurídica da empresa. Na primeira, não há um sujeito oculto, ao contrário, é plenamente identificável e evidente, e sua ação infringe seus próprios deveres de sócio/administrador, ao passo que na segunda, supera-se a personalidade jurídica sob cujo manto se escondia a pessoa oculta, exatamente para evidenciá-la como verdadeira beneficiária dos atos fraudulentos. Ou seja, a ação de responsabilização societária, em regra, é medida que visa ao ressarcimento da sociedade por atos próprios dos sócios/administradores, ao passo que a desconsideração visa ao ressarcimento de credores por atos da sociedade, em benefício da pessoa oculta.”²²

Portanto, verificado o dano causado pelo administrador à empresa ou à terceiro mediante dolo ou culpa, e violação de um dever enquanto tal, caberá ação de responsabilidade diretamente contra ele pelo lesado, oportunidade em que poderá vir a ser considerado responsável primário pelo ressarcimento do dano causado, respondendo ilimitadamente por ele.

²² STJ, 4ª T., REsp 1.180.191/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 5.4.2011.

2 A desconsideração da personalidade jurídica

Como visto anteriormente, a ficção da personalidade jurídica concedida às pessoas jurídicas tem como principal base a política econômica e social de limitação da responsabilidade dos sócios ao capital investido na empresa como forma de proteção e incentivo do desenvolvimento econômico, representada principalmente pela sua autonomia patrimonial, desde que os sócios e administradores atuem em observância à lei e à finalidade social da pessoa jurídica criada.

Reforçando essa questão, cumpre destacar os ensinamentos de Domingos Afonso Kriger Filho, que já em 1995 defendia que *“A atribuição da personalidade corresponde assim a uma sanção positiva ou premial, no sentido de um benefício assegurado pelo direito – que seria afastado caso a atividade fosse realizada individualmente – a quem adotar a conduta desejada”*²³.

Acontece que, quando se verifica a realidade da atuação de muitos administradores e sócios na condução dos negócios, sobram exemplos de situações em que a personalidade jurídica, concedida como forma de proteção ao investimento desses empresários, se torna meio de lesar credores e fraudar a lei. De fato, a pessoa jurídica não serve ao mero capricho dos homens que ela compõem, mas para a concretização de seu fim social.

Rubens Requião disse:

*“a sociedade garante a determinadas pessoas as suas prerrogativas, não é para ser-lhes agradável, mas para assegurar-lhes a própria conservação. Esse é, na verdade, o mais alto atributo do Direito: sua finalidade social”*²⁴

O ordenamento jurídico, então, em resposta a esses ilícitos cometidos como se a pessoa jurídica fosse escudo indestrutível à responsabilização dos sócios e administradores que agem com abuso dessa personalidade, o que de fato era, começou a reconhecer limites para esse uso da pessoa jurídica.

Ainda que façamos parte de uma economia de mercado, em que as empresas possuam papel fundamental na geração de riqueza, distribuição de renda e geração de empregos, fato é que contratam, exploram atividades econômicas fundamentais, possuem limitação de responsabilidade de seus sócios e, inclusive, possuem benefícios e incentivos fiscais para

²³ KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *Aspectos da desconsideração da personalidade societária na lei do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 13, jan./mar. 1995, p. 80.

²⁴ REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*. Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 58, n. 410, dez. 1969, p. 15.

manutenção da atividade. Ou seja, o seu desenvolvimento também se deve à sacrifícios sociais, de forma a ser imprescindível a correção da sua atividade e a concretização de seu fim social.

Justamente por essa rede de relações jurídicas que permitem a criação e manutenção da atividade econômica é que a verificação de abusos, principalmente aferível pela confusão ou esvaziamento patrimonial, permite o levantamento pontual e específico do manto de proteção da personalidade jurídica das sociedades limitadas para o cumprimento de certas obrigações.

Essa teoria foi inserida no direito brasileiro pelo nome de desconsideração da personalidade jurídica, mas teve seu início no direito anglo-saxão, em que, dentre outros nomes, passou a ser denominada *disregard of legal entity doctrine* ou *lifting of the corporate veil*.

Para melhor contextualização, cumpre destacar que a decisão judicial precursora dessa teoria foi proferida em 1809 no caso *Bank of United States v. Deveaux*²⁵, mas teve suas bases definidas pela corte britânica no caso “*Salomon vs. Salomon & Co.*”, em 1897.

Conforme brilhantemente exposto por Rubens Requião em seu texto introdutor da teoria no país²⁶, Aaron Salomon constituiu uma companhia juntamente à 6 outros membros de sua família, cedendo o seu fundo de comércio à sociedade constituída, rendendo-lhe 20.000 ações que representavam a sua contribuição ao capital social da empresa, enquanto seus demais sócios possuíam apenas uma ação cada. Salomon ainda recebeu o valor de 10 mil libras esterlinas em obrigações garantidas.

Após aproximadamente um ano da sua constituição, a companhia começou a deixar de cumprir com as suas obrigações levando a sua liquidação. Contudo, constatou-se que o ativo deixado pela empresa era insuficiente para o adimplemento das obrigações garantidas em favor do Salomon, deixando seus credores quirografários sem qualquer possibilidade de receber os valores que lhes eram devidos.

Tal fato fez com que o liquidante passasse a defender que, na realidade, a empresa exercia atividade pessoal do Salomon, com intuito de limitar a própria responsabilidade, e os créditos em seu favor, assim, deveriam ser liquidados por último, após o pagamento de todos os credores de direito da companhia.

Nas palavras do próprio Rubens Requião:

²⁵ *Bank of the United States v. Deveaux*, 9 U.S. 61 (1809). Justia, US Supreme Court. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/9/61/>. Acesso em 15/10/2022.

²⁶ REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*. Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 803, set. 2002, p. 7.

“O magistrado que conheceu do caso em primeira instância, secundado depois pela Côrte de apelação, acolheu essa solicitação, julgando que a ‘company’ era exatamente apenas uma fiduciária de Salomon, ou melhor, um seu ‘agent’ ou ‘trustee’, que permanecera na verdade o efetivo proprietário do fundo de comércio. Nisto ficou a inauguração da doutrina do ‘disregard’, pois a Casa dos Lordes, acolheu o recurso de Aaron Salomon, para reformar aquêlê entendimento das instância inferiores, na consideração de que a ‘company’ tinha sido válidamente constituída, pois a lei simplesmente requeria a participação de 7 pessoas, que no caso não haviam perseguido nenhum intuito fraudulento. Êsses acionistas, segundo ‘Lords’, haviam dado vida a um sujeito diverso de si mesmos, e em última análise não podia, julgar-se que a ‘company’ fôsse um ‘agent’ de Salomon. Em conseqüência não existia responsabilidade de Salomon para a ‘company’, e seus credores e era, conseqüentemente, válido o seu crédito privilegiado.”²⁷

Como visto pelo narrado acima, apesar da reforma da decisão que acabou por desconsiderar a personalidade jurídica da *company* para atingir bens que representavam a realidade fática da atividade da empresa em questão, essa técnica jurisprudencial, como mencionado também pelo Rubens Requião, passou a ser muito bem utilizada na América do Norte, tornando-se mais uma doutrina norte-americana do que britânica.

No Brasil não foi diferente. Com o desenvolvimento das atividades econômicas no país tornou-se recorrente a verificação de abusos no uso da personalidade jurídica, fazendo com que se tornasse extremamente necessário coibir este uso fraudulento por meio do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Como muito bem exposto por Gustavo Tepedino:

“Importante notar que a desconsideração da personalidade jurídica não tem por objetivo a anulação da personalidade ou a dissolução da pessoa jurídica, mas tão somente a desconstituição de cenários reprovados socialmente. Supera-se o escudo protetor conferido pela pessoa jurídica, episodicamente, a fim de atribuir os efeitos (rectius, responsabilidade) de determinada relação obrigacional aos seus

²⁷ REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*. Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 803, set. 2002, p. 7.

*sócios ou administradores, os quais passam, por conseguinte, a responder com seu patrimônio pela dívida da pessoa jurídica.*²⁸

Dessa forma, a proteção concedida à pessoa jurídica será afastada quando constatado o seu uso abusivo e que, conseqüentemente, representa a “*desconstituição de cenários reprovados socialmente*”. Este afastamento, como visto, ocorrerá pontualmente em decorrência de certas obrigações afetadas por estes abusos e em face daqueles que efetivamente se beneficiaram da fraude.

Conforme entendimento exarado pelo STJ, pautado na aplicação da teoria maior da personalidade jurídica, a afetação do patrimônio de sócios e administradores dependem de sua efetiva participação no abuso, de forma a restringir os alvos da desconsideração:

*“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. HERDEIRA. SÓCIO MINORITÁRIO. PODERES DE GERÊNCIA OU ADMINISTRAÇÃO. ATOS FRAUDULENTOS. CONTRIBUIÇÃO. AUSÊNCIA. RESPONSABILIDADE. EXCLUSÃO. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cuida-se, na origem, de ação de indenização por danos morais e materiais na fase de cumprimento de sentença. 3. A questão central a ser dirimida no presente recurso consiste em saber se a herdeira do sócio minoritário que não teve participação na prática dos atos de abuso ou fraude deve ser incluída no polo passivo da execução. 4. A desconsideração da personalidade jurídica, em regra, deve atingir somente os sócios administradores ou que comprovadamente contribuíram para a prática dos atos caracterizadores do abuso da personalidade jurídica. 5. No caso dos autos, deve ser afastada a responsabilidade da herdeira do sócio minoritário, sem poderes de administração, que não contribuiu para a prática dos atos fraudulentos. 6. Recurso especial não provido.”*²⁹

²⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do direito civil: teoria geral do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 134.

²⁹ STJ, 3ª T., REsp nº 1.861.306-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 02/02/2021.

No Brasil tal teoria se ramificou, ainda, em dois grupos: a teoria menor, introduzida com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, e a teoria maior, introduzida pelo Código Civil em 2002, as quais serão melhor desenvolvidas nos capítulos a seguir.

Para não deixar passar em branco, cumpre-se também mencionar a possibilidade de desconsideração inversa da personalidade jurídica, hipótese em que a autonomia patrimonial entre sócios ou administradores e a sociedade será afastada para que esta seja responsabilizada por passivos contraídos por aqueles.

Tal hipóteses, como muito bem expresso pelo STJ, “*incide o instituto da desconsideração inversa da personalidade jurídica (art. 50 do CC/2002 c/c art. 133, § 2º, do CPC/2015) na hipótese em que o administrador ou sócio esvazia seu patrimônio pessoal para ocultá-lo de credores sob o manto de uma pessoa jurídica*”³⁰.

Portanto, fica claro que o uso abusivo da pessoa jurídica deve acarretar a desconsideração de sua personalidade para que a situação constatada de fato pelos atos de administradores e sócios seja, assim, representada pelo direito, tornando-os responsáveis pelas obrigações afetadas por esse uso abusivo.

2.1 A teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica

Como visto, as bases para afastar a personalidade jurídica e a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas para responsabilizar também seus sócios e administradores responsáveis pelos abusos cometidos estão representadas, no ordenamento pátrio, pela regra geral trazida pelo art. 50 do CC, que traz requisitos objetivos para a verificação da ocorrência de tais abusos.

Por esta teoria, o mero descumprimento da obrigação torna-se insuficiente para a responsabilização de sócios e administradores da sociedade analisada. De acordo com o próprio art. 50 do CC, com relevantes alterações trazidas pela Lei nº 13.974/2019 como forma de reforçar a excepcionalidade de sua aplicação, dispõe o seguinte:

“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

³⁰ STJ, 2ª T., REsp nº 1.810.414-RO, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 15/10/2019.

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 os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização 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 os de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo 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 deste artigo 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.”

Na teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica é imprescindível a constatação desses requisitos específicos:

“DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – Execução de título extrajudicial – Tentativas infrutíferas de localização de bens da executada – Elementos no sentido do esvaziamento do patrimônio e de confusão patrimonial – Inexistência – Encerramento irregular que não é fundamento suficiente para o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica – Inteligência do art. 50 do Código Civil e precedentes do Superior Tribunal de Justiça: – Extraí-se do art. 50 do Código Civil, bem como da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que a inexistência

de patrimônio e o encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica não constituem fundamento idôneo para a desconsideração da personalidade jurídica, se não há elementos que indiquem o abuso da personalidade jurídica, representado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. RECURSO NÃO PROVIDO.”³¹

A redação dada pelo art. 50 do CC deixa bem clara a função social da desconsideração, trazendo importante passagem limitadora da extensão da responsabilidade dos sócios a “*certas e determinadas relações de obrigações*”, além de restringi-la aos casos de abuso “*caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial*”.

De fato, a desconsideração irracional e ilimitada da personalidade jurídica, com base única e simplesmente no inadimplemento de obrigações ou existência de grupo econômico, desvirtua por completo a autonomia patrimonial e a própria ficção da personalidade jurídica, chegando ao absurdo de responsabilizar aqueles que conduziram seus negócios de acordo com a lei e o fim social da empresa. O insucesso de certo empreendimento econômico não deve ser visto como prova cabal do uso abusivo da pessoa jurídica.

Tanto é assim que, desde 1992, há jurisprudência específica sobre o tema reconhecendo a excepcionalidade da medida:

“percalços econômicos financeiros da empresa, tão comuns na atualidade, mesmo que decorrentes da incapacidade administrativa de seus gerentes, não se consubstanciam por si sós, em comportamento ilícito e desvio da finalidade da entidade jurídica. Do contrário, seria banir completamente o instituto da pessoa jurídica”³²
“Nos termos do art. 50 do CC, o decreto de desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade somente pode atingir o patrimônio dos sócios e administradores que dela se utilizaram indevidamente, por meio de desvio de finalidade ou confusão patrimonial.”³³

Imprescindível, portanto, a constatação do abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, autorizando a medida pontual e excepcional de desconsideração da personalidade jurídica.

³¹ TJSP, 13ª CDPriv., AI nº 2216707-59.2022.8.26.0000, Rel. Des. Nelson Jorge Júnior, j. 08/10/2022.

³² TJSP, 1º TACivil, 3ª Câmara, AP. 507.880-6, Rel. Des. Ferraz Nogueira j. 15/09/1992.

³³ STJ, 4ª T., REsp nº 1.412.997-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 08/09/2015.

2.1.1 Desvio de finalidade

Passando, então, aos requisitos específicos trazidos pelo art. 50 do CC, temos inicialmente o desvio de finalidade. De acordo com Gustavo Tepedino, “*Ocorre desvio de finalidade quando essa imputação autônoma de situações subjetivas na pessoa jurídica é desvirtuada, de modo que sua autonomia seja utilizada de forma disfuncional, isto é, em contrariedade aos propósitos para os quais o ordenamento tutela sua existência autônoma*”³⁴.

Justamente nesse contexto é que deve ser entendido o §1º do art. 50 retratado acima, já que, ainda que necessário o exame da intenção de lesar por parte do agente, poderá ser constatado o desvio de finalidade da pessoa jurídica quando houver violação de sua função social, comprometendo justamente a sua autonomia.

Marlon Tomazette acrescenta a este ponto o fato de que a alteração trazida pela Lei nº 13.974/2019 passa a deixar claro que o desvio de finalidade se apresenta na realidade como uma forma proposital de lesar credores ou praticar atos ilícitos, presentes, por exemplo, na lavagem de dinheiro e ocultação de patrimônio.

O autor em questão, citando Alexandre Couto Silva, também traz interessante reflexão sobre a similitude que o desvio de finalidade passou a ter com o conceito clássico de fraude:

*“Neste ponto, o conceito do desvio de finalidade passa a se assemelhar com o conceito clássico de fraude, que é o artifício malicioso para prejudicar terceiros, isto é, ‘a distorção intencional da verdade com o intuito de prejudicar terceiros’. O essencial na sua caracterização é o intuito de prejudicar terceiros, independentemente de se tratar de credores. Com a nova redação, o desvio de finalidade passa a ter o mesmo cerne, qual seja, a intenção dos envolvidos de lesar ou praticar ilícitos de qualquer natureza.”*³⁵

Cumprido ressaltar, também, que o §5º do art. 50 do CC, já citado acima, também reconhece não constituir “*desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica*”. De fato, tais situações não são capazes de, por si só, representarem o uso abusivo da personalidade jurídica, já que completamente cabíveis e esperadas com o desenvolvimento e crescimento de uma atividade econômica, de forma a afastar a presunção de uso abusivo nestes casos.

³⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do direito civil: teoria geral do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 135.

³⁵ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário* – v. 1 – 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 119.

2.1.2 Confusão patrimonial

Agora com relação ao segundo requisito trazido pelo art. 50 do CC, temos a confusão patrimonial entre os patrimônios dos sócios e administradores e o patrimônio das empresas. É aquilo que se denominou de *commingling of funds* da experiência norte-americana, caracterizado pela “ausência de separação de fato entre os patrimônios”.

Como decorrência de toda a lógica da aplicação restrita da desconsideração da personalidade jurídica, a confusão patrimonial que se pretende coibir não é meramente a interferência pontual de um patrimônio no outro, ou vice-versa, por meio de relações obrigacionais lícitas, mas refere-se à efetiva sobreposição e mistura dos patrimônios dos sócios e administradores com o da pessoa jurídica.

Como muito bem defendido por Gustavo Tepedino, a desconsideração da personalidade jurídica por confusão patrimonial apenas traz para o direito aquilo que já ocorria na realidade:

“Não se trata de interferências patrimoniais pontuais, que podem ocorrer licitamente por meio de relações obrigacionais estabelecidas entre os sócios e a sociedade, mas de efetiva sobreposição entre as duas esferas patrimoniais em análise. Desrespeita-se, na confusão patrimonial, a linha divisória que separa o conjunto de bens da pessoa jurídica da de seus membros, de tal maneira que a desconsideração vem apenas atribuir efeitos jurídicos a situação que, de fato, já se apresentava.”³⁶

Tratando brevemente do rol exemplificativo trazido pelos incisos do § 4º do art. 50 do CC, tem-se o “cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa”, de forma a reforçar a ideia de que o patrimônio de uma pessoa deve ser destinado ao cumprimento de suas próprias obrigações, não as de terceiros.

Não se ignora o fato de que a recorrência apresentada por este dispositivo deva ser analisada justamente com a ótica do abuso da personalidade. Isso porque, apesar de extremamente comum em pequenas empresas a quitação recíproca de obrigações, fato é que limitar a constatação de confusão patrimonial à prova de recorrência é também ignorar a

³⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do direito civil: teoria geral do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 136.

realidade, de forma a ser ideal permitir também a desconsideração caso poucos cumprimentos recíprocos de obrigações deixem claro o abuso³⁷.

Já o inciso II do dispositivo em questão traz a hipótese de “*transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto o de valor proporcionalmente insignificante*”. A transferência de ativos e passivos entre administradores ou sócios e a pessoa jurídica, sem a devida contraprestação, é forma clássica de utilização recíproca de patrimônios, a justificar o afastamento da autonomia patrimonial para certas obrigações.

Fato muito bem representado pelos exemplos trazidos por Marlon Tomazette:

*“Assim, quando um sócio “adquire” bens da pessoa jurídica, mas não repassa para pessoa jurídica os valores correspondentes, há uma clara mistura dos patrimônios. Do mesmo modo, empréstimos entre a pessoa jurídica e o sócio, embora comuns, precisam obedecer às condições normais de mercado, sob pena de representarem também um mecanismo de mistura dos patrimônios.”*³⁸

Por fim, em seu inciso III, o artigo em questão deixa claro que o rol apresentado é meramente exemplificativo, já que prevê a ocorrência de confusão patrimonial em decorrência de “*outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial*”. Abrange-se, assim, todos os atos que demonstrem o uso indevido da autonomia patrimonial.

Portanto, o abuso da personalidade jurídica em decorrência de confusão patrimonial demanda o realinhamento entre a realidade e o direito, razão pela qual caberá a desconsideração da personalidade jurídica para permitir que os patrimônios daqueles que efetivamente participaram ou se beneficiaram com o abuso sejam atingidos para o cumprimento de certas obrigações.

2.2 A teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica

Analisada, então, a regra geral trazida pelo art. 50 do CC, cumpre também destaque a outra teoria de desconsideração da personalidade jurídica, em que o mero inadimplemento da obrigação pela pessoa jurídica permite a extensão da responsabilidade aos seus sócios, administradores ou outras pessoas do mesmo grupo econômico para o cumprimento de certas

³⁷ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 120.

³⁸ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 120.

obrigações subordinadas à diplomas legais específicos. A teoria em questão é denominada de teoria menor.

Essa linha de pensamento teve origem na própria crise da pessoa jurídica, em que não raramente constata-se que grupos ou situações que obtiveram maior proteção legal ficariam sem receber o devido por conta da insuficiência de bens. Em relações jurídicas desiguais, como as relações de consumo e decorrentes de danos ambientais, vem ocorrendo a aplicação extremada da desconsideração da personalidade jurídica pela simples frustração do credor em receber o seu crédito.

Apesar de criticada por parte da doutrina, principalmente porque seria uma forma de afastar por completo a autonomia patrimonial nessas searas do direito, a teoria menor foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio pelo §5º do art. 28 do CDC e, posteriormente, abarcado pelo art. 4º da Lei 9.605/98:

“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.”

“Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”

Fica claro, então, que o risco da atividade é integralmente transferido para os sócios ou administradores, de modo que passam a responder ilimitadamente pelos atos da sociedade, ainda que não haja a verificação de qualquer abuso no uso da personalidade jurídica. Há, inclusive, decisão no STJ reconhecendo essa aplicação extremada:

“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.”³⁹

Portanto, a desconsideração pela teoria menor prescinde de qualquer verificação de abuso no uso da pessoa jurídica por parte de sócios, administradores ou empresas do mesmo grupo, bastando para que seja afastada a autonomia patrimonial da sociedade a constatação da insuficiência de bens para pagamento da obrigação em questão, ou seja, “*personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados*”.

2.3 O procedimento para o requerimento de desconsideração da personalidade jurídica (CPC, arts. 133 a 137)

O incidente para a desconsideração da personalidade jurídica é novidade trazida quando da promulgação do CPC de 2015 que, ao dedicar 5 artigos ao instituto, delimitou as regras processuais a serem respeitadas para a verificação dos requisitos da desconsideração, com base, principalmente, no contraditório e na ampla defesa.

O pedido de desconsideração da personalidade jurídica poderá ser requerido pelas partes ou pelo Ministério Público, quando a ele couber intervir no processo, sendo “*cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial*” (CPC, arts. 133 e 134).

O pedido de desconsideração da personalidade jurídica poderá, também, ser realizado em sede de petição inicial, momento em que se dispensará a instauração do incidente e demandará a citação daquele que se pretende atingir com o pedido em questão, seguindo o curso regular do procedimento a que se submete, podendo, inclusive, ser julgado por meio de sentença (CPC, art. 134, §2º).

Contudo, caso seja realizado por meio de incidente, a sua instauração suspenderá o processo e demandará também a citação daquele que se pretenda ver desconsiderado (CPC, art. 135). Em qualquer dessas hipóteses, os réus poderão apresentar defesa no prazo de 15 dias e será imprescindível, para o acolhimento do pedido, a demonstração dos requisitos legais específicos para a desconsideração da personalidade jurídica (CPC, art. 134, §4º).

³⁹ STJ, 3ª T., REsp nº 279.273-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 29/03/2004. No mesmo sentido: STJ, 3ª T., REsp nº 737.000/MG, j. 01/09/2011, DJe 12/09/2011.

Caso a opção adotada pela parte seja a instauração do incidente, este será resolvido mediante decisão interlocutória, de forma a fazer com que o recurso cabível em face dessa decisão seja o agravo de instrumento⁴⁰. Caso proferida pelo relator, caberá agravo interno (CPC, art. 136).

Por fim, a procedência do pedido de desconconsideração, transformará a alienação ou oneração de bens ocorrida em fraude de execução em completamente ineficazes com relação ao requerente (CPC, art. 137).

Questão interessante pode surgir quando verificamos na prática pedidos de transmutação da desconconsideração para outros processos, ainda que existentes entre as mesmas partes. Solução interessante é dada a questão pelo Cassio Scarpinella Bueno ao condicionar o reconhecimento da desconconsideração em outro processo à conexão entre as ações⁴¹:

*“A resposta positiva pressupõe que em ambos os processos não só as partes, mas também o pedido e a causa de pedir (da desconconsideração), sejam idênticos. Só assim é que haverá a “tríplice identidade”, a autorizar a incidência da chamada coisa julgada material. Não há, portanto, como entender que a desconconsideração da personalidade jurídica alcance outros processos generalizada ou automaticamente. Até porque o objeto do incidente aqui examinado é o reconhecimento da ineficácia da alienação ou da oneração de bens (art. 137), e não, como se poderia supor para alcançar conclusão diversa, de desconstituição da personalidade jurídica.”*⁴²

Portanto, o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica pode ser realizado por meio da petição inicial ou incidentalmente, momento em que haverá a suspensão da ação de origem para julgamento do incidente, sempre respeitando o contraditório e a ampla defesa das pessoas titulares dos patrimônios que se pretende atingir.

⁴⁰ “Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: [...] V - incidente de desconconsideração da personalidade jurídica;”

⁴¹ “Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.”

⁴² BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 112.

3 A crise empresarial e a recuperação judicial

3.1 A empresa em crise econômico-financeira

A atividade empresarial, em sua maioria esmagadora realizada por sociedades anônimas e limitadas, é peça fundamental em uma economia de mercado, com papel no desenvolvimento social e econômico, gerando riquezas, pagamento de tributos e empregos. Por estes pontos, acabou por receber tratamento especial da Lei nº 11.101/2005 quando a atividade econômica entra em crise econômico-financeira.

Silvio de Salvo Venosa expõe extremamente bem a importância e a função social da empresa, razão pela qual foi reconhecida especial proteção pelo legislador:

*“A empresa constitui um centro de produção de bens e serviços e uma ferramenta de trabalho, sendo, desse modo, uma célula do tecido econômico local, regional, nacional, razão pela qual sua sobrevivência é de interesse geral; sua proteção, aos olhos do legislador, é de ordem pública econômica e social.”*⁴³

De fato, o desenvolvimento da atividade empresarial demanda a resolução satisfatória de diversos problemas no dia a dia, demandando do empresário jogo de cintura ímpar para manutenção de sua atividade produtiva. Contudo, fatores externos, como crises econômicas setoriais, ou fatores internos, como a má-gestão dos negócios, são recorrentemente capazes de levar a atividade empresarial a crises econômico-financeiras.

Nas palavras de Ricardo Negrão:

“A expressão ‘econômico-financeira’ abrange tanto os males que impedem o empresário de perseguir o objeto de sua empresa como também a insuficiência de recursos para o pagamento das obrigações assumidas. Fatores externos à atividade empresarial podem acarretar a crise econômica na atividade que, entretanto, não poucas vezes, deriva de causas internas, resultando da má gestão na administração. Crises econômicas podem acarretar crises financeiras, que se resumem na insuficiência – momentânea ou sistemática – de recursos

⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito empresarial*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 319.

*financeiros para o pagamento dos credores e cumprimento de todas as obrigações assumidas.”*⁴⁴

Justamente pela sua inquestionável relevância socioeconômica, sendo fundamental para o desenvolvimento de uma economia de mercado, é que as crises das atividades econômicas transcendem a pessoa jurídica e atingem toda a coletividade. Por óbvio, atividade empresarial em crise compromete sua capacidade de pagamento de tributos e seus funcionários, além de comprometer também a geração de riquezas e o cumprimento de suas obrigações.

De fato, *“a crise da empresa é contagiosa: ela deixa de cumprir seus compromissos, colocando seus próprios clientes e fornecedores em dificuldades, propagando o mal a outras empresas, tal como o princípio dos vasos comunicantes”*⁴⁵.

A crise em questão pode surgir de diversas formas, inclusive simultâneas. Marlon Tomazette lista algumas dessas possibilidades. Temos, nos seus ensinamentos, a crise de rigidez, quando a empresa é incapaz de se adaptar às evoluções do mercado. Crise de eficiência, quando uma ou mais áreas da empresa rendem menos do que poderiam. Crise econômica, quando a atividade desenvolvida tem custos maiores do que seus ganhos, operando no negativo. Crise financeira, quando a empresa constantemente é incapaz de adimplir com suas obrigações por insuficiência de recursos financeiros. Crise patrimonial, quando inexistente patrimônio suficiente para arcar com as suas dívidas, é o estado de insolvência da empresa⁴⁶.

São essas 3 últimas formas de constatação da crise empresarial que levaram a Lei 11.101/2005 garantir proteção e meios de manutenção e superação da crise às atividades econômicas viáveis.

Portanto, dado à importância socioeconômica do desenvolvimento de atividades empresariais saudáveis capazes de gerar riquezas em todos os âmbitos de sua atuação, o legislador optou por criar meios de garantir que suas crises venham a ser superadas, sendo a recuperação judicial, vista no capítulo a seguir, meio extremamente utilizado para tanto.

3.2 A recuperação judicial da atividade empresarial em crise

⁴⁴ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito empresarial*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 122.

⁴⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito empresarial*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 319.

⁴⁶ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas* – v. 3. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022, pp. 15-16.

Para a atividade empresarial em crise econômico-financeira surge a possibilidade de requerimento do processamento de sua recuperação judicial como forma de superar as dificuldades momentâneas verificadas em empresas viáveis. Devido à importância da manutenção da atividade econômica, é pressuposto do processamento e da aprovação do plano de recuperação judicial o sacrifício de todas as partes envolvidas, visando justamente benefícios futuros.

De acordo com o art. 47 da Lei 11.101/2005, “*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*”.

Com isso em mente, podemos ainda concluir que a recuperação judicial é justamente a somatória dos procedimentos utilizados pela recuperanda e pelos credores, garantidos em lei, para manutenção da sua capacidade produtiva e da sua função social, por meio da aprovação e do cumprimento do plano de recuperação judicial:

“A recuperação judicial, segundo perfil que lhe reservou o ordenamento, apresenta-se como um somatório de providências de ordem econômico-financeiras, econômico-produtivas, organizacionais e jurídicas, por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade autossustentável, superando, com isso, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra seu titular – o empresário –, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores (cf. art. 47). Nesta perspectiva, é um instituto de direito econômico.”⁴⁷

Sob o aspecto processual, a recuperação judicial é fruto de jurisdição voluntária em que o empresário titular da atividade em crise pretende se utilizar do aparato e dos benefícios estatais para superação da situação de crise verificada. É, assim, direito potestativo da recuperanda, inexistindo a figura clássica do réu, já que os credores podem participar ativamente para a confecção de um plano capaz de acolher diversos pleitos relativos à

⁴⁷ CAMPINHO, Sérgio. *Curso de Direito Comercial – Falência e Recuperação de Empresa*. 12ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 12.

continuidade da atividade em crise. Encontra seu limite, contudo, na convocação/declaração da falência (Lei 11.101/2005, art. 48, I).

A recuperação judicial persegue, assim, a formação, aprovação e homologação do plano de recuperação judicial, “o qual poderá resultar de uma solução de consenso ou, subsidiariamente, diante de manifesta impossibilidade, da imposição dos credores, observadas, neste caso, certas condições por lei estabelecidas”⁴⁸.

Neste ponto, surge outro benefício concedido para a empresa que visa a utilização do instituto em questão para manutenção da sua atividade, a suspensão das execuções movidas contra ela, também conhecido por *stay period*, para garantir maior segurança durante a negociação do plano.

Com o deferimento da recuperação judicial e com a publicação da decisão em questão, as execuções mencionadas, cujos créditos são anteriores e se submetem ao procedimento da recuperação, serão suspensas por 180 dias, prorrogáveis por igual período se comprovado que a recuperanda não concorreu para o fim do prazo *in albis*, para que a empresa possa focar na negociação e concretização do plano de recuperação judicial, conforme preceitua o art. 6º, §4º, da LREF.

Nas palavras de Marlon Tomazette:

*“Também constará obrigatoriamente da decisão que defere o processamento da recuperação judicial a determinação da suspensão das execuções contra o devedor, a chamada automatic stay do direito americano, cuja ideia primordial é proteger o devedor dos esforços de cobrança de credores. Tal suspensão visa a dar algum fôlego para que ele possa concentrar seus esforços na negociação do plano de recuperação. A medida visa a beneficiar somente o próprio devedor; havendo outros réus nas ações ou execuções, os processos continuarão em relação a estes. A ideia é manter a situação econômico-financeira do devedor, enquanto ele tenta se reorganizar.”*⁴⁹

⁴⁸ CAMPINHO, Sérgio. *Curso de Direito Comercial – Falência e Recuperação de Empresa*. 12ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 12.

⁴⁹ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas – v. 3*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022, p. 36.

A sua natureza jurídica, apesar de existir divergência doutrinária neste ponto⁵⁰, passou a ser dúplice após as alterações trazidas pela Lei nº 14.112/2020 à Lei nº 11.101/95, consistentes em uma fase negocial e uma impositiva.

Com relação a essa primeira fase, de natureza contratual, tem-se a atribuição novativa da recuperação judicial, representada pelo plano apresentado pela recuperanda dentro do prazo de 60 dias após o processamento da recuperação judicial⁵¹, que será submetido ao crivo dos credores por meio da assembleia de credores. Vislumbra-se, então, duas hipóteses após a apresentação do plano pela recuperanda.

A primeira, consistente na aceitação tácita do plano, em que sua apresentação pela recuperanda não encontra óbice com os credores, sendo então submetido ao crivo do judiciário para fiscalização e correção de irregularidades ou abusos que nele constarem, garantindo a própria legalidade do plano e sua exequibilidade.

A segunda decorre da imposição de óbices pelos credores à homologação do plano de recuperação judicial tal como apresentado pela recuperanda, nos termos do art. 55 da Lei 11.101/2005⁵². Caso isto ocorra, este plano deverá ser submetido à deliberação dos credores por meio da sua assembleia geral, conforme determinado pelo art. 56 deste diploma legal, cujas deliberações somente serão aplicadas ao plano apresentado pela devedora, caso esta anua expressamente com essas alterações⁵³.

⁵⁰ Marlon Tomazette afasta essa natureza dúplice da recuperação judicial, entendendo que em ambos os casos, de aprovação ou imposição do plano pelos credores, a natureza jurídica seria contratual: “*Outra teoria afirma uma natureza dicotômica da recuperação judicial, na medida em que haveria duas possibilidades de concessão pelo juiz. Na primeira modalidade, concedida a partir do consentimento da massa de credores na forma do art. 45 da Lei n. 11.101/2005, haveria a natureza contratual na recuperação judicial, em razão do encontro de vontades. De outro lado, o juiz também teria a possibilidade de conceder a recuperação judicial na forma do art. 58, § 1º, da Lei n. 11.101/2005, sem o consentimento da maioria das classes de credores, o que traria a natureza mandamental para a recuperação judicial. A nosso ver, mesmo nessa segunda hipótese, haveria uma natureza contratual, pois ainda se exige o consentimento da maioria de todos os credores.*” (TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas* – v. 3. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022, p. 36).

⁵¹ “*Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter: I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo; II – demonstração de sua viabilidade econômica; e III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada. Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta Lei.*”

⁵² “*Art. 55. Qualquer credor poderá manifestar ao juiz sua objeção ao plano de recuperação judicial no prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação da relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º desta Lei. Parágrafo único. Caso, na data da publicação da relação de que trata o caput deste artigo, não tenha sido publicado o aviso previsto no art. 53, parágrafo único, desta Lei, contar-se-á da publicação deste o prazo para as objeções.*”

⁵³ “*Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação. [...] § 3º O plano de recuperação*

Caso aprovado nos termos da lei, haverá o prosseguimento da recuperação judicial nos termos acordados, já que aceito pela massa de credores. Desta feita, teremos a formação de contrato unilateral, comportando número indefinido de partes e vontades para um fim comum: a recuperação da empresa em crise.

Caso assim não ocorra e o plano do devedor venha a ser recusado pelos credores, entra-se na segunda fase da recuperação judicial, a sua fase impositiva, em que o administrador judicial concederá 30 dias para que seja apresentado plano de recuperação judicial alternativo confeccionado pelos próprios credores, caso assim desejem (Lei nº 11.101/2005, art. 56, §4º). Tal possibilidade consiste, na realidade, no último óbice à declaração de falência da empresa devedora.

Cabendo ao judiciário garantir, também neste caso, a legalidade do plano, garantindo, principalmente, a “*não imposição ao devedor ou aos seus sócios de sacrifício maior do que aquele que decorreria da liquidação na falência*” (Lei nº 11.101/2005, art. 56, VI). Ressalta-se, ainda, a possibilidade de o plano ofertado pelos credores prever a alteração do controle da sociedade devedora, hipótese em que será concedido o exercício do direito de retirada pelo sócio do devedor.

Tal fato é completamente alinhado à lógica da proteção pretendida e ofertada pela Lei nº 11.101/2005, já que o se pretende não é a recuperação do empresário, mas da atividade empresária em si, sendo ela relevante e essencial para desenvolvimento socioeconômico do país. Em outras palavras, os sacrifícios suportados pela sociedade em geral não são formas de transferir os ônus da má-gestão do empresário, retirando-o caso necessário, mas de garantir a manutenção de atividade econômica próspera e viável.

A bem da verdade, a base da recuperação judicial é a relevância socioeconômica da atividade desenvolvida pela empresa em crise, o que pressupõe a ideia de que haverá um esforço geral (credores, funcionários, fornecedores etc.), inclusive com perdas suportadas por todas as partes, para garantir a manutenção da atividade exercida pela recuperanda, visando, inclusive, benefícios futuros, como novas vagas de empregos, novos contratos e pagamentos de tributos.

Nas palavras de Marlon Tomazette:

“A grande ideia da recuperação é convencer os grupos de interesse de que os ganhos serão maiores no futuro com a manutenção da

judicial poderá sofrer alterações na assembléia-geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes.”

atividade. O empresário deverá convencer seus credores (fornecedores, empregados...) de que é melhor abrir mão de algo nesse momento, para posteriormente haver ganhos maiores. A decisão de cada jogador nesses casos dependerá diretamente do grau de informação que eles tenham sobre o jogo, para que possam tomar a decisão que seja a mais eficiente sob o seu ponto de vista. Cabe à legislação incentivar os jogadores para que eles tenham colaboração mútua e apoiem a melhor estratégia para todos.”⁵⁴

Temos, portanto, os principais pontos da recuperação judicial até a formalização ou não do plano judicial, que consiste em uma série de atos que buscam o consentimento dos credores para permitir a recuperação da empresa em crise por meio da execução do plano, buscando a manutenção de atividades empresariais viáveis.

3.3 Convolação da recuperação judicial em falência

Conforme explicitado no item anterior, a verificação da insolvência da sociedade empresária, confessada ou presumida, não necessariamente significa a impossibilidade de sua recuperação, culminando na declaração de falência, já que o próprio ordenamento jurídico prevê meios para buscar a manutenção de empresas viáveis.

Muitas vezes, contudo, torna-se inafastável a verificação de impossibilidade de manutenção da atividade produtiva, momento em que poderá vir a ser decretada a falência da sociedade em crise. Por justamente ser uma situação de direito, a falência depende de declaração judicial, sendo imprescindível a constatação justamente da insolvência do devedor, a legitimidade passiva específica e a ausência de fatos impeditivos.

Quando reconhecidos esses fatos na recuperação judicial, momento em que o devedor reconhece expressamente a sua insolvência, ainda que momentânea, teremos a sua convolação em falência (Lei nº 11.101/2005). Neste caso, haverá o reconhecimento inequívoco de inviabilidade da recuperação do devedor, constatada pela inviabilidade de produção do plano ou de falhas em sua execução.

Nas palavras de Marlon Tomazette, “*caso não se mostre possível a obtenção da recuperação ou caso o devedor não se mostre capaz de cumprir as obrigações decorrentes da*

⁵⁴ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas* – v. 3. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022, p. 33.

*lei ou por ele assumidas, haverá a decretação da falência como resposta para uma crise que se mostrou insuperável*⁵⁵.

Pode-se dizer, então, que há um pedido implícito do devedor, decorrente da própria lógica da recuperação judicial, de decretação de sua falência no caso de descumprimento dos seus deveres. A Lei nº 11.101/2005 é clara nesse sentido:

“Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial:

I – por deliberação da assembléia-geral de credores, na forma do art. 42 desta Lei;

II – pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei;

III – quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4º do art. 56 desta Lei;

III - quando não aplicado o disposto nos §§ 4º, 5º e 6º do art. 56 desta Lei, ou rejeitado o plano de recuperação judicial proposto pelos credores, nos termos do § 7º do art. 56 e do art. 58-A desta Lei;

IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei.

V - por descumprimento dos parcelamentos referidos no art. 68 desta Lei ou da transação prevista no art. 10-C da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; e

VI - quando identificado o esvaziamento patrimonial da devedora que implique liquidação substancial da empresa, em prejuízo de credores não sujeitos à recuperação judicial, inclusive as Fazendas Públicas.”

Verificada, então, alguma dessas hipóteses, caberá ao juízo recuperacional decretar a falência do devedor, sendo desnecessário o ajuizamento de nova ação pelos credores para o reconhecimento da falência.

Com essa declaração de falência, a novação realizada, caso exista um plano de recuperação judicial, deixará de produzir seus efeitos, fazendo com que os créditos a ele submetidos retornem ao seu estágio inicial, com as devidas compensações caso valores já tenham sido pagos:

⁵⁵ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas* – v. 3. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022, p. 153.

“Havendo a convalidação da recuperação em falência, os atos praticados durante o período de recuperação permanecerão válidos, desde que tenham obedecido à legislação. De outro lado, a novação operada em relação aos créditos abrangidos no plano deixará de produzir efeitos, isto é, os créditos retornarão às suas condições originais, desde que ainda não tenham sido extintos.”⁵⁶

Com a convalidação da recuperação judicial em falência, espera-se, assim, minimizar os efeitos danosos que a manutenção de uma atividade empresarial inviável pode causar à sociedade, sendo criado tal mecanismo para garantir celeridade ao processo de liquidação dos ativos para satisfação dos créditos habilitados na falência, respeitadas as regras a ela específicas⁵⁷.

Cumprido ressaltar que a decretação de falência da sociedade empresária acarreta “o vencimento antecipado das dívidas do devedor e dos sócios ilimitada e solidariamente responsáveis, com o abatimento proporcional dos juros, e convertendo todos os créditos em moeda estrangeira para a moeda do País, pelo câmbio do dia da decisão judicial, para todos os efeitos da LRE”, tornando o processo falimentar uma execução concursal dos ativos deixados pela empresa, inclusive com a manutenção temporária de sua atividade, com alteração do controle, para maximização desses ativos (Lei nº 11.101/95, art. 75).

Além disso, com a alteração legislativa trazida pela promulgação da Lei nº 14.112/2020, passou a ser prevista expressamente a possibilidade de responsabilização dos sócios no curso do processo falimentar das duas formas analisadas neste estudo.

A ordinária, quando verificado o dano causado diretamente pelos sócios ou administradores da devedora em violação ao estatuto ou à lei vigente, e a extraordinária, permitindo que sejam responsabilizados diretamente pelos passivos decorrentes do abuso da personalidade jurídica da devedora, por meio da desconsideração da personalidade jurídica, cujas bases foram expostas anteriormente. Ambos serão julgados na forma dos arts. 82 e 82-A da Lei nº 11.101/2005, pelo juízo falimentar:

“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

⁵⁶ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas* – v. 3. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022, p. 153.

⁵⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito empresarial*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 357.

prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

Art. 82-A. É vedada a extensão da falência ou de seus efeitos, no todo ou em parte, aos sócios de responsabilidade limitada, aos controladores e aos administradores da sociedade falida, admitida, contudo, a desconsideração da personalidade jurídica.”

Supera-se, portanto, o reconhecimento de viabilidade e a tentativa de manutenção da atividade pela frustração do plano ao levar à decretação da falência da devedora, momento em que passará a ser possível a responsabilização ordinária e extraordinária dos sócios ou administradores, sendo medida capaz de impedir a vitaliciedade de empresas inviáveis e minimizar os danos que de sua inviabilidade decorram.

4 A utilização do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo de recuperação judicial

Como visto durante todo este trabalho, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica constitui regra criada visando a separação patrimonial entre a pessoa jurídica e as demais pessoas que a compõem, de forma a imputar ao seu próprio patrimônio a responsabilidade pelo cumprimento de suas obrigações. O passivo verificado, então, será geralmente satisfeito pelo patrimônio da pessoa jurídica devedora.

Acontece que os institutos abrangidos no presente estudo introduziram no ordenamento jurídico formas de também responsabilizar os sócios e administradores de uma pessoa jurídica quando esta for a devedora, seja pela responsabilização direta e ordinária, seja pela responsabilização indireta por meio da desconsideração da personalidade jurídica, quando verificado o abuso da personalidade jurídica.

Em uma primeira análise pode-se parecer um tanto quanto óbvio o cabimento da utilização do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do procedimento da recuperação judicial. Surgem, no entanto, empecilhos legais e práticos quando vislumbradas as possíveis consequências do deferimento da desconsideração da personalidade jurídica para inclusão dos sócios ou administradores da recuperanda no polo ativo da recuperação judicial.

Tal fato decorre principalmente da ausência de disciplina legal da instauração e eventual deferimento do incidente no âmbito do processo recuperacional. A alteração da LREF trazida pela recente Lei nº 14.112/2020 deixou de incluir nos seus dispositivos a previsão de possibilidade de extensão do polo passivo da recuperação por meio da desconsideração da personalidade jurídica, mas assim o fez apenas no capítulo específico com relação ao processo falimentar:

”Art. 82-A. É vedada a extensão da falência ou de seus efeitos, no todo ou em parte, aos sócios de responsabilidade limitada, aos controladores e aos administradores da sociedade falida, admitida, contudo, a desconsideração da personalidade jurídica.

Parágrafo único. A desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, para fins de responsabilização de terceiros, grupo, sócio ou administrador por obrigação desta, somente pode ser decretada pelo juízo falimentar com a observância do art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) e dos arts. 133,

134, 135, 136 e 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), não aplicada a suspensão de que trata o § 3º do art. 134 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).”

Tal alteração legislativa também trouxe previsão específica que permite a extensão do polo ativo da recuperação judicial quando verificada a confusão patrimonial com relação aos ativos da empresa em crise e as demais empresas do seu grupo econômico, de forma a estender e atrair os ativos e passivos de todas as empresas atingidas pela consolidação substancial⁵⁸, inclusive os credores de ambas. Nas palavras de Marcelo Sacramone:

*“Situação diversa ocorre na consolidação substancial. Se integrantes de um mesmo grupo econômico e desde que haja confusão entre os ativos e passivos dos devedores, com a existência de garantias cruzadas, relação de controle ou de dependência ou identidade total do quadro societário, o juiz poderá excepcionalmente consolidar todo o passivo e o ativo de todas as recuperandas. Pela consolidação substancial, haverá a apresentação de uma lista de credores para todos os devedores do grupo, um único plano de recuperação judicial, o qual será deliberado por uma assembleia geral de credores única. Pela deliberação, ou haverá a recuperação judicial de todo o grupo, ou a falência de todas as recuperandas.”*⁵⁹

Além disso, antes da alteração legislativa em questão já existia previsão de consequência para a verificação de fraude, os denominados atos de falência (LREF, art. 94, III). Como também muito bem exposto por Marcelo Sacramone, *“Diante de determinados comportamentos taxativamente previstos na lei, presume-se, de modo absoluto, o risco à satisfação dos credores e submete-se o devedor à falência, a menos que tais atos tenham sido praticados como parte de plano de recuperação judicial”*⁶⁰.

Como ficou claro dos estudos realizados até aqui, apesar de a desconsideração da personalidade jurídica poder ser decretada em procedimento comum, a efetiva expropriação

⁵⁸ “Art. 69-J. O juiz poderá, de forma excepcional, independentemente da realização de assembleia-geral, autorizar a consolidação substancial de ativos e passivos dos devedores integrantes do mesmo grupo econômico que estejam em recuperação judicial sob consolidação processual, apenas quando constatar a interconexão e a confusão entre ativos ou passivos dos devedores, de modo que não seja possível identificar a sua titularidade sem excessivo dispêndio de tempo ou de recursos, cumulativamente com a ocorrência de, no mínimo, 2 (duas) das seguintes hipóteses: I - existência de garantias cruzadas; II - relação de controle ou de dependência; III - identidade total ou parcial do quadro societário; e IV - atuação conjunta no mercado entre os postulantes.”

⁵⁹ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Manual de Direito Empresarial. 3ª ed. São Paulo : SaraivaJur, 2022, p. 172.

⁶⁰ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Manual de Direito Empresarial. 3ª ed. São Paulo : SaraivaJur, 2022, p. 132.

do patrimônio dos afetados apenas virá a ocorrer em processos executivos. A recuperação judicial é procedimento *suis generis* e tem como finalidade inicial a formação do plano de recuperação judicial, posteriormente ingressando em sua fase de execução e de fiscalização do plano para recuperação da atividade empresária.

Acontece que essa execução não é exatamente aquela existente no processo civil, mas se apresenta como a fase de cumprimento das obrigações previstas pelo plano de recuperação judicial. Não se trata apenas de busca de ativos para satisfação dos passivos com fim único no cumprimento de alguma obrigação específica, mas de processo que visa justamente a superação da crise econômico-financeira da empresa recuperanda.

É, na realidade, um processo de recuperação da própria atividade empresária que se busca proteger para a manutenção dos seus benefícios socioeconômicos, que depende justamente de esforços e concessões recíprocas da empresa, credores e sociedade em busca de benefícios futuros para todas as partes.

Ou seja, a Lei já traz consequências claras para verificação de confusão patrimonial e de abusos cometidos pelos sócios ou administradores da recuperanda, de forma a chegar na declaração judicial de consolidação substancial do polo ativo ou na declaração de falência da empresa em crise, não sendo a desconsideração da personalidade jurídica um dos institutos previstos pela LREF à recuperação judicial.

Não são ignoradas no presente estudo as decisões dos tribunais estaduais que reconheceram a possibilidade de utilização do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo de recuperação judicial, como recentemente ocorreu no caso da OAS⁶¹ e da Artex⁶², mas o que se busca trazer ao foco é a latente insegurança jurídica com relação às consequências da instauração do incidente e deferimento da desconsideração da personalidade jurídica, que decorre principalmente da omissão legislativa a esse respeito.

4.1 O incidente de desconsideração da personalidade jurídica na fase de deliberação do plano de recuperação judicial

Como visto anteriormente, nos termos do art. 6º, §4º, da LREF, o deferimento do processamento da recuperação judicial inicia a fase de habilitação dos créditos e acarreta a suspensão de todas as execução em curso em face do devedor durante o prazo de 180 dias, prorrogável por igual período, o que se denomina *stay period*. Tal benefício serve,

⁶¹ Processos nºs 0034426-73.2016.8.26.0100 e 0047631-72.2016.8.26.0100, em trâmite perante o TJSP.

⁶² Processo nº 0010634-27.2010.8.26.0286, em trâmite perante o TJSP.

principalmente, para que a recuperanda e seus credores possam focar com maior intensidade no desenvolvimento do plano de recuperação judicial e buscar uma rápida solução para permitir a superação da crise econômico-financeira.

Acontece que a previsão legal atual para o incidente de desconsideração da personalidade jurídica parece causar distorções na própria lógica do instituto e do procedimento recuperacional, transferindo à discricionariedade do magistrado a decisão sobre consequências não previstas em lei e que trazem insegurança jurídica desnecessária a um já extremamente complexo processo de recuperação de empresas viáveis.

Alguns questionamentos podem ser feitos nesse sentido. É sabido que o deferimento da recuperação judicial acarreta o *stay period* e o deferimento do incidente da desconsideração da personalidade jurídica a suspensão da ação principal. Logo, o deferimento do processamento do incidente na recuperação judicial levaria justamente à suspensão do processo recuperacional durante o *stay period*?

Não parece ser a situação mais adequada ao fim de ambos os institutos. Caso assim ocorresse, o período em questão prorrogaria de forma insustentável e completamente desarrazoada o procedimento, podendo tornar-se mais um objeto de barganha dos credores, que poderiam prorrogar incessantemente o início da superação da crise financeira enquanto a empresa sangra.

Caso assim ocorresse, as ações individuais suspensas por força do *stay period* também seriam suspensas indefinidamente até a resolução do incidente? Aqui parece que seria a consequência lógica da suspensão no processo principal, já que um dos seus efeitos é se estender às execuções individuais.

Não se ignora que o art. 82-A, parágrafo único, da LREF prevê especificamente que a suspensão do processo de origem quando do deferimento do processamento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica não será aplicado quando veiculado na falência. No entanto, tal previsão é expressamente direcionada ao processo falimentar, não havendo previsão específica à recuperação.

Digamos, então, que tais pontos foram superados, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica foi deferido e os sócios foram incluídos no polo ativo da recuperação judicial. De que forma se daria a inclusão dos sócios? Seus credores serão atraídos para o processo recuperacional? Caso haja o depósito imediato pelos sócios na recuperação judicial dos valores considerados devidos no incidente, somente os requerentes serão beneficiados ou todos os credores, ao menos de mesma classe, poderão pleitear sua parte?

Todas essas perguntas prescindem de respostas que decorram expressamente do texto legal, que, ao não prever os pressupostos e consequências, deixa à discricionariedade do magistrado algo que é de extrema relevância social justamente pelo fim precípuo de buscar a manutenção da atividade empresária em crise.

A pergunta mais importante é: de que forma o deferimento de desconconsideração da personalidade jurídica ajudaria na recuperação da atividade empresária? A resposta parece ser extremamente casuística e, novamente, trazendo insegurança jurídica ao instituto.

Ora, se a recuperação busca concessões recíprocas para possibilitar o soerguimento da atividade empresária em crise, parece claro que o procedimento deve desaguar justamente nesse fim e não somente no pagamento dos créditos habilitados. Busca-se, com concessões iniciais, a manutenção no futuro de benefícios para toda a sociedade (empregos, impostos, novos contratos etc.). Para a otimização dos ativos com o intuito de pagamento de credores a lei já prevê a falência, que será consequência dos já mencionados atos de falência, dentre os quais a fraude que se pretende coibir.

Uma outra opção seria justamente a utilização de ação própria para buscar a extensão da responsabilidade aos sócios por crédito submetido à recuperação judicial. Acontece que essa posição também restaria inviabilizada pelo entendimento atual do STJ de que a homologação do plano e a novação dos créditos acarretaria a extinção da execução e, por consequência, do respectivo incidente de desconconsideração da personalidade jurídica:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL (CPC/2015). AÇÃO DE COBRANÇA. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. NOVAÇÃO DO CRÉDITO EXEQUENDO EM RAZÃO DA APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA DEVEDORA. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. IRRELEVÂNCIA. EXTINÇÃO DO INCIDENTE. SITUAÇÃO DE RESPONSÁVEL QUE NÃO SE CONFUNDE COM COBRIGADO OU DEVEDOR SOLIDÁRIO. 1. A novação resultante da concessão da recuperação judicial, após aprovado o plano em assembleia, é sui generis, devendo as execuções individuais ajuizadas contra a própria devedora serem extintas, e não apenas suspensas. Precedentes específicos do STJ. 2. A decisão que acolhe o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica tem natureza constitutiva e atribui aos sócios a responsabilidade

patrimonial pelas dívidas da sociedade. 3. AGRAVO DESPROVIDO.”⁶³

Portanto, a omissão legislativa com relação à disciplina da possibilidade ou não de utilização do incidente da desconsideração da personalidade jurídica traz nítida insegurança ao processo, inexistindo consequências previstas para o deferimento da extensão durante a fase deliberativa do procedimento, sendo clara dificuldade de deferir a desconsideração sem prejudicar demasiadamente a superação da crise.

4.2 O incidente de desconsideração da personalidade jurídica na fase de execução do plano de recuperação judicial

Quando se passa a vislumbrar a fase executiva do plano de recuperação judicial, novos empecilhos parecem surgir quanto à inclusão dos sócios ou administradores da recuperanda por meio da desconsideração da personalidade jurídica. A situação apontada é semelhante à anterior, inexistem disposições legais que permitam a aplicação do instituto com a necessária segurança jurídica que o procedimento demanda.

Conforme exposto até aqui, a atividade empresária que se pretender recuperar não é aquela que age em desrespeito aos parâmetros legais e estatutários, nem que se utiliza da recuperação judicial para fraudar o pagamento de seus credores. Pelo contrário, o instituto em questão destina-se a recuperar atividades empresárias viáveis e que possibilitam ganhos socioeconômicos relevantes. O caminho para aquela que não interessa a recuperação é a falência.

Justamente por isso é que, com a novação decorrente da homologação do plano, as relações obrigacionais anteriores a ele submetidas deixam de existir naqueles moldes, substituindo-se pela nova obrigação assumida pela empresa com o cumprimento do plano de recuperação judicial. Com a aprovação e homologação do plano, todos os credores a ele submetem-se por votação (art. 53 e seguintes da LREF), de forma a não poderem reclamar nada com relação à obrigação anterior.

Acontece que, caso verificado o descumprimento do plano, ainda que por força de abuso, fraude ou confusão patrimonial entre a recuperanda e sócio/administrador, a consequência prevista pela lei é justamente a convalidação da recuperação judicial em falência.

⁶³ STJ, 3ª T., AgInt nos EDcl no AREsp nº 1867278/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12.9.2022.

De tal forma a incidir o art. 73, IV, da LREF, quando ainda viger o período de supervisão, ou o art. 94, III, g, quando ultrapassar este prazo de supervisão.

Por outro lado, caso haja a constatação da ocorrência dos requisitos previsto pelo art. 50 do CC durante o cumprimento do plano de recuperação judicial, mas a recuperanda estiver efetivamente cumprindo com suas obrigações, qual seria o real objetivo de desconsiderar a sua personalidade jurídica? Não parece haver nenhum motivo plausível.

Ora, se o objetivo com a instauração do incidente seja utilizar também o patrimônio dos sócios para satisfação dos passivos da recuperanda, mas estes passivos estiverem sendo efetivamente pagos pela devedora, parecem inexistir motivos para desconsiderar a sua personalidade jurídica, ainda que verificados os requisitos do art. 50 do CC, inclusive quando o fim for apurar eventual fraude que, caso entendido como ato de falência, somente terá como consequência a declaração de falência de sociedade que vinha cumprindo com o plano.

Como medida de exceção que é, inexistindo previsão legal principalmente quanto às consequências de declarar a desconsideração da personalidade jurídica na hipótese narrada, a desconsideração não parece ser o instrumento adequado para se ter como garantia ou moeda de barganha a ser invocada oportunamente pelos credores do plano.

Portanto, novamente tem-se que a omissão legislativa é extremamente danosa para eventual deferimento da desconsideração da personalidade jurídica também na fase executiva do plano, permitindo que as decisões sejam tomadas pelos magistrados com extrema discricionariedade, já que terão que delimitar os pressupostos e consequências do incidentes por desenvolvimento jurisprudencial.

5 Conclusão

A desconsideração da personalidade jurídica deve ser vista como um instituto que deve ser aplicado apenas em situações excepcionais, sendo a proteção legal concedida às pessoas jurídicas, representada principalmente na autonomia patrimonial dessas pessoas, afastando o manto da personalidade jurídica em situações certas e determinadas decorrentes de abuso ou fraudes para o cumprimento de obrigações igualmente certas e determinadas frutos desses ilícitos, ressalvadas também as hipóteses de responsabilização diretas destes agentes.

É a partir dessa visão que este estudo propõe a análise da aplicação e eventual deferimento da desconsideração da personalidade jurídica no curso do processo de recuperação judicial. Por ser justamente uma medida excepcional, é imprescindível que haja uma delimitação legal da aplicação do incidente no processo recuperacional, já que a inexistência de dispositivos que tratam especificamente sobre o tema gera insegurança jurídica perigosa aos sócios e administradores, mas também na própria lógica da recuperação judicial.

Por não se tratar de um processo com a única finalidade de pagamento dos créditos habilitados, como ocorre na falência com a maximização dos ativos para satisfação dos passivos, mas que busca a recuperação de atividade empresarial viável, a simples inclusão dos sócios no polo ativo recuperacional não parece ser efetivo para tal fim, já que não garante as finalidades do instituto, a efetiva recuperação da atividade com a manutenção dos benefícios que tal empresa oferece à sociedade.

Caso seja o caso de verificação de fraude ou confusão patrimonial, a LREF atualmente já traz consequências claras para tais ilícitos. A falência, por meio da convocação em falência, quando ainda no período de supervisão judicial do plano, ou a constatação judicial dos atos de falência, é a solução havida para a fraude. A consolidação substancial, quando verificada a confusão patrimonial entre empresas do mesmo grupo econômico, é a saída legalmente prevista para este caso.

Ou seja, conforme espera-se ter ficado claro deste estudo, as consequências não previstas pelo legislador ocasionam desnecessária insegurança jurídica e parecem prejudicar a própria finalidade do processo de recuperação judicial, já que não auxiliariam na preservação da empresa, manutenção de empregos, geração de impostos e satisfação dos credores. Tal omissão concederia a cada magistrado, a cada tribunal, a delimitação de seu entendimento

sobre tal situação, ao menos até a definição da matéria pelo STJ ou por promulgação de nova lei nesse sentido.

Portanto, ao menos que haja tal correção e unificação do entendimento do sistema, trazendo premissas, condicionantes, consequências e exceções quanto à veiculação do incidente da desconsideração da personalidade jurídica no processo de recuperação judicial, continuará cabendo à doutrina e à jurisprudência unificar o entendimento ao caso em questão, de forma a conferir maior segurança jurídica aos sócios, administradores e empresas do mesmo grupo econômico da recuperanda.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Desconsideração da pessoa jurídica no código de defesa do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 5, jan./mar. 1993.

Bank of the United States v. Deveaux, 9 U.S. 61 (1809). Justia, US Supreme Court. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/9/61/>. Acesso em 15/10/2022.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BUSINESS JUDGMENT RULE. Cornell Law School, 2022. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/business_judgment_rule. Acesso em: 11/10/2022.

CAMPINHO, Sérgio. *Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa*. 18ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CAMPINHO, Sérgio. *Curso de Direito Comercial – Falência e Recuperação de Empresa*. 12ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CAMPINHO, Sérgio. *Curso de Direito Comercial – Sociedade Anônima*. 5ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *Aspectos da desconsideração da personalidade societária na lei do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 13, jan./mar. 1995.

NEGRÃO, Ricardo. *Curso de direito comercial e de empresa, v. 1 : teoria geral da empresa e direito societário*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito empresarial*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 122.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1.

REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*. Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 58, n. 410, dez. 1969.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Manual de Direito Empresarial*. 3ª ed. São Paulo : SaraivaJur, 2022.

TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do direito civil: teoria geral do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*– v. 3. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário – v. 1*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito empresarial*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.