

GUSTAVO PONTES JACUNSKAS

A extensão de efeitos da falência a terceiros

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Manoel de Queiroz Pereira Calças

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2018

GUSTAVO PONTES JACUNSKAS

A extensão de efeitos da falência a terceiros

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Comercial, sob a orientação do Professor Doutor Manoel de Queiroz Pereira Calças (versão corrigida).

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2018

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Jacunskas, Gustavo Pontes

A extensão de efeitos da falência a terceiros / Gustavo Pontes Jacunskas ; orientador Manoel de Queiroz Pereira Calças -- São Paulo, 2018.
178

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Extensão de efeitos da falência. 2. Imputação de responsabilidade patrimonial a terceiros na falência. 3. Desconsideração da personalidade jurídica. 4. Consolidação substancial. 5. Direito Falimentar – Brasil. I. Calças, Manoel de Queiroz Pereira, orient. II. Título.

*A minha Família
e a todos aqueles que me
ajudaram a chegar até aqui.*

AGRADECIMENTOS

Por mais que a pesquisa acadêmica exija certo grau de recolhimento e muitos momentos de dedicação solitária ao objeto de estudo, nada se constrói sozinho. *Ex nihilo nihil fit*. Toda tentativa de avanço pressupõe a compreensão e a valorização do saber pré-existente. A contribuição do pesquisador está em manter a tocha do conhecimento acesa, acrescentando algum combustível novo, produzido a partir de sua curiosidade e reflexão sobre as inquietações e necessidades atuais, para, então, passá-la adiante. É fundamental, portanto, honrar as contribuições dos admiráveis espíritos questionadores que nos precederam, cujas ideias e obras inspiram a continuidade da produção científica.

Mas isso não basta.

A superação dos desafios para a formação de um pesquisador envolve o esforço e a colaboração de muitos, mais ou menos envolvidos com o projeto propriamente dito, mas sempre decisivos para que o resultado final seja viabilizado.

Nesse sentido, agradeço, em especial, ao meu orientador, Professor Doutor e Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, fonte de sabedoria e inspiração para a vida, que, generosamente, acreditou, possibilitou e tanto contribuiu para o desenvolvimento e conclusão da pesquisa.

Muito obrigado a Adriana Calabró Orabona pelo vibrante incentivo, amor e companheirismo em todos os momentos.

Meu agradecimento especial a minha família, por me presentear com a vida, sempre acreditar em meu potencial de superação, nutrir-me com amor incondicional, além de me encorajar a seguir adiante, dividindo desafios e alegrias.

Agradeço principalmente a meus pais, João Rubens Jacunskas e Maria Lúcia Pontes, assim como a Regina Aparecida Jacunskas Dias, por todo o suporte nesse período de estudos. E também a Adair Ferreira, Antonio Pereira Dias Neto, Benjamin Papalardi Paes, Breno de Queiroz Paes e Silva, Camila Pontes Papalardi, Edivaldo Pereira, Isabel Cristina da Siva Julião, Isis Cristina Julião Michelini, João Gonçalves Ferreira, Jonas Jacunskas, José Octávio Julião Michelini, Júlia Gomes Jacunskas, Leônidas Florêncio Papalardi, Mariana Sulian, Marisa Pontes Papalardi, Mateus Pontes Papalardi, Pina Daniel Gomes, Sérgio Villar Pontes e antepassados.

Muito obrigado à Desembargadora Sadra Curi de Almeida e aos colegas de gabinete Aline Coutinho Lafraia, Ana Carolina Domingues Silva Bruno, Ivan William

Brandão Alves, Janaina Matias de Almeida Sousa, Juliana Maria Camara, Katheleen Chabaribery Liborio Pires, Laís de Barros Fernandes, Larissa Daniela Carvalho de Sá e Rafael Vital e Silva por contribuírem para minha adequada dedicação à pesquisa e aos compromissos da Pós-Graduação.

Pelos precisos apontamentos, correções de rumo e sugestões, minha enorme gratidão aos Professores Doutores Francisco Satiro de Souza Junior e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, membros da Banca de Qualificação, e à Professora Doutora Renata Mota Maciel Madeira Dezem, que, gentilmente, dedicou-se a discutir o projeto naquela fase.

A estes dois últimos e também ao Professor Doutor Marcelo Barbosa Sacramone, agradeço, ademais, pelas valiosas reflexões durante o exame final da dissertação.

Obrigado aos Professores Doutores Eduardo Secchi Munhoz, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, Marcos Paulo de Almeida Salles, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, à Professora Associada Rachel Sztajn e ao Professor Titular Alamiro Velludo Salvador Netto pelos preciosos conhecimentos transmitidos durante o Programa de Pós-Graduação.

Pelo despertar da paixão pelo Direito Empresarial, gratidão a Cristiano da Cruz Leite, Raul de Paula Leite Filho e Ricardo de Santos Freitas.

Agradeço aos colegas do Programa de Pós-Graduação pelo edificante período de crescimento e de desafios compartilhados, especialmente, a Alexandre Garcia Padilha, Carolina Mansur de Grandis, Claudia Monteiro de Barros Ruic, Fani Angelina de Lima, Fernanda Borges, Marco Aurélio Gonzaga da Cunha, Otávio Joaquim Rodrigues Filho e Vinicius Spaggiari Silva.

Obrigado ao amigo e Professor Doutor Walter Pedrozo Parente de Andrade pela troca de ideias e pelos sábios conselhos de quem acumulou preciosa experiência em docência e pesquisa.

Pela influência positiva e decisiva nos momentos que antecederam e culminaram na iniciativa deste estudo, agradeço ao amigo e Professor Carlos Eduardo Castanha.

Pelo valioso incentivo à pesquisa e à conclusão deste trabalho, obrigado aos amigos: Professor Doutor Alessandro Serafin Octaviani Luis, Ana Júlia Silva Pereira Garcia, André Jacques Luciano Uchôa Costa, Gil Vicente Domingues Soares de Oliveira,

Gláucia Coelho, Humberto Mitsunori Matsuda, Lucas Batista de Souza, Marco Aurélio Cezarino Braga e Jacqueline Moreira Magalhães.

Agradeço a Maria Cristina Kagohara pela excelente revisão de texto e sugestões e também a Michelle Miranda Graça, Priscila Miranda Graça, Simone Bento, Talita Mayara de Oliveira Nucci e Tatiana Aparecida Coelho Marchi pelo grande apoio e colaboração em diversas providências administrativas relacionadas à dissertação.

Obrigado a todos os funcionários das Bibliotecas e da Secretaria de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sempre muito prestativos, competentes e dispostos a ajudar, em particular, Alexandre Alencar Bagno, Aurélio Ribeiro dos Santos, Marcos Lino, Maria de Fátima Silva Cortinhal, Mario Sérgio de Oliveira e Silva, Raquel Lima de Matos, Regina Maria Pereira dos Santos e Valdir José Maria, com os quais mais estive em contato e que muito me auxiliaram.

RESUMO

A legislação falimentar brasileira possui uma única hipótese que poderia ser classificada como extensão de efeitos da falência a terceiros: a falência automática dos sócios ilimitadamente responsáveis. A prática jurisprudencial, entretanto, evoluiu para admitir a extensão de efeitos da falência em outras hipóteses, com fundamento na desconsideração da personalidade jurídica. Este estudo discute a adequação dos critérios jurisprudenciais atualmente admitidos à luz dos pressupostos para a decretação da falência e da desconsideração da personalidade jurídica, fornecendo um modelo interpretativo para imputação de responsabilidade a terceiros em relação à sociedade empresária falida.

Palavras-chaves: Falência. Extensão de efeitos da falência. Imputação de responsabilidade patrimonial a terceiros na falência. Desconsideração da personalidade jurídica. Consolidação substancial. Direito Falimentar – Brasil.

Autor: Gustavo Pontes Jacunskas. **Título:** *A extensão de efeitos da falência a terceiros.*
Número de folhas: 178. **Grau:** Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 14 jul. 2018.

ABSTRACT

The Brazilian statutory insolvency law has a single provision that explicitly imposes liability to third parties in liquidation proceedings: the automatic liquidation of general partners. However, Brazilian Courts have created alternatives relying on the veil-piercing jurisprudence to extend such proceedings to other parties in a broader sense (including substantive consolidation). This study analyses such hypotheses by comparing the requirements to order bankruptcy and to pierce the veil of legal entities under Brazilian law to provide an interpretative model for imposition of liability to parties related to distressed firms undergoing liquidation in Brazil.

Key words: Bankruptcy. Imposition of liability to parties related to distressed firms undergoing liquidation. Piercing the veil of legal entity. Substantive consolidation. Insolvency Law – Brazil.

Author: Gustavo Pontes Jacunskas. **Title:** *The extension of bankruptcy liquidation effects to third parties*. **Number of pages:** 178. **Degree:** Master. Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, Jul. 14, 2018.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	17
1.1 Tema, justificativa, metodologia e divisão.....	17
2. ALGUMAS REFERÊNCIAS DE DIREITO ESTRANGEIRO.....	19
2.1 Itália	20
2.2 França	25
2.3 Estados Unidos da América	26
2.4 Argentina	34
2.5 Síntese conclusiva do direito estrangeiro.....	35
3. FUNÇÃO, PRESSUPOSTOS E EFEITOS DA FALÊNCIA	37
3.1 Objetivos fundamentais da falência	37
3.1.1 A tutela do crédito e do mercado	37
3.1.2 A preservação da empresa economicamente viável	39
3.1.3 Síntese conclusiva.....	49
3.2 Pressupostos da falência.....	49
3.2.1 Pressuposto material subjetivo	49
3.2.2 Pressuposto material objetivo	50
3.2.3 Pressuposto formal: a sentença de falência.....	51
3.3 Efeitos da falência	51
4. A EXTENSÃO DE EFEITOS DA FALÊNCIA A TERCEIROS	53
4.1 A falência do sócio ilimitadamente responsável.....	54
4.1.1 Sujeitos afetados	54
4.1.2 Natureza e controvérsias teóricas em torno do instituto	55
4.1.3 O tratamento das massas.....	61

4.2 Hipóteses ordinárias de responsabilização de terceiros e a alternativa para extensão de efeitos da falência.....	64
4.2.1 O silêncio da lei e a solução jurisprudencial.....	65
4.2.2 Instrumentos legais para a recomposição do ativo da sociedade falida.....	71
4.2.2.1 O método ordinário para apuração de responsabilidade de administradores, controladores, sócios e acionistas nas “limitadas <i>lato sensu</i> ”.....	72
4.2.2.2 Ineficácia e revogação de atos praticados em prejuízo da massa	74
4.2.3 A desconsideração da personalidade jurídica como estratégia para ampliação da massa falida objetiva.....	75
4.2.3.1 Personalidade jurídica, limitação de responsabilidade e desconsideração	76
4.2.3.2 Vantagens e desvantagens da limitação da responsabilidade	84
4.2.3.3 A precedência histórica da “extensão” sobre a desconsideração	90
4.2.3.4 Grupos societários e sociedade unipessoal	92
4.2.3.4.1 Grupos societários.....	92
4.2.3.4.2 A sociedade unipessoal (EIRELI).....	96
4.2.3.4.3 Síntese sobre grupos de sociedades e sociedade unipessoal	99
4.2.3.5 A possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica na falência	99
4.2.3.6 Desconsideração e preservação da empresa.....	101
4.2.3.7 Desconsideração e interesse dos credores da massa falida.....	104
4.2.3.8 Procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica na falência	110
4.2.3.9 Desconsideração da personalidade jurídica vs. ações sociais para recomposição do ativo da sociedade: natureza das obrigações e resultados aplicativos	114
4.2.4 Desconsideração da pessoa jurídica e “extensão da falência”	128
4.2.4.1 Vinculação aos pressupostos específicos da falência e necessidade de observância de garantias processuais de hierarquia constitucional	128
4.2.4.2 A “extensão da falência” e a preservação da empresa do terceiro afetado pela desconsideração	141
4.2.4.3 A consolidação de massas falidas	145
4.2.4.4 Extinção das obrigações na falência	148
4.2.4.5 O ambiente de negócios e o princípio da segurança jurídica.....	149
4.3 Síntese do modelo exegético para a “extensão de efeitos da falência”	151
4.3.1 A hipótese legal de “extensão da falência”	151

4.3.2 A posição da desconsideração da personalidade jurídica	152
4.3.3 A quebra de terceiros relacionados à sociedade originalmente falida.....	153
4.3.4 O tratamento das diversas massas falidas	154
4.3.5 A extinção das obrigações na falência.....	155
4.4 A necessária evolução legislativa	155
5. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS	159
REFERÊNCIAS.....	161
DOCUMENTOS E JURISPRUDÊNCIA.....	173

1. INTRODUÇÃO

1.1 Tema, justificativa, metodologia e divisão

O presente estudo se desenvolve em torno do que se convencionou chamar de *extensão de efeitos da falência*. Essa expressão, que como se verá, merece algumas críticas (muito embora seja corriqueiramente utilizada nos Tribunais e por vários autores), designa a situação em que a totalidade ou parte dos efeitos da falência de uma sociedade empresária é estendida a terceiros, geralmente sócios, acionistas ou administradores da pessoa jurídica.

Na legislação falimentar em vigor, Lei nº 11.101, de 2005, há uma única hipótese que poderia, em princípio, ostentar referido *nomen iuris*. Trata-se daquela envolvendo sócios ilimitadamente responsáveis, prevista no art. 81 de referido diploma.

Não obstante, parcelas da doutrina e da jurisprudência têm admitido, com fundamento nos pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica, a extensão de efeitos da falência de sociedades a outros terceiros, ampliando, pois, o espectro subjetivo de manifestação do fenômeno jurídico, com base em normas que não se inserem no subsistema especial de regulação da falência.

Considerando que essa possibilidade, embora respaldada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, continua sendo altamente controvertida, merecendo, portanto, revisitação crítica, com o objetivo de aprimoramento da compreensão científica do instituto e de seus impactos sociais, propõe-se a discussão da questão e de suas implicações prioritariamente sob enfoque dogmático-analítico, lógico-dedutivo.

O relatório expressa o resultado de pesquisa qualitativa instrumental, com suporte doutrinário e legal a partir de referências bibliográficas, textos normativos e fontes jurisprudenciais, com vistas à produção de um saber orientado à delimitação de critérios teóricos viáveis de *decidibilidade*.¹

Além do exame da *fattispecie* prevista no art. 81 da Lei nº 11.101, de 2005, propriamente dita, buscam-se, essencialmente, respostas para os questionamentos sobre a admissibilidade de outras hipóteses de extensão dos efeitos da falência, bem como sobre as condições e a delimitação dos critérios que deverão ser necessariamente observados para que se alcance uma solução jurídica válida para essa eventual admissibilidade, de modo a

¹ FERRAZ JÚNIOR, T.S. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977, p. 107-108.

eliminar os aparentes conflitos entre as diversas normas que, diante da falta de regramento específico, concorrem para disciplinar o assunto.

Em determinados momentos, recorrer-se-á à historiografia jurídica e a algumas experiências de direito estrangeiro para a compreensão do contexto a partir do qual se desenvolveram os conceitos de extensão de efeitos da falência, de desconsideração da personalidade jurídica e de limitação da responsabilidade de administradores e sócios nas sociedades empresárias, que são essenciais para o escopo da pesquisa.

Também serão realizadas ao longo do texto algumas reflexões de natureza econômica, com recurso a elementos básicos do método de *análise econômica do direito*, objetivando uma melhor compreensão sobre o panorama dos conflitos de interesses, a estrutura de incentivos gerada para os agentes envolvidos, bem como algumas ponderações superficiais, respaldadas por escassos estudos empíricos sobre a eficiência econômica de eventual extensão automática da falência com fundamento na desconsideração da personalidade jurídica. Nesse particular, o principal foco de análise será a mediação dos conflitos de interesses existentes entre os credores da sociedade falida entre si, destes com os credores particulares dos terceiros afetados pela extensão de efeitos da falência e, numa perspectiva mais ampla, entre tais credores e todos aqueles que têm interesse na preservação de empresa eventualmente afetada pela extensão de efeitos da falência.

Reitere-se, contudo, que, sob a perspectiva metodológica, a linha-mestra do estudo se assenta na análise dogmático-analítica.

No final, será apresentada uma proposta de modelo teórico-exegético sobre o tema da extensão de efeitos da falência no direito brasileiro, a partir dos pressupostos discutidos e delimitados no relatório de pesquisa.

2. ALGUMAS REFERÊNCIAS DE DIREITO ESTRANGEIRO

O estudo a seguir realizado não se classifica como análise de direito comparado. O objetivo do capítulo se resume a pinçar, da experiência jurídica de alguns países selecionados, soluções para o tema sob exame que permitam inspirar, enriquecer e aprofundar o debate sobre as normas relevantes do direito brasileiro.

Foram arbitrariamente escolhidos os sistemas italiano, francês, estadunidense e argentino.

A escolha se justifica sob a perspectiva de que Itália e França, ambos países da Europa Continental e, portanto, de tradição civilista, adotam posições bastante diferentes – e, em certa medida, antagônicas sobre o assunto.

Basicamente, na Itália, em se tratando de falência, identifica-se um respeito bastante pronunciado em torno do dogma da autonomia da pessoa jurídica, de modo que a hipótese clássica de extensão se restringe essencialmente àquela operada em relação ao sócio ilimitadamente responsável. Existem construções em torno da doutrina do *sócio oculto* e do *sócio tirano*, mas, nesses casos, não se trataria propriamente de extensão, mas falência própria, pelo fato de tais sócios exercerem em nome próprio a atividade empresarial que supostamente deveria ser desenvolvida pela sociedade.

A França, por sua vez, desenvolveu ao longo de sua história um sistema segundo o qual é possível, em determinadas circunstâncias, responsabilizar administradores e controladores da sociedade falida, não se restringindo aos sócios ilimitadamente responsáveis, por meio da efetiva extensão do procedimento falimentar a referidos terceiros. Inclusive, alguns dos pressupostos que viabilizam essa extensão são semelhantes àqueles que, no Brasil, autorizam a desconsideração da personalidade jurídica. Esse, aliás, foi, evidentemente, um dos motivos pelo qual o sistema francês foi incluído no estudo.

No caso dos Estados Unidos, há, na falência (liquidação), nos termos do *Bankruptcy Code*, a possibilidade de responsabilização dos sócios das *partnerships*, os quais respondem pelos débitos sociais. Mas as grandes contribuições, tanto em relação à responsabilização de outros terceiros como à extensão da falência propriamente dita, em termos mais abrangentes, são oriundas de construções jurisprudenciais com base em doutrinas como a *alter ego*, *veil-piercing*, *substantive consolidation* e *equitable powers*.

Como veremos, o Brasil, também pela via jurisprudencial, acabou desenvolvendo uma espécie peculiar de *substantive consolidation* ao determinar a extensão

de efeitos da falência a partir da verificação dos pressupostos para desconsideração da personalidade jurídica.

Por fim, o modelo argentino foi incluído porque conjugou de forma sistemática e inteligente parte das doutrinas desenvolvidas na França e nos Estados Unidos, positivando o resultado das escolhas em sua legislação concursal.

É evidente que a experiência de outros países poderia ser igualmente examinada e, certamente, enriqueceria a pesquisa. Não obstante, impôs-se a limitação do estudo em função daquilo que se considerou essencial em termos de posições antagônicas, diversidade de enfoque e de tradições jurídicas.

2.1 Itália

A Itália foi palco de profícuo debate sobre o tema da extensão da falência. O art. 147 da *Legge Fallimentare*, de 1942, estabelecia que a falência da sociedade acarretava aquela dos sócios ilimitadamente responsáveis.²

NIGRO (1974), que redigiu exaustiva monografia sobre o tema no direito italiano, esclarece³ que, a despeito da tradição do direito anterior de extensão de efeitos da falência, a introdução do princípio da personalidade jurídica gerou debate no plano dogmático relacionado ao princípio geral da falência do comerciante, especialmente em seu país, cuja legislação de 1882 explicitamente acolheu a falência automática do sócio ilimitadamente responsável, pessoa diferente da sociedade, então, a titular da empresa. Por um lado, reconhecia-se a personalidade jurídica, inclusive das sociedades de pessoas; e, por outro, negava-se a condição de comerciante ao sócio, colocando em dúvida a racionalidade do princípio que, segundo o autor, era frequentemente definido pela doutrina

² Régio Decreto, de 16 de março de 1942, nº 267, parágrafo primeiro, redação original: “147. Società con soci a responsabilità illimitata. La sentenza che dichiara il fallimento della società con soci a responsabilità illimitata produce anche il fallimento dei soci illimitatamente responsabili” (ITALIA. *R.D. 16 marzo 1942, n° 267. Legge fallimentare.* (redação original). Disponível em: <http://www.infonetfree.com/giulio/leggi/lex/RD0267_16-03-1942.html>. Acesso em: 15 ago. 2017). A redação atual foi dada pelo Decreto nº 5, de 9 de janeiro de 2006: “Art. 147. Società con soci a responsabilità illimitata. La sentenza che dichiara il fallimento di una società appartenente ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del titolo V del libro quinto del codice civile, produce anche il fallimento dei soci, pur se non persone fisiche, illimitatamente responsabili (ITALIA. *R.D. 16 marzo 1942, n° 267. Legge fallimentare.* (atualizada até 11 dez. 2016). Disponível em: <<https://www.studiocataldi.it/normativa/testoleggefallofallimentare/legge-fallimentare.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2017).

³ NIGRO, A. *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 9-35.

como “*contra rationem iuris*” e, portanto, justificável “solo con motivi di mera opportunità”.⁴

Posteriormente, com a manutenção da previsão no art. 147 da *Legge Fallimentare*, de 1942, houve um refinamento da discussão que ensejou o surgimento de duas correntes principais de pensamento. Uma primeira que considerava o sócio ilimitadamente responsável como empreendedor indireto, aproximando-o da figura do empresário individual, pois estariam presentes os mesmos elementos que delineariam a posição deste: risco empresarial e poder de gestão; e outra, prevalente na doutrina e na jurisprudência, que considerava o princípio da sujeição do sócio ilimitadamente responsável à falência como uma anomalia, contestando sua aproximação ao empreendedor individual. Como consequência, para esta última corrente, a regra do art. 147 seria considerada como uma exceção ao princípio geral, segundo o qual somente o empresário insolvente poderia ser declarado falido (arts. 1º e 5º da *Legge Fallimentare*, de 1942).⁵

Na verdade, esse é ponto de partida de NIGRO (1974) para o estudo abrangente e aprofundado da peculiar disciplina envolvendo a regra da falência automática do sócio ilimitadamente responsável à vista da falência da sociedade na legislação italiana. No final, rechaçando ambas as teses anteriormente mencionadas, o autor esclarece que a excepcionalidade daquela falência não recairia sobre ela mesma, mas na situação em que se colocaria o sócio – isto é, sua condição de ilimitadamente responsável – quando a sociedade é declarada falida. E ainda anota a justificada preocupação do ordenamento em assegurar, no plano da execução concursal, a tutela do direito dos credores sociais, diante da garantia prevista na lei, sem prejudicar seus interesses recíprocos, e, também, preservando os interesses dos credores particulares dos sócios.⁶ Seguindo esse raciocínio, é possível afirmar que essa excepcionalidade estaria relacionada à garantia que os credores sociais possuem sobre o patrimônio pessoal do sócio ilimitadamente responsável. Em

⁴ NIGRO, A. *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 25.

⁵ *Ibid.*, p. 15-35.

⁶ Nas palavras do autor: “Il fallimento del socio illimitatamente responsabile ha senz’altro carattere di *eccezione* al sistema, vuoi sotto il profilo strutturale vuoi sotto il profilo funzionale. Esso si ricollega direttamente ed esclusivamente alla qualità di (socio) responsabile senza limitazione per le obbligazioni sociali rimaste insoddisfatte e trova la sua effettiva giustificazione, la sua vera *ratio* nell’essere il fallimento, sul piano della esecuzione, lo strumento tecnicamente migliore, più idoneo, nel quadro di un sistema tuttora improntato, almeno per quel che riguarda le procedure concorsuali, alla tutela dei creditori commerciali, per realizzare, a carico dei soci, la garanzia posta dalla legge a favore dei creditori sociali senza lesione dei reciproci interessi di questi e, anche, senza ledere gli interessi dei creditori particolari” (*Ibid.*, p. 579-580). Cf., ainda, p. 597-598 da mesma obra.

última análise, seria uma decorrência ou até mesmo uma ampliação, prevista na legislação falimentar, da garantia conferida pela lei societária aos credores de sociedades enquadradas nos tipos sociais em que o sócio responde ilimitadamente pelas dívidas da pessoa jurídica, racionio, aliás, plenamente aplicável à realidade brasileira, como se verá adiante.

De modo geral, o direito italiano tem se pautado por uma interpretação estrita das hipóteses de extensão da falência previstas na legislação, com respeito à autonomia patrimonial das pessoas jurídicas. Como explica SALOMÃO FILHO (1995), o critério essencial para a alteração dessa orientação geral tende a relacionar-se com o exercício efetivo da atividade empresarial pelo sócio, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de *empresário oculto* e *sócio tirano*, baseada na ideia de domínio sobre a sociedade, que o transformaria em *empresário indireto*. O autor esclarece que o modelo típico de tirania era o do sócio único, que, a propósito, nos termos da antiga redação do art. 2.362 do *Codice Civile*,⁷ respondia ilimitadamente pelos débitos sociais, o que implicava verdadeira presunção *iuris et de iure* de tirania.⁸

PROVINCIALI (1974) observava, entretanto, que, no caso da sociedade com único acionista ou cotista com responsabilidade limitada, não haveria possibilidade de falência deste por extensão. Ele seria ilimitadamente responsável, excepcionalmente, apenas no período em que as ações ou cotas se concentraram em suas mãos. Mas, tratar-se-ia de obrigação ordinária, ou seja, os credores sociais concorreriam sobre os bens da massa e poderiam mover execução singular contra o acionista ou cotista.⁹

Diversa, todavia, seria a hipótese na qual o único sócio da sociedade de capital exercitasse a atividade econômica em nome próprio, atuando ao lado daquela. Nesse caso, haveria possibilidade de falência do sócio, porém, a falência seria pessoal, ou seja, por ato próprio do sócio, e não subsidiária àquela da sociedade.¹⁰

De acordo com PROVINCIALI e MAGGIORE (1988), na Itália, sempre prevaleceu a ideia geral de que a possibilidade de falência, salvo as exceções

⁷ O dispositivo foi alterado pelo Decreto Legislativo nº 6, de 17 de janeiro de 2003. A nova redação estabelece que a concentração das ações nas mãos de um único acionista impõe o dever de uma averbação da situação no registro da sociedade. Adicionalmente, o 5º parágrafo de referido artigo deixa claro que, desde que atendidas certas formalidades, as quais, na verdade, reforçam a autonomia da pessoa jurídica, os contratos celebrados entre o sócio e a sociedade e também as operações realizadas em favor do único acionista são oponíveis a terceiros, evidenciando uma modificação significativa em favor da aceitação da sociedade unipessoal de responsabilidade limitada (ITALIA. *R.D. 16 marzo 1942, n° 262*. *Codice Civile*. (atualizado até 16 nov. 2015). Disponível em: <<https://www.studiocataldi.it/codicecivile/codice-civile.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2017).

⁸ SALOMÃO FILHO, C. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 120-121.

⁹ PROVINCIALI, R. *Trattato di diritto fallimentare*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 220.

¹⁰ *Ibid*, p. 222.

expressamente previstas na lei, está ligada ao exercício da empresa. Assim, no caso das sociedades de capital, com personalidade jurídica, nas quais esse exercício incumbiria à própria sociedade, não haveria possibilidade de falência dos sócios. Nas sociedades de pessoas, por sua vez, o sócio, ilimitadamente responsável, também seria declarado falido em consideração a essa imputação de titular da empresa – como visto há pouco, essa não foi a posição adotada por NIGRO (1974). Os autores afirmam categoricamente que, mesmo nos casos em que há desrespeito às normas de gestão correta das sociedades com personalidade própria, inclusive com confusão patrimonial, haveria mera responsabilidade civil dos administradores e sócios, inexistindo possibilidade de extensão da falência. Eles rechaçam posições discordantes que buscam amparo na ideia de desconsideração da personalidade jurídica para satisfação dos credores ao argumento de que a pessoa jurídica não passaria de uma perífrase descritiva dos sujeitos que exercitam a atividade, ou com base na teoria do empresário indireto.¹¹

Na senda de referidas posições discordantes, FERRI (1971) apontava duas correntes sobre a possibilidade de responsabilização do controlador: uma fundada no abuso da personalidade jurídica; outra na responsabilização do empresário oculto.¹²

No âmbito dos grupos societários, a disciplina se encontra atualmente regulada pelos arts. 2.497 a 2.497-*septies* do *Codice Civile*, conforme reforma operada pelo Decreto Legislativo nº 6, de 17 de janeiro de 2003.

A disciplina que mais interessa é aquela relativa à responsabilidade por exercício incorreto da direção e coordenação de sociedades, prevista no art. 2.497. A lei italiana trata da responsabilidade de grupo sob a perspectiva da reparação de danos a credores e acionistas, mas não se pauta pelas noções de favorecimento ou subordinação de interesses, preferindo o “conceito mais amplo (porém, também mais vago) de violação do princípio da correta gestão empresarial e societária”.¹³ Quanto aos agentes da conduta, o direito italiano não se prendeu à ideia de controle, mas ao conceito um tanto quanto menos rígido de “*direzione e coordinamento*”.¹⁴ Essa responsabilidade pode envolver tanto a

¹¹ PROVINCIALI, R; MAGGIORE, G. R. *Instituzioni di diritto fallimentare*. Padova: CEDAM, 1988, p. 71-73.

¹² FERRI, G. *Trattato di diritto civile italiano: le società*. Torino: Torinese, 1971, v. 10, t. 3, p. 714. *Apud* DINIZ, G.S. *Grupos societários: da formação à falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 158-159.

¹³ VIO, D.A. *Grupos societários: ensaios sobre os grupos de subordinação, de direito e de fato, no direito societário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 161.

¹⁴ *Ibid*, p. 159. Esse autor aponta que “[o] sistema italiano conferiu, portanto, maior peso ao elemento dinâmico da direção – com efeito, o art. 2.497 do Código Civil italiano se refere expressamente a **exercício** e a **atividade** – em prejuízo do aspecto estático do poder de controle. Essa escolha parece impossibilitar a caracterização da direção e coordenação de sociedade como um poder-dever, restringindo enormemente o espaço para a imputação de responsabilidade por omissão do acionista

indenização aos demais sócios, em função da diminuição da lucratividade e do valor da participação social, como aos credores, pela lesão à integridade do patrimônio social (art. 2.497, 1º parágrafo).

VIO (2016) esclarece que, neste último caso, a pretensão de ressarcimento contra o autor do ilícito não se confunde com o crédito devido contra a sociedade, pois os pressupostos e natureza jurídica dos débitos seriam distintos, bem como a própria legitimidade passiva seria diversa.¹⁵

Anote-se que, no 4º parágrafo, encontra-se a previsão de que, em caso de *falência, liquidação coata administrativa e administração extraordinária da sociedade*, a legitimidade ativa para a ação de reparação caberá, respectivamente, ao *curador*, ao *comissário liquidante* ou ao *comissário extraordinário*, mas, em nenhum momento, a norma trata da possibilidade de extensão de referidos procedimentos de insolvência da sociedade aos autores do ilícito.

A propósito, a *Legge Podi-bis* (Decreto Legislativo nº 270, de 08 de julho de 1999), que cuida da administração extraordinária pelo Estado e do procedimento concursal de grandes empresas, determina, em seu art. 25, a possibilidade de extensão de efeitos apenas aos sócios ilimitadamente responsáveis. O art. 80 estabelece a extensão da administração extraordinária a empresas do grupo com tratamento unitário. Porém, como esclarece DINIZ (2016), o objetivo do dispositivo é a recuperação da grande empresa, não havendo política específica para a falência do grupo.¹⁶ Aliás, o art. 87 prevê que, em caso de conversão em falência e encerramento *della procedura madre*, somente haverá conversão em falência da administração extraordinária das demais empresas do grupo que não satisfizerem as condições estipuladas no art. 27 para este procedimento. O art. 90, por sua vez, disciplina a responsabilidade dos administradores da sociedade dirigente que eventualmente tenham abusado da *direção unitária*, os quais responderão solidariamente com os administradores da sociedade falida pelo dano causado a esta última. Existe, portanto, um limite claro para a responsabilidade compatível com o dano causado. Não se trata de extensão da falência.

dominante” (VIO, D.A. *Grupos societários: ensaios sobre os grupos de subordinação, de direito e de fato, no direito societário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 160, destaques originais).

¹⁵ *Ibid*, p. 163.

¹⁶ DINIZ, G.S. *Grupos societários: da formação à falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 160.

DINIZ (2016), citando, principalmente, DI MAJO,¹⁷ aponta para um movimento de parte da doutrina italiana na tentativa de buscar alternativas para a interpretação do fenômeno do controle, da punição por abuso de direção unitária e por abuso da personalidade jurídica de modo a ampliar o esquema de aparente irrelevância jurídica dos grupos de empresas e de reconhecimento de um interesse geral em torno do grupo e não apenas circunscrito às unidades empresariais. Entretanto, o brasileiro destaca que esse mesmo autor italiano aponta a forte tendência em manter a falência isolada na unidade do grupo, cada qual respondendo com seu próprio patrimônio, inclusive pela falta de regra específica para a expansão subjetiva da falência.¹⁸

Portanto, confirma-se, no direito italiano, ao menos majoritariamente, a circunscrição da ideia de extensão da quebra à figura do sócio ilimitadamente responsável, sendo a falência de outros terceiros entendida como própria do terceiro.

2.2 França

Na contramão do que ocorre na Itália, talvez o direito falimentar francês seja aquele que melhor expressa a possibilidade de extensão da falência a sócios e administradores por atos contrários à correta gestão da sociedade, inclusive em circunstâncias que, no Brasil, poderiam dar ensejo à desconsideração da personalidade jurídica.

COMPARATO (1970) já observava que, na legislação falimentar francesa de 1967, o comerciante individual ou o representante da pessoa jurídica que tivesse praticado atos contrários à boa gestão empresarial eram declarados pessoalmente falidos, revelando o objetivo de sancionar o empresário desonesto ou temerário.¹⁹ Esse autor enumera o extenso rol de hipóteses de falência pessoal previstas na Lei Francesa nº 67-563, de 1967.²⁰ Dentre elas, destacamos apenas as seguintes, que, em tese, mais se assemelhariam às hipóteses admitidas na legislação brasileira como pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica: exercício de atividade comercial pessoal por interposta pessoa, ou por intermédio

¹⁷ DI MAJO, A. *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 37, 41, 53, 54, 94, 97, 100, 104-108; _____. *I gruppi di società. Responsabilità e profili concorsuali*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 67. *Apud* DINIZ. G.S. *Grupos societários: da formação à falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 162-164.

¹⁸ DINIZ. G.S. *Grupos societários: da formação à falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 162-165.

¹⁹ COMPARATO, F.K. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970, p. 119-120.

²⁰ *Ibid*, p. 120-121.

de pessoa jurídica encobrendo seus atos; utilização dos bens sociais como se próprios fossem; e a realização de despesas pessoais excessivas.

DOBSON (1986) salienta que a doutrina da *extension de la faillite au maître de l'affaire* surgiu na legislação francesa pela primeira vez em 1935, em função de alteração introduzida no art. 437 do Código de Comércio francês.²¹ Em sua clássica obra de 1985, após a discussão da legislação e também de casos concretos, esse autor sintetizou a disciplina da extensão da falência no direito francês em três hipóteses: (a) por atuação do controlador como “maître de l'affaire”, ou seja, como dono do negócio; (b) por se tratar de uma sociedade fictícia; e (c) por confusão patrimonial.²²

Atualmente, o *Code de Commerce* estabelece no art. L621-2 que o procedimento pode ser estendido a uma ou mais pessoas em caso de confusão patrimonial ou de ficção da pessoa jurídica e, em se tratando de empreendedor individual de responsabilidade limitada, em caso de confusão patrimonial e de outras violações legais específicas, incluindo fraude a credor com garantia geral sobre os bens. Por sua vez, o art. 651-2 prevê que, no procedimento de liquidação judiciária, a eventual insuficiência do ativo da pessoa jurídica poderá ser suportada, no todo ou em parte, por todos os dirigentes de direito ou de fato, ou por aqueles que hajam contribuído para a falta na administração, podendo o tribunal declará-los solidariamente responsáveis. Anote-se que uma sociedade também pode atuar como dirigente de direito ou de fato.²³

Quer-se com isso ressaltar, para as finalidades do presente estudo, que, no direito francês, há possibilidade de extensão da falência em termos relativamente amplos, havendo previsões legais específicas a respeito, com algum detalhamento de hipóteses, que, inclusive, coincidem com algumas erigidas como pressupostos para descon sideração da personalidade jurídica no direito brasileiro.

2.3 Estados Unidos da América

A maior parte do estudo dedicada ao direito estrangeiro se concentra na experiência dos Estados Unidos. Isso devido à tradição desse país no desenvolvimento da

²¹ DOBSON, J.M. “Lifting the veil” in four countries: the law of Argentina, England, France and the United States. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, Oct. 1986, p. 856.

²² DOBSON, J.M. *El abuso de la personalidad jurídica (em el derecho privado)*. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 558.

²³ FRANCE. *Code de Commerce*. (atualizado até 21 out. 2017). Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20180401>>. Acesso em: 24 out. 2017.

jurisprudência sobre a desconsideração da personalidade jurídica, cujos pressupostos são largamente utilizados no Brasil para extensão de efeitos da falência, e pelas relevantes discussões em torno do equacionamento dos interesses dos credores nos procedimentos de insolvência, especialmente, em grupos de sociedades.

Uma observação de caráter geral relevante no sistema norte-americano, diz respeito aos chamados *equitable powers*, dos Tribunais de insolvência, que teriam fundamento na Seção 105 do *Bankruptcy Code* (11 U.S.C.)²⁴ e na Seção 1651 do *All Writs Act* (28 U.S.C.).²⁵ Além disso, há autores que classificam tais Tribunais como *Courts of Equity*.²⁶ Em função desses poderes, os Juízes teriam papel relevante na criação do direito de insolvência, com vistas à obtenção da solução justa e adequada para o caso concreto, inclusive com significativa influência na forma como, no final, os créditos são distribuídos entre os credores. Em alguns casos, há expressa autorização legal para tanto, como, por exemplo, nas hipóteses de *equitable subordination*, disciplinadas na Seção 510(c) do *Bankruptcy Code*.

KRIEGER (1999),²⁷ que possui posicionamento crítico sobre a caracterização das *Bankruptcy Courts* como *Courts of Equity*, esclarece que essa expressão congrega uma variedade de sentimentos populares, tais como “*fairness, justness, right dealing, inclusion, and flexibility*”. Como consequência, ela estaria sendo utilizada para legitimar políticas sociais inseridas na lei de insolvência, bem como decisões que não necessariamente se vinculariam ao direito codificado (*statutory law*).

De qualquer forma, a Suprema Corte americana tem entendido que os poderes conferidos às cortes de insolvência não podem contrariar disposições previstas no direito codificado.²⁸

²⁴ UNITED STATES OF AMERICA. *11 U.S.C.* Disponível em: <<http://uscode.house.gov/view.xhtml?path=prelim@title11&edition=prelim>>. Acesso em: 15 set. 2017.

²⁵ SOUSA, M.D. *Equitable powers of a Bankruptcy Court Federal All Writs Act and 105 of the Code Part I. American Bankruptcy Institute Journal*, jun. 2006, p. 1. Disponível em: <<https://www.abi.org/abi-journal/equitable-powers-of-a-bankruptcy-court-federal-all-writs-act-and-105-of-the-code-part-i>>. Acesso em: 14 out. 2017.

²⁶ BRUNSTAD, E. The US Bankruptcy Courts as equitable problem solving tribunals. *Who'sWhoLegal.com*. Disponível em: <<http://whoswholegal.com/news/features/article/31637/us-bankruptcy-courts-equitable-problem-solving-tribunals>>. Acesso em: 14 out. 2017.

²⁷ KRIEGER, M.S. The Bankruptcy Court is a court of equity: what does that mean? *South Carolina Law Review*, vol 50:275-312, 1999, p. 297. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/sclr50&collection=journals&id=285&startid=&end=322>>. Acesso em: 13 out. 2017.

²⁸ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *571 U. S. ____ (2014)*. Docket nº 12-5196, 04 mar. 2014, p. 5. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-5196_8mjp.pdf>. Acesso em: 14 out. 2017. KRIEGER, M.S. The Bankruptcy Court is a court of equity: what does that mean? *South Carolina Law Review*, vol 50:275-312, 1999, p. 303. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/sclr50&collection=journals&id=285&startid=&end=322>>. Acesso em: 13 out.

LEVITIN (2006)²⁹ defende que a aproximação entre o universo da *equity* e da *statutory law* deveria ser realizada por meio da *common law*, o que permitiria direcionar a liberalidade dos Juizes a partir de um sistema de regras bem conhecidas.

Tais esclarecimentos preliminares revelam que a utilização do direito norte-americano como parâmetro de comparação em matéria de insolvência deve ser realizada com cautela.³⁰

Nos Estados Unidos, em regra, não há possibilidade de extensão da falência ou de seus efeitos a terceiros com base no direito codificado. As leis societárias americanas são estaduais. Em certos Estados, como em Delaware, em princípio, somente os chamados *general partners* (que possuem poderes de administração) podem ser subsidiariamente responsabilizados perante terceiros pelos débitos da sociedade.³¹ Nas *limited liability companies*, sócios e administradores, em geral, não respondem por quaisquer dívidas da sociedade, mas há exceções.³² Nas *corporations*, os administradores podem ser responsabilizados em determinadas circunstâncias, mas existe possibilidade de limitação ou exclusão da responsabilidade, bem como de ação regressiva contra a companhia.³³

O *Bankruptcy Code* é coerente com essa sistemática societária, prevendo que os direitos da massa somente poderão ser exercidos contra os *general partners*, no limite dos créditos não satisfeitos pelos bens sociais (Seção 723 do *Chapter 7*). Porém, diferentemente do que ocorre no direito italiano, francês e no brasileiro em relação aos sócios de responsabilidade ilimitada, não existe previsão sobre a falência automática desses *partners*.

Ademais, foi na experiência americana que surgiu o conceito de desconsideração da personalidade jurídica,³⁴ sob várias denominações: *piercing the veil of*

2017. UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. 517 U.S. 535 (1996). Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/535bv.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2017.

²⁹ LEVITIN, A.J. *Toward a federal common law of bankruptcy: judicial lawmaking in a statutory regime*. 2006, p. 104-105. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=879774>>. Acesso em 14 out. 2017.

³⁰ A propósito, confira-se a advertência de MARTIN, N. The role of history and culture in developing bankruptcy and insolvency systems: the perils of legal transplantation. *Boston College International and Comparative Law Review*. Vol. 28:1. Article 2, 2005, p. 77. Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol28/iss1/2/>. Acesso em: 17 ago. 2015.

³¹ UNITED STATES OF AMERICA. State of Delaware. *Delaware Code*. Title 6 – Commerce and Trade. Seções 15-306 a 15-308, 17-303 e 17-403 (atualizado até 15 set. 2017).

³² UNITED STATES OF AMERICA. State of Delaware. *Delaware Code*. Title 6 – Commerce and Trade. Seção 18-303 (atualizado até 15 set. 2017).

³³ UNITED STATES OF AMERICA. State of Delaware. *Delaware Code*. Title 8 – Corporations. Seções 101, (b), 6 e 7, 172, 174, 281(c), 282(a), 326, 327, 350, 351(c).

³⁴ O primeiro caso apontado remonta a 1809: Cf. WORMSER, I.M. Piercing the veil of corporate entity. *Columbia Law Review*, Vol. 12, no. 6, Jun. 1912, p. 497-498. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1110931>>. Acesso em: 15 out. 2017; REZENDE, C. Aspectos da desconsideração da personalidade societária em matéria fiscal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 178,

*the corporate entity; disregard of the legal entity; veil-piercing jurisprudence; alter ego theory.*³⁵ Não obstante, diferentemente do que se poderia imaginar, os casos de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das *Bankruptcy Courts* não são muito numerosos.³⁶

Uma primeira explicação para tal fenômeno estaria relacionada à atuação dos *trustees* (administradores da falência) e no desenvolvimento de outras doutrinas que melhor acomodariam os interesses protegidos pela legislação de insolvência, dentre elas a “subordinação equitativa” (*equitable subordination*) e a “consolidação substancial” (*substantive consolidation*), que serão analisadas mais adiante.³⁷

LANDERS (1977) afirmou que a maioria dos *trustees* se contentava em subordinar os créditos dos controladores, deixando de pleitear o ressarcimento direto contra estes. Esse autor ainda aponta duas outras questões importantes. A primeira é que a limitação da responsabilidade e a desconsideração da personalidade jurídica dependem da aplicação de leis estaduais, enquanto a falência é regulada por lei federal, impondo-se a

out.-dez. 1989, p. 130; NUNES, M.T.G. *Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 89; NUNES, S.L.; BIANQUI, P.H.T. A desconsideração da personalidade jurídica: considerações sobre a origem do princípio, sua positivação e a aplicação no Brasil. In: FRANÇA, E.V.A.N. (Coord.). *Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 301.

³⁵ A jurisprudência americana recorre não apenas a uma, mas a várias doutrinas para justificar a desconsideração da personalidade jurídica. Uma delas é a chamada *alter ego theory*. Trata-se da ideia do “substituto perfeito”, ou seja, a sociedade é utilizada como mero instrumento da vontade do controlador. Aceita-se de maneira geral que sua aplicação está condicionada à demonstração de dois requisitos: 1) deve haver uma unidade de interesses e propriedade que faça desaparecer a separação entre a sociedade e a pessoa natural; 2) deve ser verdadeiro que, se os atos forem tratados apenas como aqueles praticados pela sociedade isoladamente considerada, o resultado não será equitativo. Em outras palavras, será injusto. O primeiro requisito pode ser satisfeito pela demonstração da ideia de dominação sobre sociedade, geralmente presente nas relações entre matriz e subsidiária ou em sociedades de capital fechado. O segundo não encontra definição muito clara, mas muitos casos o consideram presentes quando a sociedade está tão descapitalizada que é incapaz de satisfazer os débitos ordinários decorrentes da atividade econômica (HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, THE. Piercing the corporate law veil: the alter ego doctrine under Federal Common Law. *Harvard Law Review*. Vol. 95, Nº 4, Feb. 1982, p. 854-855. Disponível em: <www.jstor.org/stable/1340779>. Acesso em: 15 mar. 2016).

³⁶ LANDERS, J.M. A unified approach to parent, subsidiary, and affiliate questions in bankruptcy. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 42, Nº 4 (Summer, 1975), p. 626; BLUMBERG (1985) contabilizava apenas treze precedentes, nem todos em casos de insolvência, em que foi imposta a responsabilidade a sociedades ou acionistas controladores que, em alguma medida, recorriam à jurisprudência sobre “piercing the veil” (BLUMBERG, P. *The law of corporate groups: problems in the bankruptcy or reorganization of parent and subsidiary corporations, including the law of corporate guaranties*. Boston: Little, Brown and Company, 1985, p. 590-591).

³⁷ BLUMBERG (1985) afirma que apesar de a ideia de *piercing the veil jurisprudence* ter desempenhado um papel preponderante nos casos de insolvência, a despeito de sua utilidade conceitual limitada, os Tribunais passaram a se basear num outro tipo de estrutura para embasar suas decisões, relativas a manter ou desconsiderar a existência separada de um membro do grupo de sociedades para implementar os *equitable objectives* na insolvência. Tais mecanismos seriam exatamente a *equitable subordination* e a *substantive consolidation*, que, ademais, somente poderiam ser explicados como resultado da aplicação dos princípios da *enterprise law* (Ibid, p. 8-9).

superação do “teste de viabilidade procedimental”.³⁸ Anote-se, além disso, que os resultados podem variar, dependendo de disposições específicas das leis de cada Estado. A segunda explicação relaciona-se ao fato de que, se o *trustee* persegue direitos de determinados credores em particular, o benefício é creditado por igual a todos os credores e não apenas àqueles cujos direitos estão sendo reivindicados.³⁹

Essas observações acarretam questionamentos sobre a própria legitimidade do *trustee* para atuar em casos de desconsideração da personalidade jurídica, que envolve, até mesmo, a discussão sobre prejuízos causados à sociedade ou ao credor em particular.⁴⁰

BLUMBERG (1985), questionando se as *Bankruptcy Courts* estariam mais inclinadas a impor responsabilidade a controladores com base nas ideias de *equitable principles* e *fairness*, concluiu que a doutrina do *piercing the veil* permanece como remédio tradicional para casos “excepcionais”. Na verdade, o autor considera desgastada a *piercing the veil jurisprudence*.⁴¹

MACEY e MITTS (2014),⁴² que procuram estabelecer uma sistematização para os casos de desconsideração da personalidade jurídica em geral, sustentam que um dos problemas que a jurisprudência busca resolver com a medida é a solução eficiente para a questão da insolvência. Explicam, contudo, que em um procedimento formal, esses resultados podem ser obtidos via *equitable subordination* e pela possibilidade de revogação e ineficácia de atos praticados em prejuízo da massa.

De qualquer forma, é correto o apontamento de BLUMBERG (1985)⁴³ de que os casos envolvendo desconsideração da personalidade jurídica em grupos de sociedades

³⁸ LANDERS, J.M. A unified approach to parent, subsidiary, and affiliate questions in bankruptcy. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 42, N° 4 (Summer, 1975), p. 627.

³⁹ LANDERS, J.M. A unified approach to parent, subsidiary, and affiliate questions in bankruptcy. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 42, N° 4 (Summer, 1975), p. 628.

⁴⁰ Cf. UNITED STATES OF AMERICA. State of Virginia. United States Bankruptcy Court, N.D. West Virginia. *In re: John Stewart Custom Woodworking, Inc., Chapter 7, Debtor, Case N° 16-bk-0816*. 20 jul. 2017. Disponível em: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-wvnb-1_16-bk-00816/pdf/USCOURTS-wvnb-1_16-bk-00816-0.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2017. Cf. ainda: KAPLAN, G.M.; PHINNEY, T.R. Hot topics in insolvency law: alter ego claims. *Business Law News*. The State Bar of California. Issue 1-2012, p. 16-28. Disponível em: <<http://www.fbm.com/files/Publication/c7bbfcc5-c504-4e2c-92fb-fcf57adde48/Presentation/PublicationAttachment/275d12eb-9994-4290-9509-ff41eb7369c9/4-1-12%20-%20BLN%20Issue%201%202012%20online%20Kaplan.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

⁴¹ BLUMBERG, P. *The law of corporate groups: problems in the bankruptcy or reorganization of parent and subsidiary corporations, including the law of corporate guaranties*. Boston: Little, Brown and Company, 1985, p. 589-590, 596-597 e 603.

⁴² MACEY, J.R.; MITTS, J. Finding order in the morass: the three real justifications for piercing the corporate veil. *Cornell Law Review*. Vol. 100, Issue 1, Nov. 2014, p. 101-102, 130-132. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4647&context=clr>>. Acesso em: 16 out. 2014.

⁴³ BLUMBERG, P. *The law of corporate groups: problems in the bankruptcy or reorganization of parent and subsidiary corporations, including the law of corporate guaranties*. Boston: Little, Brown and Company, 1985, p. 8-9 e 590-591.

pelas *Bankruptcy Courts*, cujas raízes estão ligadas ao conceito de *entity law*,⁴⁴ vêm cedendo espaço a outras doutrinas (*equitable subordination* e *substantive consolidation*) que melhor acomodariam as *equitable considerations* relacionadas às políticas de *equality of distribution* e *fairness to creditors*.⁴⁵

A *equitable subordination* encontra previsão na Seção 510(c) do *Bankruptcy Code*. Basicamente, consiste na subordinação, segundo juízo de equidade, dos créditos de determinados credores aos de outros, ainda que, pela natureza do crédito isoladamente considerado, aqueles pudessem gozar de algum tipo de privilégio.⁴⁶ É interessante observar que, sob a perspectiva econômica, a *equitable subordination* produz efeitos semelhantes à desconsideração da personalidade jurídica quando utilizada para fins de simples responsabilização de sócios ou diretores, pois os créditos destes contra a sociedade falida são preteridos em benefício dos demais credores.⁴⁷

A *substantive consolidation*, por sua vez, importa a combinação dos patrimônios de uma ou mais sociedades envolvidas em procedimentos de insolvência para a satisfação dos credores de todas elas.⁴⁸ Em consequência, os direitos e obrigações

⁴⁴ BLUMBERG explica que o surgimento da *entity law* é anterior ao surgimento dos conglomerados empresariais, quando, filosoficamente, prevalecia a ideia de que as *corporations* eram pessoas separadas com direitos e obrigações segregadas. Ainda não se conhecia a possibilidade de a sociedade se tornar titular de participação em outras para conduzir um mesmo negócio por meio de várias pessoas jurídicas de forma coordenada maximizando os ganhos. Portanto, para cada negócio, em regra, existia apenas uma sociedade. Com o surgimento dos grupos, a *entity law*, que havia sido responsável por separar a empresa dos sócios investidores, não envolvidos na administração, passou a ser automaticamente aplicada à controladora e suas subsidiárias, todas tratadas como entidades separadas. O autor critica o fato de os tribunais americanos ainda estarem bastante ligados a esta visão, que privilegia a forma em lugar do conteúdo, resultando na superação daquela apenas em condições manifestamente excepcionais e casuísticas quando houver desrespeito da existência separada, o que prejudica o estabelecimento de diretrizes adequadas para a solução de casos futuros (BLUMBERG, P. *The law of corporate groups: problems in the bankruptcy or reorganization of parent and subsidiary corporations, including the law of corporate guaranties*. Boston: Little, Brown and Company, 1985, p. 3-9).

⁴⁵ *Ibid*, p. 8-12.

⁴⁶ HASKELL, W.R. The relationship of directors of a close corporation to its creditors. *Cumberland-Samford Law Review*, Vol. 1, 1970, p. 213. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cumlr1&div=18&id=&page=>>. Acesso em: 15 abr. 2016; LEVITIN, A.J. *Toward a federal common law of bankruptcy: judicial lawmaking in a statutory regime*. 2006, p. 12. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=879774>>. Acesso em: 14 out. 2017.

⁴⁷ LANDERS, J.M. A unified approach to parent, subsidiary, and affiliate questions in bankruptcy. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 42, N°. 4 (Summer, 1975), p. 609.

⁴⁸ Cf. BAIRD, D. G. The future of Chapter 11: a symposium cosponsored by the American College of Bankruptcy: substantive consolidation today. *Boston College Law Review*. Vol. 5, Dec. 2005. Disponível em: <http://www.lexisnexis.com/lncui2api/results/docview/docview.do?docLinkInd=true&risb=21_T26411019734&format=GNBFI&sort=RELEVANCE&startDocNo=1&resultsUrlKey=29_T26411019738&cisb=22_T26411019737&treeMax=true&treeWidth=0&csi=142668&docNo=8>. Acesso em: 24 ago. 2017; BLUMBERG, P. *The law of corporate groups: problems in the bankruptcy or reorganization of parent and subsidiary corporations, including the law of corporate guaranties*. Boston: Little, Brown and Company, 1985, p. 401; CONTI, J.F. An analytical model for substantive consolidation of bankruptcy cases. *The Business Lawyer* (American Bar Association). Vol. 38, N°. 3 (May 1983), p. 855. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40686486>>. Acesso em: 25 ago. 2017. HANSMANN, H.; KRAAKMAN, R.

eventualmente existentes entre os membros do grupo simplesmente deixam de existir,⁴⁹ ou seja, são ignorados.

BAIRD (2005)⁵⁰ expressamente identifica a *substantive consolidation* como uma doutrina *análoga* à *veil-piercing*, entendimento partilhado por MACEY e MITTS (2006).⁵¹

BLUMBERG (1985),⁵² por outro lado, muito embora reconheça que existam decisões que se baseiam na *piercing the veil jurisprudence* para determinar a *substantive consolidation*, entende que tal visão é inadequada. Para o autor, essa doutrina revela uma maior aceitação dos princípios da *enterprise law*. Ele destaca a existência de precedentes que consideram desnecessária a demonstração dos requisitos relacionados à *veil-piercing doctrine*, a qual, a propósito, traria diversos inconvenientes.

STRASSER (2005) aponta que os Tribunais têm focado tanto na intensidade em que os credores confiaram na estrutura do grupo societário como garantia de adimplemento (aspecto familiar à doutrina da desconsideração) quanto no potencial de sucesso da reorganização (objetivo típico das políticas sobre insolvência, que não encontra paralelo na teoria da desconsideração).⁵³

SQUIRE, R. Law and the rise of the firm. *ECGI Working Paper Series in Law*. Working Paper N° 57/2006, p. 62. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=873507>>. Acesso em: 15 mai. 2015; MACEY, J.R.; MITTS, J. Finding order in the morass: the three real justifications for piercing the corporate veil. *Cornell Law Review*. Vol. 100, Issue 1, Nov. 2014, p. 132-133. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4647&context=clr>>. Acesso em: 16 out. 2014.

⁴⁹ WIDEN, W.H. Report to American Bankruptcy Institute: prevalence of substantive consolidation in large bankruptcies from 2000 to 2005. *American Bankruptcy Institute Law Review*. Vol. 16, Issue 1, Jan. 2008, p. 1-36. Disponível em: <http://commission.abi.org/sites/default/files/Law_Review_Substantive_Consolidation.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2017.

⁵⁰ BAIRD, D. G. The future of Chapter 11: a symposium cosponsored by the American College of Bankruptcy: substantive consolidation today. *Boston College Law Review*. Vol. 5, Dec. 2005, p. 1. Disponível em: <http://www.lexisnexis.com/lncui2api/results/docview/docview.do?docLinkInd=true&risb=21_T26411019734&format=GNBFI&sort=RELEVANCE&startDocNo=1&resultsUrlKey=29_T26411019738&cisb=22_T26411019737&treeMax=true&treeWidth=0&csi=142668&docNo=8>. Acesso em: 24 ago. 2017.

⁵¹ MACEY, J.R.; MITTS, J. Finding order in the morass: the three real justifications for piercing the corporate veil. *Cornell Law Review*. Vol. 100, Issue 1, Nov. 2014, p. 132-135. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4647&context=clr>>. Acesso em: 16 out. 2014.

⁵² BLUMBERG, P. *The law of corporate groups: problems in the bankruptcy or reorganization of parent and subsidiary corporations, including the law of corporate guaranties*. Boston: Little, Brown and Company, 1985, p. 429-434.

⁵³ STRASSER, K.A. Piercing the veil in corporate groups (Symposium: The changing face of parent and subsidiary corporations: entity vs. enterprise liability). *Connecticut Law Review*, 37, Spring 2005, p. 367-665. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/conlr37&collection=journals&id=655&startid=&end=684>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

Entre os casos representativos da forma moderna de aplicação da *substantive consolidation* destacam-se:⁵⁴ *Owens Corning (2005)*,⁵⁵ *Augie/Restivo (1988)*⁵⁶ e *Auto-Train (1987)*.⁵⁷

Em *Owens Corning*, a ordem de consolidação dependeria da análise de dois testes ou requisitos alternativos, isto é, não cumulativos. Primeiro, o desrespeito à existência separada das entidades deveria ser significativo a ponto de os credores confiarem na derrubada das fronteiras entre elas, considerando-as como se fossem uma única pessoa jurídica. Segundo, os ativos e passivos deveriam estar de tal forma misturados que sua separação fosse proibitiva, afetando negativamente a todos os credores.⁵⁸

Essa também seria a essência do caso *Augie/Restivo*, o qual, inclusive, é apontado por MACEY e MITTS (2014) como um *leading case* na fixação dos limites da consolidação substancial, que, a propósito, foi negada na ocasião.⁵⁹

BLUMBERG (1985) procura, a partir dos precedentes analisados em sua obra, sistematizar os critérios nos quais as cortes de insolvência se baseariam para acolher ou negar os pedidos de consolidação envolvendo grupos de empresas.⁶⁰ De forma bastante resumida, referidos critérios ou fundamentos seriam os seguintes: 1) o nível de integração econômica dos membros do grupo (unidade em torno das atividades); 2) a expectativa dos credores em relação à contratação, isto é, se estes veriam as empresas do grupo como entidades independentes, ou como uma unidade econômica mais ampla; 3) a confusão da contabilidade das afiliadas, de modo a tornar impossível ou muito dispendiosa sua separação; 4) a confusão patrimonial; 5) o incremento na viabilidade da implementação do plano de recuperação das empresas do grupo, razão pela qual, aliás, muitas consolidações

⁵⁴ COMMITTEE ON STRUCTURED FINANCE AND THE COMMITTEE ON BANKRUPTCY AND CORPORATE REORGANIZATION OF THE ASSOCIATION OF THE BAR OF THE CITY OF NEW YORK. Special report on the preparation of substantive consolidation opinions. *The Business Lawyer* (American Bar Association), Vol. 64, n° 2, February, 2009, p. 413-414. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/41552798>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

⁵⁵ *Owens Corning*, 419 F.3d 195 (3d Cir. 2005).

⁵⁶ *Union Sav. Bank v. Augie/Restivo Baking Co., Ltd. (In re Augie/Restivo Baking Co., Ltd.)*, 860 E2d 515, 518 (2d Cir. 1988).

⁵⁷ *Drabkin v. Midland-Ross Corp. (In re Auto-Train Corp., Inc.)*, 810 E2d 270, 276 (D.C. Cir. 1987).

⁵⁸ COMMITTEE ON STRUCTURED FINANCE AND THE COMMITTEE ON BANKRUPTCY AND CORPORATE REORGANIZATION OF THE ASSOCIATION OF THE BAR OF THE CITY OF NEW YORK. Special report on the preparation of substantive consolidation opinions. *The Business Lawyer* (American Bar Association), Vol. 64, n° 2, February, 2009, p. 414-415. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/41552798>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

⁵⁹ MACEY, J.R.; MITTS, J. Finding order in the morass: the three real justifications for piercing the corporate veil. *Cornell Law Review*. Vol. 100, Issue 1, Nov. 2014, p. 132-133. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4647&context=clr>>. Acesso em: 16 out. 2014.

⁶⁰ BLUMBERG, P. *The law of corporate groups: problems in the bankruptcy or reorganization of parent and subsidiary corporations, including the law of corporate guaranties*. Boston: Little, Brown and Company, 1985, p. 418-440.

não sofreriam a oposição de credores; 6) a iminência de liquidação da companhia, caso em que a consolidação poderia ser desvantajosa para os credores; 7) hipóteses baseadas nos fundamentos clássicos da *piercing the veil jurisprudence*, cuja utilização, como visto, o autor considera inadequada.

Nos Estados Unidos, a *substantive consolidation* costuma ser utilizada no âmbito da recuperação judicial. Entretanto, anota-se que, mais recentemente, a despeito de discussões envolvendo as *involuntary petitions* (processos iniciados por credores), existiria uma maior aceitação nos Tribunais sobre a possibilidade de consolidação de ativos de terceiros que não são parte nos procedimentos de insolvência⁶¹ – não obstante, pertençam ao mesmo grupo ou conglomerado empresarial. Ou seja, seria uma espécie de “extensão” do procedimento.

De qualquer forma, todo o procedimento infrutífero de reorganização se converte em liquidação e não existe, a julgar pelos pressupostos da consolidação, um obstáculo *a priori* à sua verificação na falência.⁶²

A análise realizada permite concluir que a lei norte-americana sobre insolvência (direito legislado) não prevê expressamente a possibilidade de extensão de efeitos da falência a terceiros. Existe apenas disciplina sobre a responsabilização patrimonial subsidiária dos *general partners*. Entretanto, em determinadas circunstâncias, construções jurisprudenciais envolvendo, em especial, a teoria da desconsideração da personalidade, a *equitable subordination* e a *substantive consolidation* podem resultar na inclusão de terceiros em processos de reorganização ou de falência.

2.4 Argentina

A antiga Lei Concursal argentina (Lei nº 19.551, de 1972),⁶³ previa, em seu art. 164, a possibilidade de extensão de efeitos da falência ao sócio ilimitadamente responsável,

⁶¹ WEITNAUER, J.C. Substantive consolidation of non-debtors: another perspective. *American Bankruptcy Institute Journal*, May 2004, p. 3. Disponível em: <<https://www.abi.org/abi-journal/substantive-consolidation-of-non-debtors-another-perspective#9a>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

⁶² O Guia Legislativo sobre Leis de Insolvência elaborado pela United Nations Commission on International Trade Law aponta que, nos poucos países em que há leis tratando da consolidação substantiva, as previsões se restringem ao contexto da liquidação. Naqueles em que não há leis específicas, a experiência revelaria sua utilização na liquidação e também na reorganização (UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Legislative guide on insolvency law - Part three: treatment of enterprise groups in insolvency*. New York: United Nations, 2012, p. 60, parágrafo 107. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-E.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2018). Como visto, a experiência norte-americana se enquadra neste último grupo.

de modo semelhante ao que se verifica na tradição brasileira. Entretanto, o artigo seguinte, 165, que sofreu influência da experiência francesa,⁶⁴ estabeleceu a possibilidade de “extensão por atuação em interesse pessoal”, determinando que a quebra de uma sociedade importaria a de qualquer outra pessoa que, sob aparência de atuação daquela, tivesse realizado atos de interesse pessoal e disposto de bens como se fossem próprios, em fraude aos credores. A hipótese também alcançava o controlador que houvesse se desviado indevidamente do interesse social da controlada, submetendo-a à direção unificada do próprio controlador ou do grupo econômico, além de qualquer pessoa com a qual houvesse confusão patrimonial inextrincável, que impedisse a clara delimitação de seus ativos e passivos ou da maior parte deles. O dispositivo sofreu nítida influência da *substantive consolidation* norte-americana.

A *Ley de Concursos y Quiebras* atual (Lei nº 24.522, de 20 de julho de 1995), basicamente, reproduz referidas hipóteses, respectivamente, em seus arts. 160 e 161.⁶⁵

Os atuais arts. 167 e 168 contêm disposições para o tratamento das massas de todos os falidos (a devedora original e aqueles a quem a falência foi estendida). Em resumo, sempre que se constatar confusão patrimonial que não permita a separação dos ativos (mesmo se o fundamento para a extensão foi outro), haverá formação de uma única massa concursal. Se, entretanto, a separação for possível, as massas serão tratadas separadamente e os recursos remanescentes constituirão um fundo comum para satisfação dos credores de outras massas eventualmente não satisfeitos, sem privilégios.

2.5 Síntese conclusiva do direito estrangeiro

A análise dessas experiências estrangeiras, como era de se esperar, revela que o problema da extensão de efeitos da falência não é tratado de maneira uniforme.

Na maioria dos sistemas estudados, identifica-se uma aceitação da ideia de que a falência da sociedade também implica a falência do sócio ilimitadamente responsável, o que, entretanto, não ocorre nos Estados Unidos, país no qual, em princípio, a insuficiência

⁶³ ARGENTINA. *Ley 19.551, de 04 de abril de 1972*. Ley de Concursos y Quiebras. Disponível em: <<http://www.saij.gob.ar/19551-nacional-ley-concurso-preventivo-quebra-Ins0000744-1984-08-13/123456789-0abc-defg-g44-70000scanyel>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

⁶⁴ Cf. DOBSON, J.M. *El abuso de la personalidad jurídica (em el derecho privado)*. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 550.

⁶⁵ ARGENTINA. *Ley 24.522, de Julio 20 de 1995*. Ley de Concursos y Quiebras. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25379/texact.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

do ativo da sociedade acarreta apenas a responsabilidade patrimonial subsidiária do sócio ilimitadamente responsável.

Em relação a administradores e sócios com responsabilidade limitada, também há diferentes níveis de aceitação em torno da ideia de simples responsabilização, superando-se, portanto, a regra de limitação de responsabilidade, ou de verdadeira extensão de efeitos da falência em caráter mais amplo, com efetiva (ou quase) equiparação da condição do terceiro àquela da sociedade falida.

Uma distinção oportuna (sem qualquer pretensão taxinômica) diz respeito aos países nos quais, a despeito das discussões específicas no bojo da jurisprudência, existem previsões legais expressas para a extensão da falência a terceiros com responsabilidade limitada (França e Argentina), os que, na ausência de uma tal previsão, tendem a rejeitar a ideia de extensão (Itália) e aqueles que, em função das condições materiais e problemas verificados em casos concretos, desenvolveram soluções essencialmente baseadas na jurisprudência para lidar com o problema, o que, por vezes, acarreta a adoção de critérios mais casuísticos, flexíveis e, conseqüentemente, menos previsíveis, tornando-se objeto de significativa fonte de dissenso doutrinário e jurisprudencial (Estados Unidos).

De qualquer forma, fica claro que a possibilidade de extensão da falência das sociedades em que vigora a limitação de responsabilidade – ou de seus efeitos – somente é admitida diante da verificação de fatores que, embora variem de um país para o outro (seja em função de normas legais ou de entendimentos jurisprudenciais), evidenciam desvio ou utilização abusiva da personalidade jurídica, em desrespeito à ideia de autonomia do ente moral, o que inclui fraudes, utilização em interesse pessoal e confusão patrimonial, dentre outras possibilidades, ou a prática de determinados atos ilícitos pelos administradores.⁶⁶

⁶⁶ Registre-se a conclusão de LOBO (2012) sobre os sistemas legais aqui estudados em comparação com sua visão sobre o ordenamento brasileiro (ligeiramente diferente daquela exposta nesta obra), estabelecendo uma classificação em três categorias em função do dogma da autonomia da pessoa jurídica no direito dos grupos societários: “(a) a primeira [categoria], em que a responsabilidade civil intergrupo é regida pelo dogma da absoluta e completa separação jurídica e patrimonial entre as empresas grupadas, respondendo a sociedade controladora pelas obrigações e dívidas da controlada na forma prevista na LSA e na LRFE, como se dá no Brasil; (b) a segunda, em que, em princípio, prevalece o dogma da personalidade jurídica, salvo nas hipóteses excepcionais discriminadas na Lei de Falências, como ocorre na Argentina (art. 161 da LCQ), na França (*Code de Commerce*, arts. L651-1 e L651-2 - ‘*De la responsabilité pour insuffisance d’actif*’ e arts. L653-1 a L653-5 - ‘*De la fallite personnelle ed des autres mesures d’interdiction*’) e na Itália (art. 147 da Lei Falimentar e art. 3º da Lei Prodi sobre Administração Extraordinária e Grandes Empresas em Crise); (c) a terceira, em que, em princípio, prevalece o dogma da personalidade jurídica, podendo estender-se a falência a empresas grupadas com base na teoria da desconsideração – como se verifica nos EUA, em que a jurisprudência, em circunstâncias excepcionais, ‘levanta o véu’ para alcançar o controlador e punir a fraude; e, na França, em que a jurisprudência estende a falência a empresas grupadas com base na ‘doutrina da simulação’, na ‘teoria da aparência’, no ‘abuso da personalidade societária’, na ‘fraude’, na ‘solidariedade imperfeita’, por razões de ‘ordem pública’, como meio de coibir comportamentos abusivos do controlador.”

3. FUNÇÃO, PRESSUPOSTOS E EFEITOS DA FALÊNCIA

O presente capítulo traz, em primeiro lugar, a evolução dos objetivos fundamentais da legislação falimentar brasileira, além de breves considerações sobre os pressupostos e efeitos da falência.

O intuito é fornecer elementos para a discussão que será realizada mais adiante sobre a compatibilidade da ideia de extensão da falência com tais objetivos, pressupostos e efeitos.

3.1 Objetivos fundamentais da falência

A seguir, discute-se a passagem da realidade cunhada sob a égide do Decreto-lei nº 7.661, de 1945, quando os objetivos da falência eram identificados, essencialmente, com a ideia de tutela do crédito (informada pelo princípio da paridade entre credores), bem como de tutela do mercado (orientada à rápida dissolução da empresa arruinada), à atual, que introduziu e atribuiu significativa importância ao ideal de preservação da empresa economicamente viável.

3.1.1 A tutela do crédito e do mercado

Afirmava REQUIÃO (1980),⁶⁷ ainda sob o regime do Decreto-lei nº 7.661, de 1945:

Duas correntes se firmaram para determinar o real escopo do procedimento falimentar: uma considera que o Direito Falimentar [...] pretende assegurar a perfeita igualdade entre os credores da mesma classe, já que o patrimônio do devedor é garantia geral de seus credores. Outra nega que a *par condicio creditorum* seja o objetivo principal da falência, passando a afirmar a tese de que o Estado, através da lei, objetiva concretamente a eliminação das empresas econômica e financeiramente arruinadas, em virtude das perturbações e perigos que podem causar ao mercado, com reflexos em outros organismos.

O autor entendia que nenhum desses objetivos se sobressairia, mas, na verdade, compor-se-iam “como elementos imprescindíveis à garantia geral do crédito [...] que é

(LOBO, J. Extensão da falência por abuso de controle. *In*: TOLEDO, P.F.C.S.; SATIRO, F. (Coords.). *Direito das empresas em crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 165-166).

⁶⁷ REQUIÃO, R. *Curso de direito comercial*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 1, p. 22.

elemento essencial para a estabilidade econômica e, nos países menos desenvolvidos, instrumento básico para o seu progresso”.⁶⁸

Muito embora, historicamente, a execução concursal seja anterior à ideia de paridade entre credores, é inegável que, hoje, esta se encontra intimamente ligada àquela, como se observa no caso da falência.⁶⁹

COELHO (2015) pondera que, na ausência de bens suficientes para pagamento da totalidade das obrigações, “o mais justo é a instauração de uma execução única, envolvendo todos os credores e abrangendo a totalidade dos bens do patrimônio do devedor”.⁷⁰⁻⁷¹

LOBO (1999) destaca, na paridade, o propósito de combater o comportamento oportunista, ou seja, “evitar que um credor mais bem orientado, mais bem informado, mais esperto, mais atirado, mais afoito, possa desfalcocar o patrimônio do devedor comum em detrimento da universalidade”.⁷²

Com base na ideia de justiça comutativa, a insuficiência patrimonial do devedor impõe a distribuição proporcional das perdas entre todos os credores, decorrente de uma “solidariedade econômica natural”,⁷³ ressaltando-se, obviamente, que o critério legalmente aceito é o da proporcionalidade entre os créditos das diferentes classes de credores (Lei nº 11.101, de 2005, art. 83), não o nivelamento.⁷⁴

⁶⁸ REQUIÃO, R. *Curso de direito comercial*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 1, p. 23.

⁶⁹ AZZOLINA (1961) explica que a *par condicio creditorum* não possui origem romanística, mas deita suas raízes no direito consuetudinário francês. Em Roma, a execução patrimonial forçada se desenvolvia sob a forma de concurso, porém, a satisfação do crédito obedecia ao princípio *prior tempore, potior iure*. A prelação seria um prêmio para o credor sagaz e vigilante. Foi o direito consuetudinário francês, posteriormente incorporado à codificação, que teria gradualmente afirmado a ideia de igualdade (“*l’uguaglianza*”), que poderia ser oposta por qualquer credor e asseguraria uma parcela dos proventos obtidos com a venda do patrimônio do devedor (AZZOLINA, U. *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*. 2ª ed. Torino: UTET, 1961, v. 1, p. 45).

⁷⁰ COELHO, F.U. *Curso de direito comercial*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 1, p. 253.

⁷¹ BUZAID (1952) lecionava: “Enquanto o devedor possuir bens livres e desembargados, o credor obtém a satisfação de seu direito em execução singular. Esta lhe assegura uma posição mais cômoda na controvérsia e mais eficaz no resultado. Surge, porém, para o credor o interesse de intervir na execução alheia, toda vez que as dívidas excedam a importância dos bens do devedor. A razão disso é que todo credor tem direito ao pagamento integral; e, não possuindo o devedor bens disponíveis para a satisfação de todos, o direito de cada um se exerce sobre o valor existente no patrimônio, pagando-se proporcionalmente os credores, ressalvadas as legítimas preferências. Essa insuficiência dos bens do devedor para a satisfação integral dos credores caracteriza o estado de insolvência. Pressuposto geral do concurso, assim universal como particular, é a insolvência do executado” (BUZAID, A. *Do concurso de credores no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 218).

⁷² LOBO, J. *Direito concursal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 291.

⁷³ FRANCO, V.H.M.; SZTAJN, R. *Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as proposições do direito europeu*. 2ª tir. Elsevier: Rio de Janeiro, 2008, p. 7.

⁷⁴ FAZZIO JÚNIOR, W. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 34-35.

3.1.2 A preservação da empresa economicamente viável

Embora o respeito à paridade entre credores e a proteção do mercado por meio da exclusão dos competidores irremediavelmente arruinados continuem a informar as reflexões em torno dos objetivos da falência, a lei atualmente em vigor recolocou a discussão em patamar completamente distinto ao positivar o ideal da preservação da empresa.

De fato, a nova legislação, na esteira do movimento verificado em diversos países,⁷⁵ inovou profundamente ao institucionalizar referido ideal, até então inexistente nos diplomas falimentares anteriores.

CEREZETTI (2012) bem sintetiza a linha evolutiva do direito concursal como um todo, que é, essencialmente, compatível com a realidade brasileira:

[O] sistema concursal conheceu um período eminentemente punitivo, atravessou uma fase de objetivos absolutamente liquidatórios, alcançou propósitos conservativos, mediante a utilização de mecanismos preventivos e suspensivos, fundados em interesses essencialmente privados, e atingiu um período de valorização da preservação da empresa, em decorrência do reconhecimento de diferentes interesses, públicos e privados, [que] são por ela abrangidos.⁷⁶

A expressão “preservação da empresa”, em especial, foi mencionada exclusivamente no art. 47 da Lei nº 11.101, de 2005, que trata dos objetivos da recuperação judicial.⁷⁷

Entretanto, a ideia manutenção da organização produtiva encontra-se presente em diversos outros dispositivos da lei, inclusive no art. 75, segundo o qual “[a] falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa”.⁷⁸

⁷⁵ CEREZETTI, S.C.N. *A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência*. Malheiros: São Paulo, 2012, p. 85-86.

⁷⁶ Ibid, p. 82-83.

⁷⁷ CEREZETTI (2012) aponta que a ideia de reorganização das empresas em crise remontaria à experiência norte-americana do século XIX, na tentativa de recuperar estradas de ferro, por meio do mecanismo da *equity receivership*, então desprovido de base no direito positivado. Na época, percebeu-se que devido à grande quantidade de capitais investidos e do grau de especificidade dos ativos empregados nas ferrovias, seria economicamente vantajoso realizar a transferência da propriedade do próprio negócio (*as a “going concern”*) em lugar de simplesmente fatar os ativos e aliená-los isoladamente (Ibid, p. 93-104).

⁷⁸ TOLEDO (2009), examinando as disposições do art. 75 da Lei nº 11.101, de 2005, leciona que, com a falência, cessa a atividade empresarial. Assim, recuperando a clássica lição de ASQUINI (*Profili dell’impresa. Rivista del Diritto Commerciale*. Milano, 1943, v. 41. Primeira Parte, p. 1-20. Em português, cf.: Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *RDM*, nº 104, p. 109-126, out.-dez. 1996), sustenta

Emblemático também é o art. 140, inserido na seção que trata da realização do ativo da empresa falida, disciplinando especificamente da ordem de preferência na alienação dos bens da massa. Os primeiros dois incisos priorizam a alienação da própria empresa, entendida em seu perfil patrimonial e objetivo,⁷⁹ mediante venda de estabelecimentos em bloco ou, não sendo esta possível, de filiais ou unidades produtivas isoladas. Passa-se, então, à tentativa de venda dos bens integrantes de cada estabelecimento em bloco. A alienação isolada de bens foi relegada à derradeira opção.

Muito embora o §1º admita a adoção de mais de uma forma de alienação (se for conveniente à realização do ativo, ou em razão de oportunidade), o §3º reforça o valor atribuído à preservação do negócio sob o comando do adquirente (novo empresário), inclusive com a transferência de contratos específicos necessários à “operação rentável da unidade de produção”.⁸⁰

A definição dos contornos básicos do princípio da preservação da empresa e a percepção de que esta interessa não apenas aos sócios, mas também a outros terceiros é fundamental para as reflexões que serão desenvolvidas adiante quando se discutir a possibilidade de extensão de efeitos da falência a terceiros que eventualmente se dediquem à atividade empresarial.

Destaca-se nesse sentido que a ideia de preservação relaciona-se, em boa medida, com a discussão sobre a função social da empresa.

PEREIRA (2009), que, a propósito, considera o princípio da preservação da empresa como objetivo central do direito falimentar e recuperacional, afirma:

Na verdade, o princípio da preservação da empresa é um mandamento de otimização de natureza constitucional – enquanto derivado do princípio

que o vocábulo “empresa” teria sido utilizado no dispositivo em seu perfil objetivo – isto é como “patrimônio” e “estabelecimento” – e que a utilização do perfil funcional (“atividade”) seria inconsistente nesse caso. O autor destaca, todavia, o esforço do legislador na tentativa de preservar a organização dos fatores de produção, justamente, prevendo a possibilidade de cessão dos bens do devedor de tal maneira que possam ser reaproveitados na atividade empresarial desenvolvida por outrem (TOLEDO, P.F.C.S. A preservação da empresa, mesmo na falência. *In*: LUCCA, N.; DOMINGUES, A.A. (Coords.). *Direito recuperacional: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 520-533).

⁷⁹ ASQUINI, A. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *RDM*, nº 104, out.-dez. 1996, p. 118-120.

⁸⁰ SZTAJN (2005), comentando o art. 140 da Lei nº 11.101, de 2005, destaca que a continuidade da organização de cada um dos estabelecimentos autônomos de empresas organizadas sob a forma de conglomerados pode ser mantida, mesmo que a titularidade venha a ser alterada (SZTAJN. R. *In*: TOLEDO, P.F.C.S.; ABRÃO, C.H. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 377-378). Acrescenta que “[o] desmembramento da unidade (estabelecimento) deverá ser evitado sempre que resultar em rompimento da cadeia produtiva ou de distribuição de bens ou serviços que impactem negativamente a continuidade da operação para a qual o estabelecimento foi organizado” (Ibid, p. 378).

da função social dos meios de produção – aplicável tanto à recuperação judicial e extrajudicial, como também ao processo de falência.⁸¹

A ideia de função social da empresa está associada ao desenvolvimento das teorias que buscaram uma alternativa, especialmente à vista da realidade das grandes empresas, à concepção de interesse social identificado exclusivamente com o interesse dos sócios (*teorias contratualistas*),⁸² fundamentalmente a partir da “teoria da empresa em si” (*Unternehmen an sich*), atribuída a RATHENAU (1917), que considera referidas empresas “como centro de convergência dos interesses dos acionistas, da sociedade e do Estado”⁸³, lançando, assim, as bases para o desenvolvimento do chamado “institucionalismo publicista” e, posteriormente, à sua evolução, o “institucionalismo integracionista ou organizativo”.⁸⁴

O autor atribuía extrema relevância às sociedades anônimas alemãs no que diz respeito à produção de bens, empregos, desenvolvimento, etc., congregando, na linha do que já foi dito, diversos interesses que iam muito além do objetivo meramente lucrativo dos sócios.⁸⁵ Como consequência, defendia que deveria haver o fortalecimento dos órgãos

⁸¹ PEREIRA, T.H.J.A. *Princípios do direito falimentar e recuperacional brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2009, p. 58. Esse autor, esclarecendo a distinção entre princípios da legislação falimentar de hierarquia infraconstitucional e princípios que, embora digam respeito ao direito falimentar e recuperacional, têm natureza constitucional, pondera, com base em ensinamentos de Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva, que “o conflito entre um princípio e uma regra de igual hierarquia, pois positivado no mesmo diploma jurídico, seria apenas aparente. Assim, diante da inexistência de uma norma superior ou anterior a outra, a interpretação sistemática apenas permitiria concluir que, se um princípio é um mandamento de otimização que determina que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, tal regra nada mais é do que um ‘limite jurídico’ que, de tal maneira, delimita a própria extensão do princípio jurídico de qual hierarquia normativa. Ou seja, diante de um aparente conflito entre regra e princípio de mesma hierarquia o princípio não poderia ser utilizado como justificativa para a não aplicação de uma regra, uma vez que é a própria regra que delimita a extensão do princípio, não cabendo, neste caso, falar de desproporcionalidade. Situação diferente ocorre entre regra de natureza infraconstitucional e princípio que, mesmo que repetido pelo diploma jurídico infraconstitucional, tenha, na verdade, natureza constitucional. Ocorre aqui [...] uma restrição a um direito materializada em uma regra fruto do sopesamento realizado pelo legislador entre dois princípios constitucionais, o que significa que, a não ser que tal restrição seja considerada desproporcional e, portanto, a regra seja declarada inconstitucional, tal regra prevalece e deverá ser aplicada” (PEREIRA, T.H.J.A. *Princípios do direito falimentar e recuperacional brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2009, p. 19-20).

⁸² FRANÇA, E.V.A.N. *Conflito de interesses nas assembléias de S.A. e outros escritos sobre conflito de interesses*. 2ª ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 41-48.

⁸³ LAUTENSCHLEGER Jr., N. Relato sobre Walther Rathenau e sua obra: “A teoria da empresa em si”. *RDM*, nº 128, Ano XLI, out.-dez. 2002, p. 201.

⁸⁴ SALOMÃO FILHO, C. *O novo direito societário*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 32-37.

⁸⁵ “Se nos detivermos mais ao conceito vital da grande empresa, pois nos convencemos de que na antiga pele do negócio comercial de caráter privado e há muito emancipada da economia utilitarista pura lhe foram impostas tarefas que são de economia comunal, estatais e políticas, então, podemos reclamar deste ente transitório todo o desenvolvimento de Estado socialista, e quando isto corresponde ao nosso convencimento teórico, então não precisamos nos deparar com a autonomização e estatização. Entretanto, enquanto a estrutura existir em sua atual forma, precisamos protegê-la contra seu estilhaçamento pelo particularismo dos interesses privados, não importando, assim, se eventuais intenções de especular são frustradas. Temos que

da administração em detrimento do poder dos sócios, que teriam um dever de lealdade para com a empresa.

A vertente integracionista do institucionalismo propõe um interesse “harmônico e comum ao interesse dos vários tipos de sócios e dos trabalhadores e que se traduz no interesse da preservação da empresa.”⁸⁶

MATIAS (2009) defende que a função social da empresa funcione como critério para mediação do conflito existente entre os vários interessados: “o equilíbrio entre os diversos interesses que coexistem na sociedade deve ser almejado, servindo o princípio da função social da empresa como forma de ponderação dos diversos interesses em disputa”.⁸⁷

A dificuldade, entretanto, reside justamente na inexistência de critérios claros e objetivos para se chegar a esse equilíbrio.

No plano do direito positivo, especificamente relacionado ao universo empresarial, além do art. 47 da Lei nº 11.101, de 2005, o parágrafo único do art. 116 e o art. 154, *caput*,⁸⁸ ambos da Lei nº 6.404, de 1976, fazem referência à chamada “função social da empresa”, todavia, sem defini-la.

COMPARATO (1986) afirma que a noção de *função* corresponde ao “poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objeto”. Por sua vez, “o adjetivo *social* mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não

analisar, sobretudo, suas condições de existência e cuidar para que tais condições sejam mantidas para o bem comum sem violação dos direitos individuais.” (RATHENAU, W. Do sistema acionário: uma análise negocial (trad. Nilson Lautenschleger Jr.). *RDM*, nº 128, Ano XLI, out.-dez. 2002, p. 215).

⁸⁶ SALOMÃO FILHO, C. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 48. Cf. do mesmo autor: _____. *O novo direito societário*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 27-52 e 104-118; _____. Recuperação de empresas e interesse social. In: SOUZA Jr., F.S.S.; PITOMBO, A.S.A.M. (Coords.); *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 43-54. Ainda sobre a discussão envolvendo a definição de interesse social, preservação e também a função social da empresa: CERZETTI, S.C.N. *A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência*. Malheiros: São Paulo, 2012, p. 157-238; FRANÇA, E.V.A.N. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A. e outros escritos sobre conflito de interesses*. 2ª ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 27-72; FRANCO, V.H.M.; SZTAJN, R. A recuperação e função social da empresa: reavaliando antigos temas. *Revista dos Tribunais*. Ano 100, vol. 913, p. 177-191, 2011.

⁸⁷ MATIAS, J.L.N. *A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 92.

⁸⁸ CERZETTI (2012) anota que “uma das funções centrais dos administradores é equilibrar as demandas de uma ampla gama de interessados, os quais incluem não apenas os acionistas majoritários e minoritários, mas também os credores, trabalhadores, consumidores e mesmo a comunidade em que a empresa está inserida.” (CERZETTI, S.C.N. *A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência*. Malheiros: São Paulo, 2012, p. 202).

interesse do próprio *dominus*; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro”.⁸⁹

Em artigo dedicado ao estudo desse tema, com muitas referências à doutrina estrangeira, FRANCO (2008) destaca que o significado conceitual da expressão “função social” somente pode ser estabelecido “de forma muito genérica”.⁹⁰ Ressalte-se, entretanto, que a autora não se furta à tentativa de estabelecer parâmetros para aplicação do preceito, levantando diversos questionamentos, inclusive (e especialmente) relacionados à própria viabilidade econômica de determinadas empresas e aos efeitos nocivos da preservação de empresas ineficientes.⁹¹

Essa concepção de preservação da empresa a partir do conceito de função social e da definição de um interesse social abrangente, todavia, encontra efetivamente limites na própria economia de mercado.

Recuperando a ideia de eliminação de empresas arruinadas, COELHO (2015) pondera que:

A superação da crise da empresa deve [em princípio] ser resultante de uma ‘solução de mercado’: outros empreendedores e investidores dispõem-se a prover os recursos e adotar as medidas de saneamento administrativo necessários à estabilização da empresa, porque identificam nela uma oportunidade de ganhar dinheiro. Se não houver solução de mercado para determinado negócio, em princípio, o melhor para a economia é mesmo a falência da sociedade empresária que o explorava.⁹²

Contudo, esse autor explica que, nem sempre, as estruturas de mercado funcionam convenientemente de modo a permitir a implementação dessa “solução de mercado”. O exemplo por ele utilizado é o do *valor idiossincrático* atribuído pelo dono à empresa, isto é, a importância superior àquela que melhor expressa seu valor real na economia, caso no qual a venda não teria base para se concretizar, conseqüentemente, justificando a utilização de instrumentos previstos na legislação sobre recuperação de empresas.⁹³

⁸⁹ COMPARATO, F.K. Função social da propriedade dos bens de produção. *RDM*, nº 63, Ano XXV, jul.-set. 1986, p. 75.

⁹⁰ FRANCO, V.H.M. A função social da empresa. *Revista do Advogado*. Ano XXVIII, nº 96, mar. 2008, p. 131.

⁹¹ *Ibid*, p. 133-136.

⁹² COELHO, F.U. *Curso de direito comercial*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 1, p. 244.

⁹³ *Ibid*, p. 245-246.

CALÇAS e COELHO (2017),⁹⁴ reconhecendo na função social da empresa benefícios à sociedade, ainda destacam a importância de institutos eficientes para preservação da organização empresarial em momentos de crises macroeconômicas, com potencial para afetar várias empresas viáveis ao mesmo tempo.

Em resumo, é possível afirmar que, em nossa legislação atual, a ideia de preservação pode e deve ser enxergada como um valor em si no panorama da legislação concursal vigente.

Porém, é preciso que se busque um equilíbrio entre os interesses de todos os envolvidos no processo: trabalhadores, fornecedores de insumos e capital (investidores e credores), comunidade e sociedade em geral, também expressada na noção de interesse público,⁹⁵ ponderando-se, por outro lado, que a função social igualmente se apoia no próprio estímulo à atividade econômica,⁹⁶ de tal modo que o instituto da recuperação, por exemplo, deve ser reservado às empresas viáveis, ou seja, àquelas que, depois de saneadas, tenham ao menos perspectiva de geração de lucro⁹⁷ e, conseqüentemente, pagamento das obrigações assumidas nos mercados em que se inserem.

Deve-se ressaltar, contudo, que essa ideia de “empresa economicamente viável” é uma simplificação conceitual, tendo em vista as limitações do objeto do presente estudo. Ela omite uma importante discussão em torno dos métodos disponíveis para saneamento da empresa em dificuldades, em especial, a recuperação judicial, que, longe de ser perfeita, na prática, pode resultar inclusive na preservação – temporária, evidentemente – de empresa manifestamente inviável, ou na manutenção, sob a administração do devedor, de empresa que somente seria viável nas mãos de outro controlador, caso fosse transferida por meio de alienação na falência.

Na doutrina norte-americana, KORDANA e POSNER (1998) esclarecem que, sob a perspectiva econômica, a justificativa para a existência de um sistema legal de insolvência seria que ele maximizaria o valor dos ativos no caso de inadimplemento. O pressuposto de tal afirmação é que, em sua ausência, os credores exerceriam seus direitos

⁹⁴ CALÇAS, M.Q.P.; COELHO, F.U. A reforma da lei de recuperação de empresas: a mudança que tem sido lembrada como a mais urgente é a relativa à chamada “trava bancária”. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 02 nov. 2017. Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,a-reforma-da-lei-de-recuperacao-de-empresas,70002069726>>. Acesso em 03 nov. 2017.

⁹⁵ CEREZETTI, S.C.N. *A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência*. Malheiros: São Paulo, 2012, p. 214-238.

⁹⁶ FRANCO, V.H.M.; SZTAJN, R. A recuperação e função social da empresa: reavaliando antigos temas. *Revista dos Tribunais*. Ano 100, vol. 913, 2011, p. 189-190.

⁹⁷ SZTAJN, R. In: SOUZA Jr., F.S.S; PITOMBO, A.S.A.M. (Coords.); *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 222-224.

pela via de ações individuais, culminando no fatiamento dos ativos (*peacemeal*), não obstante, eventualmente, houvesse possibilidade de obtenção de maior retorno financeiro com a venda conjunta ou a reorganização da atividade do devedor. Em tese, portanto, se o valor da liquidação da empresa excedesse o valor de sua atividade em funcionamento, ela deveria ser liquidada. Caso contrário, recuperada. O sistema ideal de reorganização da empresa teria, assim, que capturar o adicional da manutenção da atividade e distribuí-lo entre os credores na forma de dinheiro ou títulos.⁹⁸

Pensamos que essa visão se enquadraria naquela que BAIRD (1998) classifica como “proceduralist”. Em matéria de reorganização de empresas, esse autor divide os pensadores estadunidenses em “traditionalists” e “proceduralists”. Dentre os assuntos por ele abordados, também estão as justificativas para a existência de uma lei especial sobre insolvência e sua adequação ao sistema jurídico como um todo. Afirma-se que, em relação ao papel da lei de insolvência, os primeiros acreditam que a proteção especial cumpre uma função essencial na recuperação de empresas que, sem ela, não poderiam se manter ativas, gerando perdas para a comunidade. Os últimos negam que a lei especial funcione de forma mágica. Para estes, as empresas deveriam simplesmente “viver” ou “morrer”. Assim, a lei deveria se limitar a cuidar para que os conflitos entre credores e investidores de capital não acelere a liquidação de forma a evitar que as empresas percam valor. Não haveria benefício algum em proteger a empresa contra as forças de mercado.⁹⁹

A discussão em torno da eficiência econômica das normas jurídicas – não apenas no âmbito da insolvência, mas nas mais diversas áreas do direito – é campo próprio de estudo da *Análise Econômica do Direito (Law & Economics, ou, simplesmente, L&E)*.

COOTER e ULEN (2011) afirmam que um bom sistema legal mantém a lucratividade dos negócios e o bem-estar das pessoas alinhados, de tal forma que a persecução dos lucros também beneficie o interesse público.¹⁰⁰ Os estudos de *L&E* constituem, assim, importante ferramenta para medição da adequação e eficiência de um sistema legal. Como justificam os autores, a economia fornece uma teoria científica para

⁹⁸ KORDANA, K.A.; POSNER, E.A. A positive theory of Chapter 11. *John M. Olin Law & Economics Working Paper n° 61*. 2nd series. University of Chicago Law School, oct. 1998. p. 5, Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=137897>. Acesso em: 10 set. 2016.

⁹⁹ BAIRD, D.G. Bankruptcy’s uncontested axioms. *The Yale Law Journal*, v. 108, n° 3. The Yale Law Journal Company: New Haven, 1998, p. 576-578. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/797497>>. Acesso em: 08 mar. 2009.

¹⁰⁰ COOTER, R.; ULEN, T. *Law and economics*. 6th ed. Boston: Addison-Wesley, 2011, p. 4.

predizer os efeitos da sanção legal sobre o comportamento dos indivíduos, ou, dito de outra forma, uma teoria comportamental para prever como as pessoas respondem às leis.¹⁰¹

Os pioneiros estudos de Análise Econômica do Direito tomam por base o famoso artigo de COASE (1960),¹⁰² que lhe rendeu o Nobel, em 1991,¹⁰³ e o utilitarismo de Jeremy Bentham, partindo do pressuposto de que as pessoas são indivíduos racionais maximizadores de seus próprios interesses (utilidades) em todas as áreas da vida.¹⁰⁴ O chamado *individualismo metodológico* do movimento *Law & Economics* se baseia em escolhas pessoais dos indivíduos que compõem a sociedade, de forma que os fenômenos sociais são analisados a partir dessas escolhas individuais.¹⁰⁵ Alguns estudos clássicos da disciplina, geralmente, partem do conceito de racionalidade econômica cunhado pelo pensamento neoclássico em microeconomia desenvolvido na Escola de Chicago. Boa parte das discussões, nesse caso, derivam de teorias relacionadas ao equilíbrio de mercado. Portanto, para esses estudiosos, a ideia de *eficiência* se destaca como um objetivo a ser perseguido.¹⁰⁶

RICHARD A. POSNER, um dos grandes responsáveis pela evolução, promoção e divulgação da Análise Econômica do Direito na década de 1970, na tentativa de rebater seus críticos, faz uma distinção entre *análise normativa* e *análise positiva*. Com isso, na verdade, de certa forma, explica a utilidade do método. A primeira teria o objetivo de argumentar como as coisas deveriam ser enquanto a última se preocuparia apenas em

¹⁰¹ COOTER, R.; ULEN, T. *Law and economics*. 6th ed. Boston: Addison-Wesley, 2011, p. 3.

¹⁰² COASE, R. The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics*. Vol. III, p. 1-44, oct. 1960.

¹⁰³ Cf. MACKAAY, E; ROUSSEAU, S. *Análise econômica do direito*. 2ª ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 9-10.

¹⁰⁴ POSNER, R. A. Some uses and abuses in economics in law. *The University of Chicago Law Review*. V. 46, nº 2, Winter, 1979, p. 281-282. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1599454>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

¹⁰⁵ MACKAAY, E; ROUSSEAU, S. *Análise econômica do direito*. 2ª ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 40-42.

¹⁰⁶ Os conceitos de *eficiência* utilizados nesses estudos são, geralmente, os de Pareto e sua versão aperfeiçoada, a eficiência de Kaldor-Hicks. Pelo primeiro, uma determinada situação é considerada eficiente se for impossível alterá-la para possibilitar a alguém uma melhoria em sua condição sem implicar a piora na condição de outrem, sempre sob a perspectiva individual dos sujeitos envolvidos, o que impõe uma necessidade de compensação efetiva para qualquer mudança em que haja perdas, sob pena de o prejudicado vetá-la. No segundo, exige-se apenas a possibilidade de reparação. A situação será considerada eficiente mesmo se houver ganhadores e perdedores, desde que o ganho dos primeiros seja maior que a perda dos últimos, o que permitiria a compensação em potencial, embora não se exija que ela efetivamente ocorra (COOTER, R.; ULEN, T. *Law and economics*. 6th ed. Boston: Addison-Wesley, 2011, p. 7-9, 12-14 e 42-43). Em situações como a da recuperação judicial, na qual a estratégia de alguém pode depender daquela de outrem, campo no qual a “Teoria dos Jogos” fornece ferramentas interessantes para o estudo da Análise Econômica do Direito, assume relevância particular o chamado *equilíbrio de Nash*, caracterizado pela circunstância em que nenhum jogador individual pode melhorar sua condição, alterando seu comportamento, se os outros jogadores não mudarem os seus (Ibid, p. 33-37; MACKAAY, E; ROUSSEAU, S. *Análise econômica do direito*. 2ª ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 43-45). “Jogadores”, no caso, são os diversos atores com interesse e possibilidade de influir no processo de recuperação – tipicamente, devedor e credores das diversas classes.

esclarecer o que são ou o que serão. Seria a distinção entre explicar o mundo (positiva) e tentar mudá-lo para transformá-lo em algo melhor (normativa). POSNER se defende afirmando que a maioria das críticas seriam direcionadas à visão normativa, e não seriam aplicáveis ao seu método positivo de análise.¹⁰⁷

De maneira didática, COOTER e ULEN (2011) exemplificam a aplicação do método de Análise Econômica do Direito esclarecendo que, primeiro, busca-se identificar o preço implícito que a lei impõe ao comportamento dos indivíduos em cada circunstância; na sequência, tenta-se prever as consequências das variações desse preço; e, finalmente, avaliam-se os efeitos segundo critérios de eficiência e, se possível, distribuição.¹⁰⁸

Seguindo essa ordem de ideias, SILVA (2009) desenvolveu, no Brasil, interessante estudo sobre incentivos para tomada de decisão sobre a recuperação de empresas no qual, analisando diversos conceitos para apuração da situação de crise da empresa no âmbito jurídico, econômico e financeiro, conclui que a Lei nº 11.101, de 2005, não define critérios objetivos para a análise da viabilidade econômica da recuperação que devam ser considerados pelo juiz para deferimento do pedido. Logo, o processamento poderá ocorrer mesmo quando houver sérias dúvidas sobre a capacidade de recuperação da empresa, o que somente será avaliado *a posteriori*, após a apresentação do plano de recuperação. Além disso, a legislação sobre insolvência também não fixaria critérios seguros para detectar a crise e não faria distinção entre crise patrimonial, financeira e econômica. Aliás, o autor aponta que nenhum dos critérios – isolada ou conjuntamente considerados – eliminaria a possibilidade de erros de avaliação, porque as causas reais da crise seriam, em boa medida, informações assimétricas não reveladas pelo devedor. Dentre as empresas em crise, ele define como *eficiente* aquela que possui um desequilíbrio momentâneo no fluxo de caixa e *ineficiente* a que passa por crise irremediável e, portanto, deveria ser liquidada. A distinção seria realizada por comparação dos resultados obtidos pela empresa em crise com aqueles que seriam verificados se houvesse realocação dos ativos para outros empreendimentos.¹⁰⁹

É importante alertar, contudo, que tanto em Economia como em Análise Econômica do Direito (e em escolas de pensamento mais recentes, como na *Nova*

¹⁰⁷ POSNER, R. A. Some uses and abuses in economics in law. *The University of Chicago Law Review*. V. 46, nº 2, Winter, 1979, p. 285. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1599454>>. Acesso em: 12 mar. 2016. Cf. pág. 48, nota de rodapé nº 111 *infra*.

¹⁰⁸ COOTER, R.; ULEN, T. *Law and economics*. 6th ed. Boston: Addison-Wesley, 2011, p. 4.

¹⁰⁹ SILVA, F.C.N.M. *Incentivos à decisão de recuperação da empresa em crise: análise à luz da teoria dos jogos*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2009, p. 23-27.

Economia Institucional, Análise Econômica do Direito e das Organizações) não há unanimidade em torno do conceito de racionalidade econômica que melhor refletiria a realidade.¹¹⁰ Ademais, existem críticos severos da ideia de subordinação das instituições jurídicas às ponderações de ordem exclusivamente econômica que visam à maximização da riqueza na forma proposta pelos estudos clássicos sobre *Law & Economics*.¹¹¹

Com isso, quer-se destacar que existe um vasto campo de pesquisa e debate que gravita em torno do ideal de preservação, do conceito de função social da empresa e também dos próprios objetivos do direito de insolvência, o que, embora extrapole manifestamente o objeto do presente estudo, pode ter influência não propriamente acerca da conclusão sobre a possibilidade de extensão da falência e o procedimento a ser seguido para tanto (uma vez que, conforme esclarecido anteriormente, o método aqui utilizado é preponderantemente *dogmático-analítico*), mas sobre a discussão em torno da preservação ou não da empresa do terceiro potencialmente afetável pela extensão, caso se conclua que esta depende de um pedido autônomo de falência, o que o autorizaria a pleitear a recuperação judicial, como será discutido mais adiante.

Para os fins aqui propostos, a ideia de preservação da empresa economicamente viável, entendida, arbitrariamente, como aquela que tem possibilidade de voltar a gerar lucro, ou seja, que passa por uma crise momentânea, é suficiente para amparar as discussões que se seguirão.

¹¹⁰ Cf. COOTER, R.; ULEN, T. *Law and economics*. 6th ed. Boston: Addison-Wesley, 2011, p. 50-51; MACKAAY, E; ROUSSEAU, S. *Análise econômica do direito*. 2ª ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 30-39; ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. Análise econômica do direito e das organizações. In: ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. (Orgs.). *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. 2ª tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 1-15; WILLIAMSON, O. Por que direito, economia e organizações? In: ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. (Orgs.). *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. 2ª tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 16-59; SZTAJN, R. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. (Orgs.). *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. 2ª tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74-78.

¹¹¹ DWORKIN (1980), criticando as premissas metodológicas de RICHARD POSNER, afirmou: “We may try to show that the decisions that seem to maximize wealth are required, not as instrumental decisions seeking to produce a certain state of affairs, of social wealth, utility, or any other goal of policy, but rather as decisions of principle enforcing a plausible conception of fairness. [...] I have, on various occasions, tried to show why an account of judicial decisions on grounds of principle should always be preferred to one on grounds of policy, for normative and positive reasons.” (DWORKIN, R. Is wealth a value? *Journal of Legal Studies*, vol. 9, nº 2, March, 1980, p. 223. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/legstud9&div=20&g_sent=1&casa_token=&collection=journals#>. Acesso em: 10 out. 2017). Cf. também: DWORKIN, R. Why efficiency? A response to Professors Calabresi and Posner. *Hofstra Law Review*, vol. 8, nº 3, p. 563-590, Spring, 1980. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hoflr8&g_sent=1&casa_token=_NPe_5nh-y0AAAAA:s6Wr1naQnVKoTqoHiyA1K97OMvsMkEfu-1KkKIV0ooABD6snSCGrwa_Bs5meL8a3bGQxm5jpNw&collection=journals&id=589>. Acesso em: 10 out. 2017; SALOMÃO FILHO, C. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 17-74.

3.1.3 Síntese conclusiva

Quanto aos objetivos fundamentais, conclui-se que o direito concursal – e mais especificamente a falência – ainda conserva aqueles originalmente apontados pela doutrina sob a égide da legislação anterior: assegurar a paridade entre credores de mesma classe e promover a ordeira e, dentro do possível, a rápida retirada do mercado do agente econômico ineficiente. Porém, na atualidade, tais objetivos se apresentam de forma mitigada, inclusive na falência, porque o sistema legal atribui valor à preservação da organização empresarial, num primeiro momento, por meio de estratégias que busquem a recuperação da empresa viável, e, quando esta não for possível, por regras diferenciadas para a liquidação de ativos.

Tratando-se o princípio da preservação da empresa de um importante pilar do direito concursal atual, ele deverá ser levando em consideração na análise das hipóteses de extensão de efeitos da falência, como se verá mais adiante.

3.2 Pressupostos da falência

Dentro da tradição jurídica brasileira, o estado de falência requer a presença de três pressupostos, sendo dois materiais – o subjetivo e o objetivo – e um formal – a sentença de quebra.¹¹²

3.2.1 Pressuposto material subjetivo

Quanto ao pressuposto subjetivo, importa, para os fins ora propostos, o exame da regra geral, segundo a qual somente os empresários ou as sociedades empresárias estão sujeitos à falência (Lei nº 11.101, de 2005, art. 1º). Isso porque, quando se discute a extensão da falência, existe a possibilidade de que terceiros afetados pela decisão judicial não se qualifiquem como empresários. É bem verdade que esse debate tende a se tornar ocioso se for aprovado projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional, o qual objetiva

¹¹² COELHO, F.U. *Curso de direito comercial*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 3, p. 252-268; FAZZIO JÚNIOR, W. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 190-191.

estender a não empresários a aplicação da Lei nº 11.101, de 2005.¹¹³ Por ora, entretanto, a reflexão sobre a falência desses terceiros, que, aliás, é clássica na doutrina, ainda se justifica.

Empresário e sociedade empresária, evidentemente, são aqueles assim definidos nos arts. 966 e 982 do Código Civil e, mais recentemente, a empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI, criada a partir da inclusão do art. 980-A naquele diploma.

O conceito de empresário encontra-se relativamente bem caracterizado na literatura especializada, inclusive no que concerne à legislação concursal em especial,¹¹⁴ de modo que não se vislumbra a necessidade de retomar essa discussão no presente estudo. Levando-se em consideração os objetivos aqui perseguidos, basta ter em mente que, para fins falimentares, existem duas categorias de pessoas: empresários e não empresários.

3.2.2 Pressuposto material objetivo

Do ponto de vista econômico, a execução concursal se justifica pela chamada insolvência econômica ou insolvabilidade, ou seja, na hipótese em que o patrimônio do devedor não é suficiente para a satisfação das suas dívidas.¹¹⁵

Porém, juridicamente, os critérios adotados pela legislação concursal brasileira são: 1) a confissão do devedor sobre o estado de insolvabilidade, caracterizada pelo pedido de autofalência; 2) a frustração do pedido de recuperação judicial; 3) tratando-se de pedido

¹¹³ Cf. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.593, de 2016*. Autor: Deputado Carlos Bezerra. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2078554>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

¹¹⁴ Cf. ASQUINI, A. Perfis da empresa (trad. Fábio Konder Comparato). *RDM*, nº 104, p. 109-126, out.-dez. 1996; CAMPINHO, S. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 15-33. COELHO, F.U. *Curso de direito comercial*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 1., p. 257-261; FAZZIO JÚNIOR, W. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 41-64; FRANCO, V.H.M.; STAJN, R. *Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as proposições do direito europeu*. 2ª tir. Elsevier: Rio de Janeiro, 2008, p. 16-20; LUCCA, N. In: _____; SIMÃO FILHO, A. (Coords.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 72-96; MILANI, M.S. A lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 51-67; PENTEADO, M.R. In: SOUZA Jr., F.S.S.; PITOMBO, A.S.A.M. (Coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 88-116; TOLEDO, P.F.C.S. In: _____; ABRÃO, C.H. (Coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1-9.

¹¹⁵ Para maiores esclarecimentos sobre o conceito de insolvência e insolvabilidade, confira-se: COMPARATO, F.K. *O seguro de crédito*. São Paulo: Max Limonad, 1968, p. 48-50; TOLEDO, P.F.C.S. Da caracterização da insolvabilidade civil: pressupostos objetivos e subjetivos do processo de execução concursal. In *RDM* nº 57, p. 42-50, 1985.

formulado por credor: 3.1) a impontualidade injustificada no pagamento das obrigações; 3.2) a execução frustrada; e 3.3) a prática dos chamados atos de falência.¹¹⁶

Os três últimos são, na verdade, presunções jurídicas sobre a insolvabilidade, previstas, respectivamente, nos incisos I, II e III do art. 94 da Lei nº 11.101, de 2005. Os primeiros dois estão disciplinados, respectivamente, nos arts. 105 e 73.

Com exceção da hipótese excepcional discipinada no art. 81, que será examinada adiante e que independe de demonstração da insolvabilidade (muito embora exista uma presunção subjacente a respeito, como se esclarecerá em capítulo específico), ausente o pressuposto material objetivo, não há, em princípio, possibilidade de decretação da falência de quem quer que seja.

3.2.3 Pressuposto formal: a sentença de falência

O pressuposto formal, consistente na sentença de quebra, também é essencial. Somente com essa decisão judicial a pessoa natural ou jurídica poderá ser considerada falida. A lei, portanto, como não poderia deixar de ser, exige, para a produção das graves consequências que serão examinadas no próximo item, a observância do devido processo legal, facultando-se ao devedor o exercício da ampla defesa, em contraditório judicial.

3.3 Efeitos da falência

A falência gera efeitos tanto para o devedor como para os credores.

Destaca-se, em primeiro lugar, a imposição de uma mudança no *status* jurídico do empresário, pessoa natural, que, além de afastado da administração do negócio e de seus bens, que se tornam indisponíveis, ainda fica temporariamente inabilitado para o exercício da atividade empresarial (Lei nº 11.101, de 2005, arts. 75, 102 e 103), e a incidência de causa extraordinária de dissolução e de forma excepcional de liquidação da sociedade empresária (Código Civil, arts. 994, §2º, 1.044, 1.051, I, e 1.087; Lei nº 6.404, de 1976, art. 206, II, “c”). Isso significa que, se durante o processo de realização do ativo não surgirem interessados na aquisição da empresa em funcionamento, a atividade empresarial deixará de existir e, conseqüentemente, pode-se argumentar que alguns objetivos relacionados ao ideal de preservação não serão atingidos.

¹¹⁶ COELHO, F.U. *Curso de direito comercial*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 1, p. 261-268; FAZZIO JÚNIOR, W. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 195-196.

Diversos deveres processuais são impostos ao empresário individual e aos sócios-administradores das sociedades empresárias falidas, conforme se observa pelas previsões contidas no art. 104 da Lei nº 11.101, de 2005.

Tanto no caso de empresário individual como de sociedade empresária, as dívidas tornam-se antecipadamente vencidas (Código Civil, arts. 333, I, e 1.425, II). Além disso, suspende-se condicionalmente a fluência de juros contra a massa falida objetiva (Lei nº 11.101, de 2005, art. 124).

Os atos contra esta são declarados ineficazes ou podem ser revogados de acordo com as previsões legais em vigor (arts. 129 a 138).

Suspendem-se as execuções individuais contra a massa, bem como a prescrição (art. 6º). E condiciona-se a execução dos contratos e obrigações do devedor a determinados efeitos (arts. 115 a 128).

Os sócios solidária e ilimitadamente responsáveis serão declarados falidos (Lei nº 11.101, de 2005, art. 81).

Haverá, ainda, arrecadação dos bens encontrados na posse do devedor, os quais darão origem à massa falida objetiva, anotando-se que os bens que lhe forem estranhos poderão ser objeto de restituição.

Formar-se-á a massa falida subjetiva, composta pelos credores.

Finalmente, a sentença de falência constituirá, ao lado da decisão que concede a recuperação judicial ou homologa a recuperação extrajudicial, pressuposto para que se possa cogitar da existência de certos crimes praticados pelo devedor, previstos na Lei nº 11.101, de 2005.

Em resumo, esse é o panorama geral dos efeitos da decretação da falência, que evidencia sua gravidade em relação às diversas pessoas afetadas. Este o aspecto fundamental a ser ressaltado para os fins do presente estudo, o qual, justamente, discute a possibilidade de extensão de referidos efeitos de modo amplo a terceiros.

4. A EXTENSÃO DE EFEITOS DA FALÊNCIA A TERCEIROS

Extensão da falência ou de seus *efeitos*, no sentido tratado neste estudo, significa considerar igualmente falida a pessoa contra quem se opera a extensão, atraindo toda a disciplina em torno da figura do falido, nos termos da Lei nº 11.101, de 2005, especialmente, todos os efeitos decorrentes da decretação da quebra.

Há, entretanto, autores que, considerando a variedade de efeitos decorrentes da quebra, admitem a extensão parcial de efeitos da falência, a qual se restringiria, essencialmente, àqueles patrimoniais, ou seja, à responsabilização do terceiro pelas dívidas da massa, conforme ficará mais claro no decorrer da exposição. Entretanto, essa orientação acarreta desnecessária confusão conceitual a respeito do tema da extensão da falência. Na verdade, a “extensão de efeitos patrimoniais da falência” deveria ser vista como mera hipótese de responsabilização patrimonial no âmbito de processo de falência (não, como *extensão de efeitos da falência*).

Nesse contexto, a abordagem central do capítulo está baseada na distinção entre a hipótese disciplinada no art. 81, da Lei nº 11.101, de 2005, que, portanto, tem expressa previsão em lei, possuindo origens históricas relativamente remotas, e outra que, essencialmente, fundamenta-se na *teoria da desconsideração da personalidade jurídica*, sendo resultado da criação jurisprudencial.

Nessa segunda parte, realiza-se uma revisão crítica dessa orientação, reconduzindo a desconsideração à sua finalidade originária, que, para os propósitos deste estudo, restringe-se à hipótese de responsabilização patrimonial.

Seguindo essa ordem de ideias, a desconsideração será inicialmente analisada como estratégia para *ampliação* da massa falida objetiva, ao lado das hipóteses ordinariamente previstas na legislação falimentar para a *recomposição* do ativo da sociedade falida, seja por meio da ineficácia ou revogação de atos praticados em prejuízo da massa, seja por ações que busquem responsabilizar administradores, controladores, sócios e acionistas de sociedades limitadas “lato sensu”, assim entendidos os sócios das *limitadas* “stricto sensu”, os acionistas das sociedades por ações e os comanditários nas comanditas simples e por ações. Será de fundamental importância a discussão sobre a natureza da obrigação resultante da desconsideração.

Num segundo momento, avalia-se, efetivamente, a possibilidade de o resultado da desconsideração servir de base para a decretação da falência do terceiro atingido por aquela, considerando-se fatores relacionados ao devido processo legal, ao princípio da

preservação da empresa e a ponderações baseadas em reflexões de natureza econômica e no ideal de estabilidade/previsibilidade das relações jurídicas.

Finalmente, o capítulo trará uma proposta de modelo interpretativo abrangente para a extensão da falência a terceiros relacionados à sociedade falida.

4.1 A falência do sócio ilimitadamente responsável

A única hipótese legalmente prevista que, em tese, corresponderia ao conceito de “extensão da falência” (ou de seus efeitos) nos termos anteriormente definidos é aquela que afeta os sócios ilimitada e solidariamente responsáveis (art. 81 da Lei nº 11.101, de 2005). Ver-se-á, entretanto, que o emprego da ideia de extensão, na verdade, é tecnicamente equivocado, muito embora tenha aparentemente sido consagrado pela doutrina e pela jurisprudência.

4.1.1 Sujeitos afetados

No Brasil, os sócios ilimitadamente responsáveis são: 1) dentre as sociedades reguladas pelo Código Civil: 1.1) todos os membros das sociedades em comum (art. 990), lembrando que estas não possuem personalidade jurídica; 1.2) todos os membros das sociedades em nome coletivo (art. 1.039); 1.3) os comanditados, nas sociedades em comandita simples (art. 1.045); e 2) os acionistas-diretores, nas sociedades em comandita por ações (Lei nº 6.404, de 1976, arts. 281 e 282).¹¹⁷

Lembre-se que o art. 893 do Código Civil não autoriza o exercício de empresa pela sociedade em comum, exigindo formalização mediante adoção de um dos tipos previstos nos arts. 1.039 a 1.092. Porém, a informalidade jamais prejudicará terceiros (arts. 986 a 990), no caso, os credores da sociedade.

Exclui-se, ainda, a sociedade em conta de participação, porque, além de não ser admitida ao uso empresarial, há previsão de que somente o sócio ostensivo se obriga perante os terceiros (Código Civil, art. 991), salvo se o sócio oculto tomar parte nas relações com estes, hipótese em que responderá juntamente com aquele.

¹¹⁷ Cf. MILANI, M.S. A lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 317-318.

Anote-se que os sócios de sociedades limitadas podem se tornar ilimitadamente responsáveis, caso expressamente aprovem deliberações infringentes do contrato ou da lei (art. 1.080 do Código Civil). Nesse caso, é possível sustentar que os sócios infratores ficariam também sujeitos à falência, nos termos do art. 81 da Lei nº 11.101, de 2005.

4.1.2 Natureza e controvérsias teóricas em torno do instituto

Discute-se se o instituto em análise seria mesmo uma “extensão” da falência, ou uma hipótese de falência própria do sócio ilimitadamente responsável.

O art. 81,¹¹⁸ em momento algum, utiliza o substantivo “extensão” ou o verbo “estender”. Estabelece, apenas, que a falência da sociedade “acarreta” a dos sócios ilimitadamente responsáveis. Claramente, recupera a orientação contida no art. 6º do antigo Decreto nº 5.746, de 1929,¹¹⁹ que, basicamente, repetindo a redação do art. 6º da Lei nº 2.024, de 1908, utilizava, inclusive, o mesmo verbo empregado na lei atual. Distancia-se, conseqüentemente, da regra contida no art. 5º do Decreto-lei nº 7.661, de 1945, que, expressamente, refutava a falência automática dos sócios ilimitadamente responsáveis, mas previa que estes ficavam sujeitos aos demais efeitos jurídicos que a sentença declaratória produzisse em relação àquela.¹²⁰ Este dispositivo acrescentava que, a referidos sócios, na

¹¹⁸ Lei nº 11.101, de 2005: “Art. 81. A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem. § 1º O disposto no *caput* deste artigo aplica-se ao sócio que tenha se retirado voluntariamente ou que tenha sido excluído da sociedade, há menos de 2 (dois) anos, quanto às dívidas existentes na data do arquivamento da alteração do contrato, no caso de não terem sido solvidas até a data da decretação da falência. § 2º As sociedades falidas serão representadas na falência por seus administradores ou liquidantes, os quais terão os mesmos direitos e, sob as mesmas penas, ficarão sujeitos às obrigações que cabem ao falido.”

¹¹⁹ Decreto nº 5.746, de 1929: “Art. 6º A fallencia da sociedade acarreta a dos socios pessoal e solidariamente responsaveis, mesmo os que della se houverem despedido, pelas obrigações contrahidas até esse momento, salvo si passados forem dous annos da retirada ou si os credores expressamente consentirem nella, fizerem novação de contracto ou continuarem a negociar com os socios remanescentes ou com a sociedade, sob a mesma firma ou firma nova. §1º Nas sociedades em conta de participação sómente os socios ostensivos e gerentes podem ser declarados fallidos. §2º Os socios commaditarios comprehendidos nos termos do art. 314 do Codigo Commercial não incidem nos effeitos da fallencia, mas respondem solidariamente com o fallido por todas as obrigações sociaes. Esta responsabilidade tornar-se-ha effectiva, mediante acção summaria, applicada ao caso a disposição do art. 53, § 2º, desta lei.”

¹²⁰ Decreto-lei nº 7.661, de 1945: “Art. 5º Os sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais não são atingidos pela falência da sociedade, mas ficam sujeitos aos demais efeitos jurídicos que a sentença declaratória produza em relação à sociedade falida. Aos mesmos sócios, na falta de disposição especial desta lei, são extensivos todos os direitos e, sob as mesmas penas, tôdas as obrigações que cabem ao devedor ou falido. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se ao sócio de responsabilidade solidária que há menos de dois anos se tenha despedido da sociedade, no caso de não terem sido solvidas, até a data da declaração da falência, as obrigações sociais existentes ao tempo da retirada. Não prevalecerá o preceito, se os credores tiverem consentido expressamente na retirada, feito novação, ou continuado a negociar com a sociedade, sob a mesma ou nova firma.”

falta de disposição especial da lei, seriam “extensivos” todos os direitos e, sob as mesmas penas, todas as obrigações que coubessem ao devedor ou ao falido.

VALVERDE (1999), comentando o art. 5º do Decreto-lei nº 7.661, de 1945, e referindo-se ao art. 6º do Decreto nº 5.746, de 1929, afirmava:

A lei revogada, *contra rationem juris*, mandava estender a falência da sociedade aos sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais. No entanto, já era ponto assentado na doutrina e jurisprudência nacional que tais sócios não eram, como não são, só por terem essa qualidade, comerciantes.¹²¹

O autor acrescentava que esses sócios não exerciam o comércio em seu nome, mas participavam de pessoa jurídica com existência distinta de seus membros, com patrimônio separado, o qual era responsável, em primeiro grau, pelas obrigações por ela assumidas – daí o caráter subsidiário dessa responsabilidade –, salientando que aqueles que atuam pela sociedade o fazem como administradores ou gerentes de organização ou entidade com capacidade jurídica necessária à prática de atos que dão origem aos direitos e obrigações integrantes de seu patrimônio.¹²²

FERREIRA (1965), que elogiava a regra de 1929, argumentava que a alteração introduzida pelo diploma de 1945 se restringiu ao aspecto terminológico.¹²³

CARVALHO DE MENDONÇA (1960),¹²⁴ tomando por base a Lei nº 2.024, de 1908, dizia que a falência dos sócios ilimitadamente responsáveis se justificava pela necessidade de manter o crédito das sociedades e facilitar a execução coletiva sobre os bens particulares dos sócios. Esclarecia que a lei firmava uma presunção de que tais sócios estariam impossibilitados de pagar, pois deixaram a sociedade cair em falência, destacando

¹²¹ VALVERDE, T.M. *Comentários à lei de falências*. 4ª ed. (rev. e at. por J.A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos). Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 112.

¹²² “A circunstância, portanto, de revestir uma sociedade mercantil certa forma legal que impõe aos sócios, ou a alguns deles, responsabilidade solidária e ilimitada, aliás, subsidiária, pelas obrigações ou dívidas sociais, não justificava o preceito da lei revogada, que os considerava falidos em consequência da falência da sociedade. A solidariedade nas obrigações não confunde os indivíduos, devedores solidários, cujos patrimônios continuam distintos, cada um com o seu dono” (Ibid, p. 113).

¹²³ “Na tradição brasileira, tão salutar, a falência da sociedade acarretava a dos sócios solidários ilimitadamente responsáveis. Acabou-se com isso, mas apenas terminologicamente. O sócio solidário não é mais declarado falido, mas fica sujeito aos dispositivos falimentares como se o fosse” (FERREIRA, W. *Tratado de direito comercial brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 49 *Apud* LUCCA, N.; SIMÃO FILHO, A. (Coords.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 346).

¹²⁴ CARVALHO DE MENDONÇA, J.X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 6ª ed. (at. por Roberto Carvalho de Mendonça). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, v. VIII, p. 187. Em anotação, o atualizador revelava perplexidade com a alteração introduzida pelo Decreto-lei nº 7.661, de 1945, questionando como seria possível entender o fato de os sócios não serem considerados falidos, mas, nos termos do art. 71, terem os bens arrecadados ao mesmo tempo em que os da sociedade falida (Ibid, p. 186).

que sua sorte decorria da condição de coobrigados pelas dívidas sociais, o que, aliás, está, em certa medida, em linha com a posição de NIGRO (1974) anteriormente destacada neste estudo quando se abordou a experiência italiana.

A propósito, FERRI (1991),¹²⁵ tratando do direito italiano, afirma que a justificativa não seria de ordem lógica, mas, sim, de ordem prática. Seria apenas a resposta da lei para lidar com o problema da responsabilidade ilimitada do sócio em caso de falência da sociedade.

A preocupação de VALVERDE (1999) claramente se concentrava sobre a racionalidade e coerência teórica do instituto, levando em consideração as hipóteses ordinárias que justificavam a decretação da falência de uma pessoa (eventualmente, o pressuposto da insolvabilidade), mas, principalmente, a limitação do rol de sujeitos passivos àqueles que se dedicavam ao comércio (arts. 1º a 4º do Decreto-lei nº 7.661, de 1945). Pondere-se que isso não seria um problema caso se adotasse uma visão estritamente positivista, focada na validade da norma, como a de KELSEN (1998).¹²⁶ Nesse caso, chegar-se-ia, tranquilamente, à conclusão expressada por outra corrente doutrinária italiana, também já referida neste estudo, segundo a qual, a possibilidade de extensão a sócio não comerciante configuraria uma exceção à regra geral. Do ponto de vista prático, as diferenças não seriam tão significativas, tanto que o próprio VALVERDE (1999) argumentava que a legislação de 1945 atendia ao objetivo do diploma de 1929, porém, “sem a anterior anomalia”.¹²⁷

Nesse contexto, é fácil perceber que a peculiaridade da falência dos sócios ilimitadamente responsáveis revela aparentes paradoxos em relação àquilo que ordinariamente se verifica nos casos disciplinados no art. 94 da Lei nº 11.101, de 2005. Primeiro, considerando que o direito reconhece as sociedades personificadas como sujeitos de direito autônomos, distintos de seus membros, contrariar-se-ia a regra geral que identifica o titular da atividade empresarial inadimplente como sujeito passivo da falência. Segundo, a possibilidade de falência de pessoa que não se encontra em situação de crise econômico-financeira, em princípio, confrontaria o pressuposto material objetivo da

¹²⁵ FERRI, G. *Manuale di diritto commerciale*. 8ª ed. Torino: UTET, 1991, 593. *Apud* ZANINI, C.K. In: SOUZA Jr., F.S.S.; PITOMBO, A.S.A.M.; *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 352.

¹²⁶ KELSEN, H. *Teoria pura do direito* (trad. João Baptista Machado). São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 242-244.

¹²⁷ Nas palavras do autor: “O dispositivo atual consegue, sem a anterior anomalia, o objetivo visado – o desapossamento imediato dos bens de tais sócios, privando-os da sua disponibilidade até a liquidação definitiva do processo de falência da sociedade” (VALVERDE, T.M. *Comentários à lei de falências*. 4ª ed. (rev. e at. por J.A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos). Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 113).

falência. Terceiro, a modificação operada pelo art. 81 da Lei nº 11.101, de 2005, teria reintroduzido, em linha com o que sustentava VALVERDE (1999), uma anomalia no sistema, pois a falência seria instituto reservado aos *empresários e sociedades empresárias*.

Considerando essa problemática, parte da doutrina critica o retorno à sistemática anterior ao Decreto-lei nº 7.661, de 1945, basicamente, recuperando as teses deste último autor.

ZANINI (2007) afirma que “a extensão da falência ao sócio [ilimitadamente responsável] pode resultar em uma decretação de quebra absolutamente *sui generis*, ante a absoluta ausência de um estado de insolvência [...] e investe contra a autonomia patrimonial da sociedade”.¹²⁸

MILANI (2011) chega a sustentar “que os sócios de responsabilidade ilimitada devem, sim, responder pelos débitos do devedor, todavia, devem fazê-lo nos moldes previstos no antigo regime [...], jamais os reputando igualmente falidos”.¹²⁹

FAZZIO JÚNIOR, por sua vez, defende a redação atual da lei, nos seguintes termos: “[t]rata-se, vale acentuar, de mais uma mitigação da personificação jurídica da sociedade empresária, afastando o formal para prevalência do real. Já não era sem tempo.”¹³⁰

Não obstante, ainda que, sob a perspectiva ideológica, o retorno à regra de falência automática do sócio ilimitadamente responsável possa ser considerado radical e equivocado segundo respeitáveis opiniões, não se vislumbra nenhuma inconsistência teórica em particular. Tampouco se identifica qualquer mitigação da personificação da sociedade empresária.

O estudo de NIGRO (1974), na Itália, fornece solução teórica consistente para o problema, a qual foi pouco explorada no Brasil: a falência automática do sócio ilimitadamente responsável decorreria, essencialmente, da condição própria de sócio ilimitadamente responsável de sociedade empresária, ainda que aquele não seja empresário.¹³¹ Trata-se de uma garantia dos credores sociais alinhada com as regras que regulam as sociedades nas quais o sócio responde ilimitadamente, isto é, uma regra de direito falimentar fortemente enraizada no direito societário.

¹²⁸ ZANINI, C.K. In: SOUZA Jr., F.S.S; PITOMBO, A.S.A.M.; *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 353.

¹²⁹ MILANI, M.S. *A lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 319.

¹³⁰ FAZZIO JÚNIOR, W. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 61.

¹³¹ NIGRO, A. *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 579-580, 597-598. Cf. págs. 20-22 *supra*.

FERRI (1991), repita-se, salientando o pragmatismo da norma italiana,¹³² caminha em sentido semelhante, o que também ocorre com VIDOTE (2005)¹³³ no Brasil.

Além disso, a opção legislativa é totalmente coerente do ponto de vista sistêmico, pois, a despeito de as sociedades empresárias personificadas possuírem personalidade jurídica e patrimônio próprios, as regras que disciplinam os tipos societários mencionados no início deste capítulo são expressas sobre a responsabilidade dos sócios ilimitadamente responsáveis pelas dívidas contraídas por tais sociedades.

Não há violação do princípio da personalidade jurídica ou da autonomia patrimonial, mas tão somente ampliação legal das consequências da responsabilidade do sócio pelas dívidas da sociedade.

E, a despeito de os sócios não necessariamente se qualificarem como empresários, sobretudo os meros investidores, será a espécie do vínculo societário estabelecido em torno da atividade empresarial em referidas sociedades que, como afirmado, cumprindo a função de garantia geral dos credores da sociedade, justificará a falência automática dos sócios ilimitadamente responsáveis.¹³⁴

Sobre a solvência dos sócios em particular, convém lembrar que o art. 81 da Lei nº 11.101, de 2005, determina expressamente que estes deverão ser necessariamente citados para apresentar contestação. Em outras palavras, poderão opor ao credor que ajuizou a ação todas as defesas próprias da sociedade e também aquelas pessoais, provando que dispõem de recursos suficientes para pagamento das dívidas sociais por meio do depósito a que alude o parágrafo único do art. 98, o que, a propósito, afastaria a possibilidade da quebra para todos.

Logo, a falência do sócio ilimitadamente responsável somente será declarada se for processualmente confirmada a presunção de insolvência que recai sobre ele.

Ademais, considerando que a responsabilidade desses sócios é ilimitada e se qualifica como garantia geral dos credores da sociedade, há uma justificativa acautelatória

¹³² FERRI, G. *Manuale di diritto commerciale*. 8ª ed. Torino: UTET, 1991, 593. *Apud* ZANINI, C.K. In: SOUZA Jr., F.S.S.; PITOMBO, A.S.A.M.; *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 352.

¹³³ “Importa considerar que não se discute, nesse campo, o fato de se o sócio é considerado empresário ou não, para estar sujeito à falência. Mesmo por que a extensão das responsabilidades da sociedade empresária a ele e a comunicação entre os patrimônios seriam suficientes para justificar a situação para efeitos de quebra.” (VIDOTE, M.C. *Comentários aos artigos 70 a 82 da Lei nº 11.101, de 2005*. In LUCCHA, N.; SIMÃO FILHO, A. (Coords.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 346).

¹³⁴ Pondere-se que, na atualidade, raramente se observa a adoção de tipos societários nos quais os sócios respondem ilimitadamente, sendo ainda mais remota a possibilidade de investidores aportarem recursos sem que haja prévia transformação em sociedades nas quais se assegure a limitação de responsabilidade ao capital subscrito.

importante para a “extensão” da falência desta àqueles: evitar, notadamente por meio da arrecadação dos bens particulares dos sócios e pelos efeitos que a quebra acarreta sobre as obrigações do devedor (Lei nº 11.101, de 2005, arts. 108 a 138), a prática de atos ruinosos tendentes à dilapidação do patrimônio pessoal destes, o que implicaria o perecimento de referida garantia (em prejuízo de direito de crédito).

Trata-se, pois, de política legislativa legítima em benefício dos credores sociais, a qual encontra respaldo e se harmoniza com outras normas previstas no ordenamento jurídico, inclusive com a autonomia patrimonial da personalidade jurídica.

Pondere-se, entretanto, que em certo sentido, a previsão do art. 81 não deixa de ser uma exceção à regra geral de que somente empresários podem falir.

PUGLIESI (2015) sustenta que, na atualidade, “não mais existe a figura jurídica da extensão dos efeitos da falência ao sócio, pois a Lei nº 11.101/05 considera também falido o sócio de responsabilidade ilimitada”.¹³⁵ Essa visão é correta, porque, conforme já referido anteriormente, não bastasse a literalidade da lei, existe uma presunção subjacente de que o sócio ilimitadamente responsável que não paga o débito da sociedade insolvente, encontra-se, igualmente, em estado de insolvabilidade. Verifica-se, portanto, um fundamento teleológico calcado no pressuposto material objetivo para sua quebra.

Contudo, a tradição sedimentada sob a égide do Decreto-lei nº 7.661, de 1945, reverberou, sendo que muitos autores, mesmo depois do início da vigência da Lei nº 11.101, de 2005, continuaram a fazer alusão à “extensão da falência” (ou de seus efeitos) ao tratarem da hipótese prevista no atual art. 81.¹³⁶

Deve-se destacar, porém, que vários deles externalizam juízo crítico nesse particular. ABRÃO (2005), por exemplo, que explicitamente fala em falência “por extensão”, esclarece: “[a] bem da verdade, o efeito da decisão é que alcança de forma indesmentível e automaticamente aqueles sócios, sejam eles administradores, gerentes ou não”.¹³⁷ Isso, por óbvio, decorre da citação dos sócios ilimitadamente responsáveis para responder especificamente ao pedido de falência da sociedade e deles próprios. A hipótese, aliás, importa litisconsórcio passivo *necessário-unitário* entre sociedade e sócios

¹³⁵ PUGLIESI, A.V. A responsabilidade patrimonial do falido, a extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. In: CEREZETTI, S.C.N.; MAFFIOLETTI, E.U. *Dez anos da Lei n.º 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 503.

¹³⁶ MILANI, M.S. *A lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 318; ZANINI, C.K. In: SOUZA Jr., F.S.S.; PITOMBO, A.S.A.M.; *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 353.

¹³⁷ ABRÃO, C.H. In: TOLEDO, P.F.C.S.; ABRÃO, C.H. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 202.

ilimitadamente responsáveis, dada a incindibilidade do objeto.¹³⁸ Vale dizer, falida a sociedade, falidos serão os sócios, como, aliás, expressamente previsto na lei.

Rigorosamente falando, na atualidade, a expressão “extensão de efeitos da falência” não é adequada e tampouco útil para a diferenciação entre a hipótese de falência previstas no art. 81 e aquelas disciplinadas nos arts. 94 e 105 da Lei nº 11.101, de 2005. Denominação muito mais alinhada aos objetivos da norma veiculada pelo primeiro seria simplesmente “falência do sócio ilimitadamente responsável”.

De qualquer forma, convém apontar que se trata da única hipótese expressamente prevista na Lei nº 11.101, de 2005, que poderia ser qualificada como “falência de terceiros”, pois, em princípio, os destinatários da norma não são titulares do exercício da atividade empresarial e tampouco os principais responsáveis pelo pagamento do débito apto a embasar o pedido de quebra, haja vista que, como se verá, a responsabilidade em relação à sociedade é subsidiária ou secundária.

4.1.3 O tratamento das massas

A Lei nº 11.101, de 2005, trouxe novos desafios ao intérprete por não haver reproduzido as disposições anteriormente previstas no art. 128 do Decreto-lei nº 7.661, de 1945, que disciplinavam o rateio entre os credores sociais e aqueles particulares dos sócios solidários.

Basicamente, a regra pressupunha a formação de tantas massas falidas objetivas e subjetivas quantos fossem os devedores falidos. Porém, liquidava-se em primeiro lugar o passivo social. Havendo sobras, estas seriam rateadas entre as diferentes massas particulares na proporção dos quinhões societários, salvo disposição em sentido diverso prevista em contrato social. Não as havendo, os credores sociais concorreriam com os credores particulares dos sócios, pelos saldos de seus créditos, em cada uma das massas particulares.

CAMPINHO (2015) não vê como não continuar aplicando os princípios previstos nos incisos do art. 128 da lei revogada.¹³⁹ Essa, efetivamente, é a melhor solução.

¹³⁸ MILANI, M.S. *A lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 319-320. Sobre o conceito de litisconsórcio “necessário-unitário”, cf.: DINAMARCO, C.R. *Instituições de direito processual civil*. 6ª ed. rev. et. at. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 2, p. 356-368.

¹³⁹ CAMPINHO, S. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 224. Anote-se que, ao realizar essa afirmação, o autor não leva em consideração a sociedade em comum; apenas a sociedade em nome coletivo, a sociedade em comandita

Entretanto, a ausência, na legislação atual, de regra explícita, nos moldes da anterior, exige que se busquem os fundamentos para tanto nas regras aplicáveis a cada tipo societário e em outras inseridas na lei de falências atual.

Quanto às primeiras, é relevante perquirir se a responsabilidade do sócio é solidária (e principal) ou subsidiária (ou secundária) em relação à sociedade. Não há dúvida de que, entre os sócios de responsabilidade ilimitada esta é sempre solidária. Mas, em relação à sociedade, aquela pode variar. A questão fundamental é saber se é aplicável ou não o benefício de ordem previsto no art. 1.024 do Código Civil.

Na sociedade em comum, o art. 990 do Código Civil deixa claro que a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais é ilimitada e solidária. Todavia, exclui do benefício de ordem de que trata o art. 1.024 para aquele que contratou pela sociedade. Em outras palavras, os primeiros responderão subsidiariamente (poderão invocar o benefício de ordem); o último, solidariamente. É importante destacar, entretanto, que a sociedade em comum não possui personalidade jurídica, está na fronteira da informalidade e sequer possui natureza própria de sociedade empresária, já que esta pressupõe o prévio registro para que seja formalmente reconhecida como tal (arts. 982 e 983 do Código Civil). Convém lembrar, nesse sentido, que as regras aplicáveis às sociedades em comum vieram para ocupar o espaço daquelas anteriormente destinadas à regulação das relações envolvendo as sociedades irregulares ou de fato.¹⁴⁰ Isso, contudo, não prejudica o direito dos credores de pedir a falência da sociedade e de seus membros, cabendo-lhes, todavia, a prova de sua existência.

A solução das regras societárias aplicáveis ao sócio que contrata em nome da sociedade induz questionamentos sobre a possibilidade de consolidação das massas falidas da sociedade e de referido sócio. Não obstante, essa hipótese se mostra incompatível com a legislação falimentar atual.

O art. 127 da Lei nº 11.101, de 2005, estabelece que o credor de coobrigados solidários cujas falências sejam decretadas tem o direito de concorrer, em cada uma delas, pela totalidade de seu crédito, até recebê-lo por inteiro, quando então comunicará o fato ao juízo. É evidente que referido artigo aplica-se aos coobrigados solidários em geral, e, não, especificamente, ao sócio em comum. Todavia, a ausência de regramento falimentar destinado a este determina a aplicação de referida previsão genérica, exigindo a criação,

simples e por ações (CAMPINHO, S. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 220, nota 213).

¹⁴⁰ Cf. VERÇOSA, H.M.D. *Curso de direito comercial: teoria geral das sociedades – as sociedades em espécie do Código Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 295-300.

manutenção e administração de massas separadas da sociedade e do sócio em comum que contratou por ela, muito embora o credor tenha a faculdade de se habilitar em ambas ao mesmo tempo pelo valor total de seus créditos.

No caso dos demais sócios em comum, aos quais é aplicável o benefício de ordem, impõe-se, obviamente, a formação de massas separadas, sendo que os credores da sociedade somente poderão concorrer com os credores pessoais desses sócios se o passivo social não for suficiente para satisfação de seus créditos, o que, nesse particular, acarreta tratamento idêntico àquele disciplinado na lei anterior.

De igual modo, os credores particulares desses sócios somente poderão concorrer pelas eventuais sobras da liquidação da sociedade na proporção dos respectivos quinhões sociais. Convém lembrar, entretanto, que, se o contrato da sociedade em organização contiver cláusula de solidariedade de outros sócios para com a sociedade (implicando em renúncia ao benefício de ordem) e o credor dela tiver conhecimento e puder prová-la, o regramento aplicável a tais sócios deverá ser idêntico àquele conferido ao sócio em comum que contrata pela sociedade.

Nas sociedades em nome coletivo, a solução, em princípio, deverá ser a mesma aplicável aos sócios em comum que não contrataram pela sociedade. O art. 1.043 do Código Civil, aliás, dispõe que o credor particular do sócio não pode pretender a liquidação da quota do devedor antes da dissolução da sociedade – salvo nas hipóteses disciplinadas no parágrafo único –, o que reforça a ideia de vedação à consolidação das massas.

O mesmo ocorre em relação aos comanditados nas sociedades em comandita simples, por força dos arts. 1.045 e 1.046, parágrafo único, do Código Civil – o primeiro prevendo a responsabilidade solidária e ilimitada dos comanditados; o último atribuindo a estes os mesmos direitos e obrigações dos sócios das sociedades em nome coletivo.

Finalmente, nas sociedades em comandita por ações, o art. 282 da Lei nº 6.404, de 1976, estabelece que o sócio ou acionista com poderes para administrar a sociedade, na condição de diretor ou gerente, responde subsidiária, mas ilimitadamente e solidariamente, pelas obrigações da sociedade, implicando em solução igualmente idêntica àquela anteriormente prevista no art. 128 do Decreto-lei nº 7.661, de 1945.

Em resumo, pode-se concluir que, no caso de falência de sociedades empresárias em que existam sócios solidária e ilimitadamente responsáveis (os quais, como visto, também se consideram automaticamente falidos) o caráter subsidiário da responsabilidade desses sócios determina, além da formação de massas falidas separadas, que os credores sociais somente poderão concorrer com os credores particulares dos sócios

em cada uma das massas objetivas particulares na proporção do respectivo quinhão social, se o passivo social se mostrar insuficiente para o pagamento da totalidade das dívidas sociais, nos mesmos moldes anteriormente delineados no art. 128 do revogado Decreto-lei nº 7.661, de 1945.

Excepciona essa regra a situação do sócio em comum que contrata pela sociedade ou dos sócios que tenham renunciado ao benefício de ordem previsto no art. 1.024 do Código Civil ou assumido a condição de coobrigados pelas dívidas sociais, seja por cláusula inserta no contrato ou estatuto social (caso em que todos os credores sociais serão beneficiados), ou por contrato entre partes restritas (hipótese em que somente os credores contratantes gozarão da garantia suplementar pactuada). Nesse caso, aplica-se a regra contida no art. 127 da Lei nº 11.101, de 2005.

Em nenhuma circunstância, contudo, admite-se a consolidação das massas falidas.

As discussões em torno do caráter subsidiário da responsabilidade dos sócios, da formação das massas falidas e da ordem de pagamento dos credores sociais e particulares são igualmente relevantes, como será mais bem esclarecido adiante, quando se tratar da extensão da falência a sócios com responsabilidade originalmente restrita ao valor de seus quinhões de capital e administradores de sociedades nas quais estes não respondam pelas dívidas sociais.

4.2 Hipóteses ordinárias de responsabilização de terceiros e a alternativa para extensão de efeitos da falência

O presente capítulo e subitens se dedicam à apresentação e à revisão crítica da orientação jurisprudencial que admite a “extensão da falência” (ou de seus efeitos) fora da hipótese prevista no art. 81 da Lei nº 11.101, de 2005, com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Objetiva-se demonstrar que a desconsideração deve ser reconduzida à sua finalidade originária, que, para os fins específicos aqui discutidos, restringe-se à responsabilização patrimonial. Apenas em um segundo momento, que pressupõe a existência de título executivo judicial condenatório contra o terceiro, será possível falar-se em falência deste, observado o procedimento disciplinado na legislação falimentar.

A desconsideração, portanto, será analisada inicialmente como estratégia para *ampliação* da massa falida objetiva, ao lado dos meios ordinariamente disponíveis na

legislação falimentar para a *recomposição* do ativo da sociedade falida (ineficácia ou revogação de atos praticados em prejuízo da massa e medidas para responsabilização de administradores, controladores, sócios e acionistas por prejuízos causados à sociedade).

4.2.1 O silêncio da lei e a solução jurisprudencial

O Projeto de Lei nº 4.376, de 1993, do Poder Executivo, tentativa frustrada de reforma da legislação falimentar brasileira, previa, em seu art. 78, determinadas hipóteses de extensão da falência ao controlador, em termos semelhantes àquelas encontradas no ordenamento francês e argentino.

Referidas hipóteses envolviam: (i) a orientação das atividades da pessoa jurídica a interesses particulares do controlador ou do grupo ao qual pertencesse; (ii) a manutenção da sociedade sob direção unificada por interesse particular do controlador ou do grupo, contrariamente ao interesse daquela; e (iii) a confusão patrimonial que tornasse incindível a reunião de ativos e passivos. Embora a responsabilidade mirasse apenas o controlador, o dispositivo, claramente, pretendia introduzir, na legislação falimentar, verdadeira disciplina sobre grupo econômico/societário. Além disso, exigia prévia citação e procedimento específico a ser seguido para o reconhecimento da extensão. Contudo, o texto não foi aprovado.¹⁴¹

Atualmente, encontra-se em tramitação, no Senado, Projeto de Lei originário da Câmara dos Deputados, que, inicialmente, visava à inserção de §3º no art. 81 da Lei nº 11.101, de 2005, a fim de regular a extensão da falência às sociedades coligadas e controladas pela sociedade falida, mas que teve aprovado substitutivo para que a alteração seja inserida como §6º do art. 94 daquela mesma lei.¹⁴²

¹⁴¹ Projeto de Lei nº 4.376, de 1993, do Poder Executivo: “Art. 78. A falência pode ser estendida: I – ao controlador que orientou ou conduziu a atividade econômica de pessoa coletiva falida, no interesse próprio ou de grupo de que faz parte; II – ao controlador da pessoa coletiva falida que, contrariamente ao interesse desta, a manteve sob direção unificada, no interesse próprio ou do grupo de que faz parte; III – ao titular do controle cujo patrimônio confundiu-se com o da pessoa jurídica coletiva controlada e falida, tornando incindível a reunião dos seus ativos e passivos ou da maior parte deles. §1º O pedido de extensão pode ser feito pelo síndico ou por qualquer credor, que oferecerá, desde logo, rol de testemunhas e documentos. §2º O juiz designará a audiência de instrução e julgamento, deferindo as provas que serão produzidas. §3º O requerido será citado para comparecer à audiência, que não se realizará em prazo inferior a dez dias, contados da citação, nela oferecendo defesa escrita ou oral, e produzir prova. §4º O síndico e o requerente da extensão da falência serão intimados da designação da audiência, por carta, com aviso de recepção. §5º Após a instrução e as alegações finais, o juiz proferirá sentença ou marcará data para a sua leitura, no prazo máximo de cinco dias”. (BRASIL. *Diário do Congresso Nacional*. Ano XLIX. Nº 23. Brasília, 22 fev. 1994).

¹⁴² Trata-se do Projeto de Lei nº 5.587, de 2013, de autoria do Deputado Carlos Bezerra. Eis a proposta de redação recebida e autuada no Senado Federal como Projeto de Lei da Câmara nº 191, de 2015: “Art. 1º O art. 94 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, passa a vigorar acrescido do seguinte § 6º: Art. 94. § 6º A

No Senado, o projeto recebeu parecer desfavorável do Relator, Senador Dalirio Beber, e este último foi aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos,¹⁴³ aguardando-se novas movimentações.

Não obstante, conforme mencionado no capítulo anterior, a única hipótese atualmente prevista na legislação de “extensão da falência” de uma sociedade a terceiros – assim entendida aquela na qual a pessoa contra a qual se opera a “extensão” também é considerada falida – continua sendo a tratada no art. 81 da Lei nº 11.101, de 2005, que, todavia, restringe-se aos sócios ilimitadamente responsáveis.¹⁴⁴

Apesar disso, há diversos julgados, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a possibilidade de “extensão da falência” de sociedades limitadas e até mesmo de sociedades por ações a seus sócios, acionistas e administradores.¹⁴⁵

falência da sociedade empresária estende-se à sociedade por ela controlada ou a ela ligada, independentemente de existir participação no seu capital social, sempre que se constatar, por meio de elementos fáticos, a influência de um grupo societário nas decisões do outro, em prejuízo da massa de credores” (BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara nº 191, de 2015*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4431964&disposition=inline>>. Acesso em: 02 jan. 2018).

¹⁴³ A conclusão do relatório possui a seguinte fundamentação: “Não obstante as nobres intenções do autor, a alteração pretendida pelo PLC nº 191, de 2015, inspirada parcialmente na jurisprudência produzida no âmbito do STJ quanto à extensão da falência de sociedade empresarial às sociedades coligadas ou controladas, acaba por desconsiderar os efeitos mais graves da decretação da falência às demais sociedades, gerando dano desarrazoado e muito maior que a mera satisfação do crédito pretendido, inviabilizando, por conseguinte, outra empresa. Entendemos, portanto, que o projeto merece ser rejeitado, cabendo ao Judiciário analisar cada caso concreto com suas especificidades” (BRASIL. Senado Federal. Comissão de Assuntos Econômicos. *Parecer (SF) nº 46, de 2017*. Rel. Senador Dalirio Beber, 27 jun. 2017. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5371446&disposition=inline>>. Acesso em: 02 jan. 2018.)

¹⁴⁴ Na vigência do Decreto-lei nº 7.661, de 1945, SALOMÃO FILHO (1995) afirmava que “[o] sistema falimentar brasileiro, diferentemente do italiano [o autor se referia ao art. 2.362, do Código Civil italiano, que previa, na hipótese de redução da sociedade a um único sócio, a responsabilidade ilimitada deste em caso de falência da sociedade], não reconhece a possibilidade de declaração de falência sem insolvência (ou impontualidade) própria do devedor. [...] Quanto aos sócios de sociedade com responsabilidade limitada doutrina e jurisprudência são uníssonas ao afirmar a impossibilidade de arrecadação dos bens do sócio (ou, na eufemística expressão do legislador, ‘extensão dos efeitos da falência ao sócio’)” (SALOMÃO FILHO, C. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 126).

¹⁴⁵ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 228.357/SP. Recorrente: Garavelo e Companhia – Massa Falida. Recorridos: Garavelo e Companhia Massa Falida e outro. Rel. Min. Castro Filho. Julg.: 09 dez. 2003. Public.: DJ 02 fev. 2004. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199900776640&dt_publicacao=02/02/2004>. Acesso em: 06 dez. 2017; _____. 3ª Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 16.105/GO. Recorrente: Planalto Negócios Industriais e Comerciais Ltda. e outro. Recorrido: Estado de Goiás. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julg.: 19 ago. 2003. Public.: DJ 22 set. 2003. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300450750&dt_publicacao=22/09/2003>. Acesso em: 06 dez. 2017; _____. 4ª Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.229.579/MG. Agravante: União Patrimonial Ltda. Agravada: Uniauto Administradora de Consórcios Ltda. – Massa Falida. Rel. Min. Raul Araújo. Julg.: 18 dez. 2012. Public.: DJ 08 fev. 2013. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201002236856&dt_publicacao=08/02/2013>. Acesso em: 06 dez. 2017; dentre vários outros exemplos.

Para os estudos desenvolvidos neste capítulo, é imperioso incluir nesse rol os sócios comanditários, das sociedades em comandita simples e por ações, uma vez que também possuem, *a priori*, responsabilidade limitada à sua contribuição para a formação do capital e devem se sujeitar à mesma regra.

Os fundamentos geralmente utilizados nas decisões que determinam a medida em discussão são aqueles normalmente empregados para a imputação de responsabilidade por meio da desconsideração da personalidade jurídica (genérica e resumidamente, falando, fraude, abuso de direito, desvio de finalidade, confusão patrimonial, etc.).¹⁴⁶ Na verdade, de acordo com o raciocínio normalmente desenvolvido, a desconsideração é pressuposto para a extensão dos efeitos da falência.

Esse entendimento não é novo, remontando à época de vigência do Decreto-lei nº 7.661, de 1945, e do Código de Processo Civil, de 1973. Em consequência, considerando que a entrada em vigor do Código de Processo Civil, de 2015 (Lei nº 13.105, de 2015) é recente, a jurisprudência não exigia o ajuizamento de ação autônoma – com prévia citação para responder à falência ou ao incidente de desconsideração – ou de ação revocatória, sendo a extensão de efeitos apreciada e declarada nos próprios autos da falência, a exemplo do que ocorria até então nos casos de desconsideração da personalidade jurídica em execuções singulares (porém, por vezes, “estendendo-se a falência” como corolário da desconsideração).

Um dos casos mais emblemáticos e polêmicos apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça, que selou, na jurisprudência daquela Corte, a admissibilidade da extensão da falência em termos abrangentes – para muito além da hipótese legalmente prevista de extensão aos sócios ilimitadamente responsáveis – foi o da falência da

¹⁴⁶ Analisando o problema da extensão da falência por meio da desconsideração especificamente na realidade dos grupos societários DINIZ (2015) afirma: “O entendimento do STJ assim se consolidou: (a) em princípio, a falência é decretada somente da sociedade empresária controlada; (b) incidentalmente, dispensado processo apartado, é possível estender a falência para sociedade controladora (REsp 1.034.536); (c) o critério para extensão de efeitos da falência é variável entre a fraude (REsp 211.619, REsp 693.235 e AgRg no REsp 1.229.579), unidade no controle (RMS 12.872 e 14.168) e confusão patrimonial qualificada pela unidade de direção (RMS 12.872 e 14.168, REsp 228.357, REsp 418.385, REsp 1.326.201 e AgRg no REsp 1.229.579); (d) houve início de qualificação da unidade de direção pela influência significativa do art. 243, §1º, da LSA, no grupo de casos da falência da Petroforte (REsp 1.259.020, 1.266.666, 1.259.018 e 1.125.767)” (DINIZ, G.S. Falência de grupos societários: critérios de extensão de efeitos da falência. In: CERZETTI, S.C.N.; MAFFIOLETTI, E.U. *Dez anos da Lei n.º 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 543, nota 59).

Petroforte Brasileiro de Petróleo Ltda., decretada ainda sob a vigência do Decreto-lei nº 7.661, de 1945, originária do Estado de São Paulo.¹⁴⁷

Em decorrência de inúmeras fraudes, além de comportamento manifestamente negligente de administradores, a falência foi estendida a mais de três centenas de pessoas, naturais e jurídicas, as quais ostentavam a condição de sócios, acionistas, administradores e até mesmo terceiros sem relação societária com o grupo da sociedade falida, como era o caso de determinados prestadores de serviços, equiparados a administradores.¹⁴⁸

O Superior Tribunal de Justiça confirmou a quebra de várias dessas pessoas.¹⁴⁹

A exemplo do que ocorreu no Juízo de origem, a Corte Superior entendeu que a extensão dos efeitos da falência a partir da desconsideração da personalidade jurídica foi adequada para combater a fraude contra credores, consistente, em especial, no desvio de ativos por meio de operações de *lease back*, com posterior transferência dos bens retomados pela arrendadora a partes relacionadas ao grupo da falida.¹⁵⁰

¹⁴⁷ O pedido de falência é originário da 18ª Vara Cível da Capital do Estado de São Paulo, tramitando sob o nº 0074201-23.2001.8.26.0100, tendo sido distribuído em 02/07/2001, por Valdir Matias, contra Petroforte Brasileiro de Petróleo Ltda., cuja quebra foi decretada em 06/09/2001, às 12h00.

¹⁴⁸ MAGRO, M. STJ julga falência da Petroforte. *Valor Econômico*. Caderno Legislação. 24 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/985628/stj-julga-falencia-da-petroforte>>. Acesso em: 10 out. 2016.

¹⁴⁹ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1.211.823/SP. Recorrente: Agroindustrial Espírito Santo do Turvo Ltda. – Falida. Recorrida: Petroforte Brasileiro de Petróleo Ltda. – Massa Falida. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julg.: 09 ago. 2011. Public.: DJe 04 out. 2011. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001677764&dt_publicacao=04/10/2011>. Acesso em: 06 dez. 2017; _____. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1.258.751/SP. Recorrente: Kiaparack - Participações e Serviços Ltda. Recorrida: Petroforte Brasileiro de Petróleo Ltda. – Massa Falida. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julg.: 15 dez. 2011. Public.: DJe 28 jun. 2012. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100982327&dt_publicacao=28/06/2012>. Acesso em: 06 dez. 2017; _____. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1.259.018/SP. Recorrente: Agrícola Rio Turvo Ltda. Recorrida: Petroforte Brasileiro de Petróleo Ltda. – Massa Falida. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julg.: 09 ago. 2011. Public.: DJe 25 ago. 2011. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000659254&dt_publicacao=25/08/2011>. Acesso em: 06 dez. 2017; _____. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1.259.020. Recorrente: Securinvest Holdings S/A. Recorrida: Petroforte Brasileiro de Petróleo Ltda. – Massa Falida. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julg.: 09 ago. 2011. Public.: DJe 28 out. 2011. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001345577&dt_publicacao=28/10/2011>. Acesso em: 06 dez. 2017; _____. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1.266.666/SP. Recorrente: Carlos Masetti Júnior e Outro. Recorrida: Petroforte Brasileiro de Petróleo Ltda. – Massa Falida e outros. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julg.: 09 ago. 2011. Public.: DJ 25 ago. 2011. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901969409&dt_publicacao=25/08/2011>. Acesso em: 06 dez. 2017.

¹⁵⁰ A Min. Nancy Andrighi, em seu voto em um dos casos envolvendo a Petroforte, transcreve a descrição de autoria do Síndico da falência sobre a fraude, nos seguintes termos: “As operações são sempre as mesmas: as empresas e os sócios do Grupo Econômico da Petroforte contraem dívidas – geralmente com o Rural Leasing ou com o Banco Rural – como não são pagas, são movidas ações judiciais que nem sequer chegam à segunda instância. Daí se obtém uma sentença judicial, ora condenatória, ora homologatória de acordo entre as partes e, como consequência, os bens dados em garantia são transmitidos aos ‘credores’ – empresas do Grupo Rural. Ato contínuo, aparece a Securinvest que sub-roga-se na dívida e os bens são rapidamente repassados a terceiros ou outras empresas dos mesmos Grupos Econômicos.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 3ª

No recurso envolvendo a Securinvest Holdings S.A., empresa que, posteriormente à retomada dos bens pela arrendadora, adquiria os ativos da Petroforte: 1) confirmou-se a jurisprudência sedimentada até então de que não era necessário o ajuizamento de ações específicas – ressalve-se que o entendimento foi firmado com base no Código de Processo Civil, de 1973, e no Decreto-lei nº 7.661, de 1945, e que os efeitos desta não se produziram de imediato, em razão da atribuição de efeito suspensivo, motivo pelo qual, aliás, o Tribunal considerou que foi respeitado o prévio direito de defesa; e 2) concluiu-se que inexistiu violação dos arts. 50 do Código Civil e 6º do Decreto-lei nº 7.661, de 1945. Este determinava a apuração da responsabilidade solidária de diretores de sociedades anônimas, dos gerentes de sociedades por cotas de responsabilidade limitada, dos comanditários e do sócio oculto, conforme procedimento ordinário, em termos semelhantes à regra prevista no atual art. 82 da Lei nº 11.101, de 2005.¹⁵¹

Não obstante essa orientação se encontre hoje sedimentada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, conseqüentemente, fazendo eco na jurisprudência dos Tribunais de Justiça dos Estados, a doutrina especializada, em grande parte, sempre se posicionou contrariamente à extensão de efeitos da falência fora da hipótese disciplinada nos arts. 5º do Decreto-lei nº 7.661, de 1945, e do art. 81 da Lei nº 11.101, de 2005, como se verá a diante em maior detalhe.

Outro caso de destaque, também originário do Judiciário Paulista, é a falência das Fazendas Reunidas Boi Gordo S/A.

Turma. Recurso Especial nº 1.259.020. Recorrente: Securinvest Holdings S/A. Recorrida: Petroforte Brasileiro de Petróleo Ltda. – Massa Falida. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julg.: 09 ago. 2011. Public.: DJe 28 out. 2011. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001345577&dt_publicacao=28/10/2011>. Acesso em: 06 dez. 2017).

¹⁵¹ Na parte do voto da Ministra Relatora em que se rechaça a alegação de violação dos arts. 50 do Código Civil e 6º do Decreto-lei nº 7.661, de 1945, encontra-se a seguinte fundamentação: “É possível coibir esse modo de atuação mediante o emprego da técnica da desconsideração da personalidade jurídica, ainda que, para isso, seja necessário dar-lhe nova roupagem. Para as modernas lesões, promovidas com base em novos instrumentos societários, são necessárias soluções também modernas e inovadoras. A desconsideração da personalidade jurídica é técnica desenvolvida pela doutrina diante de uma demanda social, nascida da *praxis*, e justamente com base nisso foi acolhida pela jurisprudência e pela legislação nacional. Como sói ocorrer nas situações em que a jurisprudência vem dar resposta a um anseio social, encontrando novos mecanismos para a atuação do direito, referida técnica tem de se encontrar em constante evolução para acompanhar todas as mutações do tecido social e coibir, de maneira eficaz, todas as novas formas de fraude mediante abuso da personalidade jurídica.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1.259.020. Recorrente: Securinvest Holdings S/A. Recorrida: Petroforte Brasileiro de Petróleo Ltda. – Massa Falida. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julg.: 09 ago. 2011. Public.: DJe 28 out. 2011. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001345577&dt_publicacao=28/10/2011>. Acesso em: 06 dez. 2017).

Nesse processo, em 2006, acolheu-se pedido de extensão dos efeitos da falência a cinco membros do grupo da falida, com arrimo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e também do próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.¹⁵²

A decisão ainda equiparou os investidores em contratos de investimento coletivo (CIC) distribuídos pela sociedade falida – credores – a consumidores, fundamentando o decreto de extensão no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990).

Na mesma oportunidade, indeferiu-se, todavia, pedido idêntico em relação a duas outras sociedades. A primeira, a nova controladora da falida, posição assumida durante a concordata desta pela aquisição de participações em duas empresas, controladoras da falida. A segunda se tornou arrendatária de bens da falida.

Ponderou-se que, até aquele momento, não haveria provas de que as sociedades integrariam o grupo da falida, salientando-se que o fato de seus controladores manterem relação de parentesco entre si (tratava-se de irmãos, membros da família Golin) não era suficiente para demonstrar a participação no referido grupo.

O pedido de extensão da falência a tais empresas, com base nos pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica, foi reiterado posteriormente (incluindo-se, na petição, outras sociedades e diversos membros da família Golin), sendo novamente rejeitado no ano de 2015.¹⁵³

Na ocasião, além de relevantes considerações sobre a excepcionalidade da extensão de efeitos da falência, destacou-se que sequer houve alegação de que as Fazendas

¹⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. *Processo nº 0171131-69.2002.8.26.0100*. Requerente: Fazendas Reunidas Boi Gordo S/A; Requerida: Fazendas Reunidas Boi Gordo S/A; Juiz: Paulo Furtado de Oliveira Filho; Julg.: 20 abr. 2006. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=0171131-69.2002.8.26.0100&cdProcesso=2SZX41H4R0000&cdForo=100&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5JMDS&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&ticket=zQhNJhpHqEeeEtb1XX%2F0so7DbaRQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvQ6aKgE3IS9JnsLO9m%2F7YNn01dIp92%2BGHI0iHgKWV0S2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwE4ZYwx65w7OX4pS93VVORsBZpiHhBJhukReAZVN0TXLT5xLC%2B17YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka6G%2BR7zn1kzFYoQyugo74u97dthBnvXYIjybzujnLQX%2FAMds%2BMFF13UcA4zmgObA637K7oxGO2C6RAWdzl7p5lGm1s3xPWIRfd04%3D>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

¹⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. *Processo nº 0026864-81.2014.8.26.0100*. Pedido de extensão da falência. Requerente: Massa Falida de Fazenda Reunidas Boi Gordo S/A; Requeridos: Satcar do Brasil Monitoramento e Rastreamento Ltda. ME e outros. Juiz Marcelo Barbosa Sacramone. Julg.: 26 jun. 2015. Public. DJ 30 jun. 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=0026864-81.2014.8.26.0100&cdProcesso=2S000DBF20000&cdForo=100&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5JMDS&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&ticket=xv4ji7TxiJGs1yTIIYCUzco7DbaRQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlv9aZeTjJWtw0kjk23T18zh301dIp92%2BGHI0iHgKWV0S2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwE4ZYwx65w7OX4pS93VVORsBZpiHhBJhukReAZVN0TXLT5xLC%2B17YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka6G%2BR7zn1kzFYoS6oauhVUSS9QCnWpMgGcDqZqkogsGRqMwUhcBiiFVy3%2FBqT1%2BrV1mGGiP%2Fqli7qmdzl7p5lGm1s3xPWIRfd04%3D>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

Reunidas Boi Gordo S/A desenvolveram atividades em benefício do grupo Golin, mas apenas da existência de desvios e de indevida apropriação de recursos, circunstâncias que não se amoldariam aos contornos dos grupos de fato.

Não obstante, acolheu-se a desconsideração da personalidade jurídica contra a maioria dos requeridos, controladores e terceiros beneficiários dos atos praticados, por se concluir que foram comprovadas as alegações de desvios e de apropriação indevida de bens da falida.

Aspecto interessante a ser destacado nessa decisão é que o Juiz prolator, após minucioso exame dos contratos, operações ilícitas e contabilidade da falida, atento aos contornos do art. 50 do Código Civil, teve o cuidado de individualizar os danos causados à massa, salientando, ademais, que a responsabilidade não envolvia todas as obrigações desta, mas somente os efeitos sobre obrigações posteriores à aquisição do controle, entendido como marco inicial das condutas abusivas.

Foi expressamente reconhecida a responsabilidade solidária de todos os atingidos pela desconsideração, nos termos do art. 942 do Código Civil.

Nesse contexto, os subitens a seguir se propõem, justamente, a aprofundar a discussão sobre essa ampliação jurisprudencial, a qual admite a “extensão de efeitos da falência”, com fundamento na desconsideração da personalidade jurídica, e suas consequências.

4.2.2 Instrumentos legais para a recomposição do ativo da sociedade falida

Inicia-se a análise pelos instrumentos previstos especificamente na legislação falimentar para a *recomposição* do ativo da sociedade falida, que se dividem em: (i) ações judiciais que, podem ter objetos diversos, contra administradores, sócios e acionistas; e (ii) declaração de ineficácia e revogação de atos lesivos à massa falida.

Somente depois será realizada a integração da disciplina da responsabilidade na falência por meio do exame da desconsideração da personalidade jurídica como método, aqui chamado, de *ampliação* da massa.

4.2.2.1 O método ordinário para apuração de responsabilidade de administradores, controladores, sócios e acionistas nas “limitadas *lato sensu*”

A apuração da responsabilidade pessoal de sócios de responsabilidade limitada, controladores e administradores da sociedade falida (aqui consideradas as sociedades limitadas, as sociedades por ações e as sociedades em comandita, simples e por ações, em relação apenas aos comanditários) está disciplinada, no âmbito da legislação falimentar, no art. 82 da Lei nº 11.101, de 2005, que, conforme mencionado anteriormente, estabelece regra muito semelhante àquela prevista no art. 6º do ab-rogado Decreto-lei nº 7.661, de 1945.

A norma determina que tal apuração ocorrerá, obrigatoriamente, em procedimento ordinário, no próprio juízo da falência, de acordo com as respectivas leis que disciplinam a responsabilidade de referidas pessoas. Portanto, além das garantias e meios de defesa assegurados de forma geral a todos os litigantes em processo civil, devem ser observadas, especialmente, aquelas previstas no rito ordinário, conforme disciplina do Código de Processo Civil.¹⁵⁴

Alguns autores entendem que a autorização para desconsideração da personalidade jurídica residiria nesse art. 82.¹⁵⁵ Todavia, essa orientação não é pacífica.

A responsabilidade a que alude o dispositivo tem natureza societária e, em geral, caráter indenizatório. Portanto, pressupõe a existência de um dano culposo *lato sensu* e o nexo de causalidade.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Cf. CAMPINHO, S. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 234-236.

¹⁵⁵ BIANQUI (2010) discutindo a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica por ato de ofício da autoridade judicial, conclui que esta não seria possível, pois não se trata de matéria de ordem pública. Diz, entretanto, que a única exceção seria a expressa previsão no art. 82 da Lei nº 11.101, de 2005 [na verdade em seu parágrafo 2º] sobre a possibilidade de decretação da indisponibilidade de bens particulares dos réus (BIANQUI, P.H.T. *Desconsideração judicial da personalidade jurídica pela óptica processual*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 108-109). DINIZ (2015) afirma que: “[o] dispositivo não é regra exclusiva de desconsideração da personalidade jurídica” (DINIZ, G.S. *Falência de grupos societários: critérios de extensão de efeitos da falência*. In: CERZETTI, S.C.N.; MAFFIOLETTI, E.U. *Dez anos da Lei n.º 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 545). Cf. ainda: SALOMÃO FILHO, C. In: COMPARATO, F.K; SALOMÃO FILHO, C. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 439, nota de rodapé 10, na Nota de Texto 78, referindo-se ao art. 82 da Lei nº 11.101, de 2005. Na edição mais recente o autor manteve a orientação: COMPARATO, F.K; SALOMÃO FILHO, C. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book. Versão Kobo. Livraria Cultura. Formato E-pub. ISBN 978-85-309-5130-6. Nota 848, ao final da Nota de Texto 78.

¹⁵⁶ PUGLIESI, A.V. A responsabilidade patrimonial do falido, a extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. In: CERZETTI, S.C.N.; MAFFIOLETTI, E.U. *Dez anos da Lei n.º 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 503-506.

É o caso da responsabilidade dos administradores por culpa ou dolo, por descumprimento de dever de diligência causador de prejuízo à sociedade, por violação à lei ou aos estatutos ou pela distribuição de dividendos em desacordo com a lei, da responsabilidade do controlador por abuso do poder de controle e da responsabilidade do sócio por deliberação com violação à lei ou ao contrato social (hipótese em que, conforme já esclarecido anteriormente, o sócio da limitada passa a responder solidária e ilimitadamente, podendo, inclusive, ser incluído no polo passivo da falência, nos termos do art. 81 da Lei nº 11.101, de 2005). Pode envolver, ainda, a obrigação de integralização de capital, de restituição de lucros distribuídos em prejuízo do capital social ou de dividendos recebidos de má-fé.¹⁵⁷

Muito embora a legitimidade para ajuizamento da ação seja da massa falida subjetiva, representada pelo administrador judicial, *a priori*, a pessoa lesada terá sido a própria sociedade falida.¹⁵⁸

Basta verificar que, em condições normais de funcionamento da sociedade, isto é, antes da decretação da falência, a legitimidade ordinária recairia sobre a própria sociedade.¹⁵⁹ Somente depois da quebra, os credores se legitimam para buscar diretamente a reparação por direitos da sociedade. Trata-se de mais um dentre tantos efeitos da falência, o qual, todavia, não tem o condão de alterar a natureza da responsabilidade societária, tampouco acarreta desconsideração da personalidade jurídica da falida.

Nesse aspecto, correta a orientação de ABRÃO (2005):

Não se trata de responsabilidade derivada da desestimação da personalidade jurídica ou de matéria que pudesse ensejar conotação objetiva, mas sim de se exteriorizar procedimento com o fim específico de se buscar dos administradores, gerentes e controladores o aspecto culposos dos atos ruinosos ou prejudiciais que impliquem o ressarcimento, entrando o numerário para o ativo da massa falida.¹⁶⁰

¹⁵⁷ No caso das limitadas, confirmam-se os arts. 1.052, 1.059, 1.080 e 1.110 Código Civil. Para as sociedades por ações e comanditas por ações, arts. 10, 201, §§ 1º e 2º, 117, 158, incisos I e II, e 159 da Lei nº 6.404, de 1976. Nesse sentido as anotações de MILANI, M.S. A lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 322. Cf. ainda: VIDOTE, M.C. Comentários aos artigos 70 a 82 da Lei nº 11.101, de 2005. In LUCCHA, N.; SIMÃO FILHO, A. (Coords.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 347.

¹⁵⁸ PUGLIESI, A.V. A responsabilidade patrimonial do falido, a extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. In: CERZETTI, S.C.N.; MAFFIOLETTI, E.U. *Dez anos da Lei n.º 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 505.

¹⁵⁹ Cf. Lei nº 6.404, de 1976, art. 159.

¹⁶⁰ ABRÃO, C.H. Comentários ao artigo 82. In: TOLEDO, P.F.C.S.; ABRÃO, C.H. (Coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 204. PUGLIESI (2015) também afirma expressamente que as hipóteses de responsabilidade do administrador ou sócio na falência não se confundem com a desconsideração da personalidade jurídica (PUGLIESI, A.V. A responsabilidade

Na mesma linha, SACRAMONE (2015) afirma que o dispositivo trata de hipótese de responsabilidade primária das pessoas especificadas,¹⁶¹ no que é acompanhado por LUCCA e DEZEM (2018), para os quais, inclusive, a tentativa de responsabilização prevista no dispositivo sob exame deve preceder a responsabilidade patrimonial pela via de desconsideração, que, seria secundária.¹⁶²

De qualquer forma, aqueles que enxergam no art. 82 o fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da falência, por coerência, partindo do princípio de que a lei não contém palavras inúteis, devem se conformar com a estrita observância do procedimento ordinário, explicitamente previsto no dispositivo, excepcionando-se, pois, pelo critério da especialidade da legislação falimentar, o entendimento de que a desconsideração poderia ser decretada como simples incidente na execução.

4.2.2.2 Ineficácia e revogação de atos praticados em prejuízo da massa

Ao lado da regra estabelecida no art. 82, existem outras disposições da Lei nº 11.101, de 2005, que buscam remediar os efeitos de atos praticados em prejuízo da massa falida, destacando-se aquelas previstas nos arts. 129 a 138, que cuidam da ineficácia de certos atos praticados durante o termo legal da falência (atos gratuitos, renúncia à herança ou a legado ocorridos no período de dois anos antes da decretação da falência) e da revogação de atos praticados em conluio fraudulento com a intenção de prejudicar credores.

Os casos de responsabilização de sócios e administradores, associados aos de ineficácia ou revogação de atos previstas na lei, em princípio, deveriam ser suficientes para contemplar todas as hipóteses de *recomposição* de prejuízos ao patrimônio da sociedade falida (garantia geral dos credores desta). Mas, como se verá a seguir, não encerram as possibilidades de responsabilização de terceiros no âmbito da falência.

patrimonial do falido, a extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. In: CERZETTI, S.C.N.; MAFFIOLETTI, E.U. *Dez anos da Lei n.º 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 506).

¹⁶¹ SACRAMONE, M.B. A extensão da falência e a desconsideração da personalidade jurídica. In LUCCA, N.; VASCONCELOS, M.P. (Coords.). *Falência, insolvência e recuperação de empresas: estudos luso-brasileiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 209.

¹⁶² LUCCA, N. ; DEZEM, R.M.M.M. A desconsideração da personalidade jurídica na falência: equívocos na busca da responsabilização dos sócios pelo estado de insolvência da sociedade empresária. In FACHIN, E., ABRÃO, C.H.; REQUIÃO, R.E. (Coords.). *O moderno direito empresarial do século XXI: estudos em homenagem ao centenário do Professor Rubens Requião*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 277.

4.2.3 A desconsideração da personalidade jurídica como estratégia para ampliação da massa falida objetiva

Além das hipóteses de responsabilização de sócios e administradores previstas no art. 82 da Lei nº 11.101, de 2005, existe a responsabilidade decorrente da desconsideração da personalidade jurídica, que, a propósito, não se restringe ao âmbito societário (e, conseqüentemente, à falência), podendo atingir todas as espécies de pessoas jurídicas elencadas no art. 44 do Código Civil.

Em relação às sociedades, almeja-se a reparação de um dano causado diretamente a pessoa estranha a estas em função de sua utilização abusiva.

Conforme se discutirá nos itens seguintes, nasce uma relação obrigacional autônoma – decorrente do ilícito de abuso da personalidade jurídica – entre terceiros que gravitam o plexo de relações jurídicas em torno da sociedade (v.g., entre credor e sócio).

A lei, portanto, não exige que tenha sido causado um prejuízo à pessoa jurídica, não obstante se admita a probabilidade de que isso venha a ocorrer na maioria, se não, na totalidade dos casos.

Coerentemente, será o terceiro prejudicado quem terá legitimidade para pleitear a desconsideração da personalidade jurídica. Por razões óbvias, a sociedade não poderia pretender a autodesconsideração.

Diante de tais características, para fins didáticos, propõe-se a diferenciação entre os remédios para *recomposição* do ativo social previstos na própria legislação falimentar (arts. 82 e 129 a 138 da Lei nº 11.101, de 2005) e a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da falência, classificando esta última como hipótese de *ampliação* do ativo social pela integração do patrimônio pessoal de terceiros (sócios, administradores ou outros).

Muito embora o abuso da personalidade jurídica também possa acarretar prejuízos à própria sociedade, de modo que se poderia sugerir classificação alternativa para a desconsideração (exemplificativamente, *hipótese anômala de recomposição do ativo*), entende-se que a palavra *ampliação* reforça a tese a seguir defendida de que o remédio em questão visa à proteção de direito autônomo dos credores que compõem a massa falida subjetiva.

Em resumo, essa classificação – que poderá vir a ser aperfeiçoada futuramente – cumpre a função de acentuar as diferenças entre os já citados institutos expressamente previstos na legislação falimentar e a desconsideração da personalidade jurídica na falência.

Na prática, contudo, os efeitos de uma e outra hipótese são semelhantes, porque o produto da alienação dos bens será sempre rateado entre os credores da sociedade falida.

Nesse momento, é oportuna a advertência de que o objeto deste estudo não comporta detalhamento sobre os pressupostos das várias hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica admissíveis no direito brasileiro, inclusive porque, pelos motivos que serão esclarecidos adiante, pressupõe-se que a única hipótese de desconsideração admissível na falência é aquela prevista no art. 50 do Código Civil. Assim, será debatida, essencialmente, a relação entre esta regra e a disciplina contida no art. 82 da Lei nº 11.101, de 2005.

A abordagem levará em consideração o conflito de interesses instaurado entre os credores da sociedade e os credores particulares dos terceiros afetados pela desconsideração, o qual emerge da dialética entre a regra de limitação da responsabilidade e a proteção legal do direito de crédito.

4.2.3.1 Personalidade jurídica, limitação de responsabilidade e desconsideração

São várias as teorias que buscam explicar o fenômeno das “pessoas morais” e que trabalham com as ideias relacionadas à autonomia patrimonial desses entes e limitação da responsabilidade de seus membros.¹⁶³ Muito embora não se insira no escopo deste

¹⁶³ Valiosas referências sobre o debate teórico em torno da personalização dos sujeitos coletivos podem ser extraídas da classificação de OLIVEIRA (1979). De acordo com esse autor, as teorias sobre a pessoa jurídica poderiam ser classificadas em: “1) doutrinas *individualistas*, para as quais só o ser humano é sujeito de direitos, e que subdividimos em: *a*) tese da *ficção legal*, que vê nas pessoas jurídicas o fruto de ato estatal que as cria *ex nihilo* (SAVIGNY e a Escola clássica francesa); *b*) tese do patrimônio como um fim (*Zweckvermögen*, BRINZ), e que corresponde à posição voluntarista em matéria de direito subjetivo; *c*) teses individualistas antivoltaristas, em especial as teses da chamada *ficção doutrinária* de JHERING e VAREILLES-SOMMIÈRES; 2) doutrinas que afirmam a existência de realidades coletivas, que subdividimos em *voluntaristas* (em especial, o organicismo de GIERKE) e *não-voltaristas* ou institucionalistas, tendo por nomes principais, de modo incompleto, MICHOUUD e SALEILLES e, já mais nitidamente realizadas, em HAURIUO, RÉNARD, CLÉMENS, DÉLOS; finalmente, 3) doutrinas *normativas*, tendo esta última rubrica abrangido em nosso estudo os nomes de FERRARA, DUGUIT, KELSEN, o do romeno MIRCEA DJUVARA e o do nosso PONTES DE MIRANDA.” (OLIVEIRA, J.L.C. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 10-11). Anote-se que tal classificação não é unânime e o próprio autor afirma que seria necessária uma revisão (Ibid, p. 10). Ponha-se em destaque que as teorias normativas – diferentemente das demais, que discutem a existência de realidades coletivas – não se ocupam, metodologicamente, “de qualquer opção de fundo sociológico, filosófico-social ou sócio-político”, procurando “criar um sistema de conteúdo predominantemente ou exclusivamente dogmático-técnico” (Ibid, p. 9-10). Consequentemente, essas teorias rejeitam qualquer valor pré-normativo atribuído à pessoa jurídica, como, aliás, não o reconhecem ao próprio conceito de pessoa física. KELSEN (1998) define a pessoa física e a pessoa jurídica como meros conceitos auxiliares cunhados pela ciência do Direito, mas completamente desnecessários ao Direito: “O resultado da análise precedente da pessoa jurídica é que esta, tal como a pessoa física, é uma construção da ciência

estudo a revisitação dessa temática, já extensamente debatida (estando sedimentado, na doutrina tradicional, o reconhecimento da existência autônoma da pessoa jurídica, como sujeito de direitos e deveres, além da possibilidade de sua desconsideração em determinadas circunstâncias), o destaque a certos aspectos fenomenológicos e históricos, bem como a alguns desdobramentos conceituais e econômicos em torno da limitação da responsabilidade dos membros das sociedades em particular são úteis para a delimitação do alcance da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da falência.

Sob a perspectiva histórica, três cenários precisam ser compreendidos. Primeiro, o caminho trilhado para que a sociedade personificada efetivamente se tornasse um sujeito autônomo de direitos e deveres e os fundamentos que autorizam a limitação da responsabilidade de determinadas categorias de sócios. Segundo, a precedência do instituto da extensão da falência em relação ao fenômeno da atribuição de personalidade a entes

jurídica. Como tal, ela é tampouco uma realidade social como o é – conforme, apesar de tudo, por vezes se admite – qualquer criação do Direito. Quando se diz que a ordem jurídica confere a um indivíduo personalidade jurídica, isso apenas significa que a ordem jurídica torna a conduta de um indivíduo conteúdo de deveres e direitos. É a ciência jurídica que exprime a unidade desses deveres e direitos no conceito – diferente do conceito de homem – de pessoa física, conceito do qual nos podemos servir, como conceito auxiliar, na descrição do Direito, mas do qual não temos de nos servir, pois a situação criada pela ordem jurídica também pode ser descrita sem recorrer a ele. Quando se diz que a ordem jurídica confere a uma corporação personalidade jurídica, isso significa que a ordem jurídica estatui deveres e direitos que têm por conteúdo a conduta de indivíduos que são órgãos e membros da corporação [...]. Porém, esta personificação e o seu resultado, o conceito auxiliar de pessoa jurídica, são um produto da ciência que descreve o Direito, e não um produto do Direito. [...] O Direito cria deveres e direitos que têm por conteúdo a conduta humana, mas não cria pessoas” (KELSEN, H. *Teoria pura do direito* (trad. João Baptista Machado). São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 211-212). Lembre-se que o normativismo de KELSEN pode ser traduzido pelo binômio *norma-sanção* (pelo descumprimento da norma). Assim, esse autor argumenta que “[a] Teoria Pura do Direito afasta esse dualismo [tradicional: direito em sentido subjetivo e objetivo] ao analisar o conceito de pessoa como a personificação de um complexo de normas jurídicas, ao reduzir o dever e o direito subjetivo (em sentido técnico) à norma jurídica que liga uma sanção a determinada conduta de um indivíduo...” (KELSEN, H. *Teoria pura do direito* (trad. João Baptista Machado). São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 213). Conforme esclarece COMPARATO (2005), “o conceito de pessoa jurídica é, indissolúvelmente, ligado ao de subjetividade jurídica. Negar a existência de direitos subjetivos implica, logicamente, a negação do conceito jurídico de pessoa. É o que Kelsen sustenta tranqüilamente, fiel à lógica do seu sistema” COMPARATO, F.K.; SALOMÃO FILHO, C. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 322). Esse autor ainda destaca a aproximação entre o pensamento de KELSEN e de ASCARELLI, para quem, nas palavras daquele, “a expressão ‘pessoa jurídica’ designa apenas um complexo de normas jurídicas com um mesmo centro de imputação. Ela nada mais é do que a expressão abreviada desse conjunto de normas” (Ibid, p. 336-338). Cf. ASCARELLI, T. *Saggi di diritto commerciale*. Milano: A. Giuffrè, 1955, p. 130 e ss.; 219 e ss. No presente estudo, a pessoa jurídica será prioritariamente tratada segundo a visão tradicional como sujeito autônomo de direitos e deveres, não tanto pela convicção científica – uma vez que é possível explicar a desconsideração da personalidade jurídica tanto em uma visão como noutra e, além disso, como ressalta COMPARATO, “[s]e as idéias de Kelsen não foram aceitas integralmente por ninguém, é preciso, no entanto, reconhecer que elas exerceram, e continuam a exercer, a importante função de uma espécie de detergente do pensamento jurídico, ajudando-o, de fato, a purificar-se de um certo número de ilusões” (Ibid, p. 327) –, mas por causa da facilidade didática para trabalhar com sistemas moldados em torno da ideia de sujeito de direitos. Não obstante, deve-se advertir que admitir, ou não, um valor pré-normativo à pessoa jurídica traz consequências para a definição do interesse social e para o ideal de preservação da empresa. Por conseguinte, a discussão sobre a extensão de efeitos da falência também é afetada pela distinção.

morais. Finalmente, o terceiro, ao qual, inclusive, já se fez referência anteriormente, é a percepção de que a extensão da falência a sócios e administradores de sociedades que admitem a limitação da responsabilidade é, essencialmente, uma criação recente dos Tribunais, fundada em critérios de aplicação casuísticos, de difícil sistematização teórica (como ocorre com a própria teoria da desconsideração da personalidade jurídica), conseqüentemente, gerando insegurança jurídica.

Majoritariamente, entende-se que a pessoa jurídica, tal como conhecida na atualidade, é fenômeno bastante recente em direito, desenvolvido a partir da passagem de uma visão objetiva do direito para uma concepção fundada na ideia de direitos subjetivos.¹⁶⁴ As discussões em torno da sistematização teórica de um ente moral coletivo, com capacidade para ser sujeito de direito e de obrigações assemelhado à pessoa natural, remontariam, especialmente, aos estudos de Savigny, no século XIX, com antecedentes no racionalismo jurídico de Pufendorf,¹⁶⁵ sendo que os Romanos não teriam se ocupado de tal conceituação.¹⁶⁶

WARDE JÚNIOR (2004), destacando que o Direito Romano atribuía direitos e deveres concretos a “entes não físicos”¹⁶⁷ (porém, ressalvando a controvérsia em torno do reconhecimento de alguns desses entes como sujeitos de direitos), afirma que a *societas* romana, em especial a *societas unius alicuius negotii*, forma sob a qual ordinariamente se conduziria a “atividade empresarial”, não possuiria qualquer relevância *externa corporis*, de modo que, somente os sócios seriam sujeitos de direitos, mas entre eles não haveria responsabilidade solidária (as obrigações contraídas perante terceiros somente vinculariam ao sócio contratante).¹⁶⁸

¹⁶⁴ NIGRO (1974) esclarece: “... va qui tenuto presente che la nozione di <<persona giuridica>> è nozione moderna, diretto riflesso di una problematica, quella del <<soggetto di diritto>>, che appartiene all’esperienza moderna e non può quindi essere ritrovata o ricostruita in epoche o ordinamenti diversi e anteriori a quelli ai quali si ricollega [...]. Solo con il XVIII e XIX secolo, con il passaggio da una concezione oggettivistica ad una soggettivistica del diritto, ad opera soprattutto della Pandettistica, con la strutturazione del sistema giuridico intorno al *subiectum iuris*, centro del sistema e del mondo, si pose appunto in termini concreti il problema della attribuzione anche alle società di persone della qualità di <<soggetti di diritto>>, ovvero di <<persone giuridiche>> risolto positivamente, come ho detto, dalla dottrina francese” (NIGRO, A. *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 12-15).

¹⁶⁵ COMPARATO, F.K.; SALOMÃO FILHO, C. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 346.

¹⁶⁶ Cf. OLIVEIRA, J.L.C. *A dupla crise da pessoa jurídica* São Paulo: Saraiva, 1979, p. 1-2. VERRUCOLI (1964) afirmou que “[s]i può ritenere pacifico che l’antico diritto romano non ha conosciuto forme associative dotate di personalità giuridica”. (VERRUCOLI, P. *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 13).

¹⁶⁷ Seria o caso das “corporações”, como, por exemplo, o *populus romanus*, as *coloniae*, os *municipii* e as associações de pontífices e magistrados (WARDE JÚNIOR, W.J. *A crise da limitação da responsabilidade dos sócios e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 25, nota 59).

¹⁶⁸ *Ibid*, p. 17-27.

De modo diverso, nas *societas publicanorum*, que, dentre outras atividades, dedicavam-se à coleta de impostos, o vínculo possuía relevância externa, havendo várias categorias de membros, de tal sorte que os sócios com funções executivas, garantidores e os sócios ordinários responderiam ilimitadamente, enquanto os *adfines societatis*, meros investidores, teriam responsabilidade limitada aos aportes realizados.¹⁶⁹

Partindo dessas observações, esse autor formula a hipótese de que, na Roma antiga, haveria um princípio pré-jurídico e equitativo, que condicionaria a responsabilidade dos sócios à natureza de seus direitos sobre o patrimônio e os resultados da empresa. Os sócios dedicados à gestão disporiam do patrimônio social como se proprietários fossem, aproveitando-se, direta e pessoalmente, dos resultados da atividade, enquanto os sócios não dedicados à gestão, em relação aos proveitos econômicos, seriam meros credores, o que, em contrapartida, determinava sua irresponsabilidade perante terceiros. Essa condição de credores dos proveitos econômicos da sociedade estaria fundada na renúncia desses “sócios investidores” às entradas de capital na sociedade.¹⁷⁰ E, *mutatis mutandis*, referido princípio pré-jurídico equitativo também seria verificado durante a Idade Média, expresso, por exemplo, nas sociedades em comandita da época.¹⁷¹

A situação teria se alterado apenas com a criação das sociedades por ações. Em especial, com a Companhia das Índias Ocidentais (1621), que, a exemplo de sua predecessora, Companhia das Índias Orientais (1602), tinha seu capital dividido em *acties* e acionistas com responsabilidade limitada ao valor total do capital integralizado. Aquela, porém, diferenciava-se desta no que concerne à responsabilidade dos administradores, pois estes deixaram de ser ilimitadamente responsáveis ao passarem à condição de simples mandatários dos acionistas por prazo determinado, abandonando, assim, a identidade com a figura do titular ou “dono” do empreendimento.¹⁷²

WARDE JÚNIOR (2004) sustenta que essa mudança teria sido fundamental para o surgimento da pessoa jurídica, porque a nova estrutura criou um problema para justificar a transferência das entradas de capital dos investidores à sociedade: a inexistência de um sujeito para o estabelecimento da relação obrigacional, como havia nas sociedades em comandita, na pessoa do comanditado (fala, especificamente, em “vacuidade

¹⁶⁹ WARDE JÚNIOR, W.J. *A crise da limitação da responsabilidade dos sócios e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 28-35.

¹⁷⁰ *Ibid*, p. 36-37.

¹⁷¹ *Ibid*, p. 58.

¹⁷² *Ibid*, p. 63.

subjetiva' determinada pelo aparecimento das primeiras sociedades por ações").¹⁷³ Para esse autor, “[a] teoria da ficção [legal, de Savigny] conferia uma solução técnica para o problema gerado pela limitação de responsabilidade, i. e., provia o [necessário] adquirente das entradas de capital” (destaques originais). Por outro lado, essa teoria teria sido determinante para “difundir-se a crença tradicional de que a limitação de responsabilidade dos sócios decorreria da atribuição de capacidade patrimonial à pessoa jurídica”.¹⁷⁴

Deve-se, ponderar, entretanto, que a justificativa para o surgimento do conceito moderno de pessoa jurídica não está circunscrita ao comércio ou ao fenômeno empresarial,¹⁷⁵ mas à realidade social de diversas formas de agrupamentos humanos.

Aliás, SALOMÃO FILHO (2005) sustenta que a atribuição de direitos e deveres às realidades coletivas na Roma antiga e na Idade Média se justificaria pelo exercício de uma função pública (nas *societas publicanorum*, a coleta de impostos; nas corporações de ofício, diversas funções, até mesmo a direção da política econômica de cidades-estado da época). Esse autor também confirma que as *societas* utilizadas em âmbito privado não eram reconhecidas como centros de imputação de direitos e deveres, ou seja, não tinham relevância *externa corporis*.¹⁷⁶

De qualquer forma, a digressão histórica empreendida por WARDE JÚNIOR (2004) é consistente em seu objetivo de demonstrar que a limitação de responsabilidade – na verdade, irresponsabilidade dos sócios que não contratavam pela sociedade sem expressão exterior – não está necessariamente vinculada e, além disso, precede a ideia de personificação do ente moral. Isso, entretanto, não afasta a válida observação de que a pessoa jurídica consiste efetivamente em uma técnica de separação patrimonial,¹⁷⁷ cuja validade se subordina à observância de determinadas formalidades e pressupostos.

A lógica da antiguidade e da Idade Média pode ser observada nas nossas sociedades em conta de participação (não personalizadas) e sociedades em comandita.

Nas sociedades por ações, especialmente naquelas com grande dispersão acionária, um grande número de acionistas não tem qualquer possibilidade de influir nas

¹⁷³ WARDE JÚNIOR, W.J. *A crise da limitação da responsabilidade dos sócios e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 70-71.

¹⁷⁴ Ibid, p. 75.

¹⁷⁵ WARDE JÚNIOR, inclusive, reconhece esse fato (Ibid, p. 71-73).

¹⁷⁶ SALOMÃO FILHO, C. In: COMPARATO, F.K.; SALOMÃO FILHO, C. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 345-346.

¹⁷⁷ COMPARATO, F.K. In: _____; SALOMÃO FILHO, C. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 450.

deliberações sociais ou nas atividades da empresa propriamente ditas, tratando-se de “meros espectadores da vida societária”.¹⁷⁸

Nesse sentido, COMPARATO (1970) asseverou:

[...]. O que se verificou com rigorosa constância nesse tipo de sociedade anônima, em todos os países, foi a definitiva transferência de poderes da assembleia-geral para o órgão administrativo, em escala muito mais intensa do que a admitida em regime parlamentar. [...] Ninguém mais contesta hoje em dia que a assembleia anual das grandes companhias transformou-se num dos mais sofisticados exercícios de ilusão popular do capitalismo. Por trás da liturgia democrática, tanto mais elaborada quanto menos correspondente à realidade do poder econômico surge um governo ‘endocrático’ como disse um autor americano ou o ‘despotismo esclarecido’ como lembrou RIPERT”.¹⁷⁹

COMPARATO (2005), partindo dos ensinamentos de ASCARELLI (1959),¹⁸⁰ acrescenta que, embora o princípio tradicional da correspondência entre poder e responsabilidade exercesse uma função importante na vida econômica, “a exacerbação da responsabilidade pessoal dos administradores na sociedade anônima não constitui uma solução adequada ao problema, pois nem sempre o titular do controle acionário ocupa cargos de direção na companhia”.¹⁸¹ O brasileiro afirma que a nomeação de meros “testas de ferro” como administradores já ocorria nas sociedades em comandita francesas,¹⁸² não se podendo dizer, por outro lado, que, nas sociedades anônimas, a responsabilidade limitada seja uma contrapartida para a falta de poder do acionista, pois ela estaria fundada na integridade do capital social, como garantia mínima de solvabilidade da companhia, associada a regras que asseguravam a publicidade dos negócios da companhia.¹⁸³ Logo, no que concerne à relação entre exercício do poder e responsabilidade, a regra na sociedade anônima em nada se assemelha a de suas antecessoras.¹⁸⁴

¹⁷⁸ Cf. COMPARATO, F.K. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970, p. 18-21.

¹⁷⁹ COMPARATO, F.K. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970, p. 20-21.

¹⁸⁰ ASCARELLI, T. *Probemi giuridici*. Milano: Giuffrè, 1959, v.2, p. 883-884.

¹⁸¹ COMPARATO, F.K.; SALOMÃO FILHO, C. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 434.

¹⁸² *Ibid*, p. 434.

¹⁸³ *Ibid*, p. 447-448.

¹⁸⁴ A propósito, isso também é evidenciado nos esclarecimentos de WARDE JÚNIOR (2004) sobre a estrutura da Companhia das Índias Ocidentais, à qual aludimos anteriormente (WARDE JÚNIOR, W.J. *A crise da limitação da responsabilidade dos sócios e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 63).

Não obstante, o raciocínio envolvendo a limitação da responsabilidade do mero investidor continua aplicável.¹⁸⁵

POSNER (2007), a propósito, bem observa que o interesse dos acionistas típicos de companhias abertas não está na administração, mas somente no investimento. Trata-se de um sócio passivo, com interesse exclusivamente financeiro, comparável, em certa medida, com os titulares de outros títulos emitidos pela companhia (como notas promissórias ou debêntures). Segundo o autor americano, a diferença seria a maior vulnerabilidade do acionista. Os investidores em títulos que pagam rendimento fixo almejam apenas que a companhia não seja mal administrada a ponto de haver inadimplemento dos valores que lhes são devidos, enquanto os acionistas têm que se preocupar tanto com uma boa administração como com a parcela do lucro que os administradores lhes assegurarão.¹⁸⁶

Essa lógica é relevante para a discussão em torno das pessoas sobre as quais pode recair a responsabilidade em caso de desconsideração.

COMPARATO (2005), por exemplo, defende que a desconsideração da personalidade jurídica “é sempre feita em função do poder de controle societário”, sendo a confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada “o critério fundamental para a desconsideração da personalidade jurídica *externa corporis*”.¹⁸⁷ Na mesma linha, PARENTONI (2014), em estudo de jurimetria sobre a desconsideração da personalidade jurídica, que, por sinal, ressalta a escassez de casos envolvendo companhias abertas tanto no Brasil como no exterior, sustenta que a não utilização do instituto em situações que, em tese, justificariam a desconsideração, sob a influência do receio de que isso poderia prejudicar a captação da poupança, afugentando investidores, não se justifica, porque os limites da desconsideração evidenciam que ela deveria incidir tão somente “sobre quem manipula a limitação de responsabilidade, por meio de indevida ingerência na autonomia da atividade societária”.¹⁸⁸

¹⁸⁵ VIO (2016) afirma que “o benefício da limitação da responsabilidade nasceu como uma forma de tutelar a posição dos investidores não envolvidos diretamente na gestão do negócio, fato ilustrado perfeitamente nas duas classes de sócios que caracterizam a estrutura das sociedades em comandita. Mais tarde, tal proteção seria estendida a todos os sócios, passando a representar uma barreira entre o patrimônio pessoal do investidor e patrimônio destinado à atividade social” (VIO, D.A. *Grupos societários: ensaios sobre os grupos de subordinação, de direito e de fato, no direito societário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 86).

¹⁸⁶ POSNER, R. A. *Economic analysis of law*. 7th ed. New York: Aspen Publishers, 2007, p. 441.

¹⁸⁷ COMPARATO, F.K.; SALOMÃO FILHO, C. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 355 e 450.

¹⁸⁸ PARENTONI, L.N. *Desconsideração contemporânea da personalidade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p.73-74.

Logo, a conclusão a que se chega é que a desconsideração não deveria atingir aqueles que não possuem qualquer poder sobre os negócios da sociedade e, portanto, não teriam, em princípio, como empreender o uso abusivo da personalidade jurídica. É evidente, contudo, que há possibilidade de que sócios minoritários, em tese, contribuam para referido uso quando este decorrer de uma deliberação social cuja aprovação somente foi obtida em função de sua participação e manifestação favorável em reunião ou assembleia (v.g., eventuais deliberações que dependam de quórum qualificado e da adesão dos minoritários).¹⁸⁹

De qualquer forma, a constatação do exercício abusivo do poder de controle e do abuso da personalidade jurídica deve ocorrer em concreto, pois um dos objetivos normalmente atribuídos à desconsideração é justamente a busca da verdade material escamoteada sob o manto da fraude. Assim, não necessariamente os titulares efetivos do poder estarão circunscritos aos sócios que, formalmente, exercem preponderância nas deliberações sociais ou aos administradores nomeados, sendo possível que existam, inclusive, sócios ocultos e administradores de fato.

O controle, entretanto, é um elemento importante para a delimitação do campo subjetivo de incidência da desconsideração da personalidade jurídica.

No presente item, viu-se, a partir do estudo sobre a evolução da pessoa jurídica e da regra de limitação da responsabilidade, que esta última, de modo abrangente, ou seja, conjugando as diversas opiniões anteriormente expostas, está de alguma forma relacionada à autonomia da pessoa jurídica, ainda que seja como solução para o problema da *vacuidade subjetiva* gerada a partir do momento em que as sociedades anônimas quebraram o princípio clássico que reservava a responsabilidade ilimitada exclusivamente ao sócio que contratava pela sociedade, atuando perante terceiros como “dono do negócio”, de modo que os meros investidores respondiam somente pelo valor correspondente à alienação das entradas de capital. No contexto atual, no qual o administrador não está mais identificado com a figura do “dono”,¹⁹⁰ o controle societário emerge como elemento central dentro da estrutura institucional sancionadora dos abusos cometidos na utilização da personalidade jurídica.

¹⁸⁹ A propósito, a obra de ADAMEK (2014) apresenta diversas situações nas quais o voto dos minoritários assume especial relevância, sob o eixo temático do “abuso de minoria” (ADAMEK, M.V. *Abuso de minoria em direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2014).

¹⁹⁰ Sobre a transformação operada no conceito de propriedade pela realidade das grandes companhias norte-americanas, confira-se: BERLE, A.A.; MEANS, G.C. *The modern corporation and private property*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1991.

Essas reflexões, naturalmente, induzem questionamentos sobre as vantagens e as desvantagens da regra de limitação de responsabilidade, as quais serão, de forma sucinta, expostas na sequência, antes, pois, do exame sobre a precedência histórica do instituto da extensão da falência ao surgimento da pessoa jurídica como conhecida na atualidade.

4.2.3.2 Vantagens e desvantagens da limitação da responsabilidade

O capitalismo se apropriou da limitação de responsabilidade como tecnologia necessária para incentivar atividades que, se, por um lado, tinham chances de sucesso, sujeitavam-se, evidentemente, a riscos muitas vezes capazes de levar não apenas a empresa, mas, especialmente, os empreendedores à ruína, além de possibilitar a congregação de recursos necessária para a realização de empreendimentos que exigiam significativa quantidade de capitais.¹⁹¹ Inseria-se ainda, dentre os objetivos alavancados pelo pensamento econômico de outrora, a criação de um mercado com concorrentes, almejando-se, assim, a facilitação da entrada de novas empresas.¹⁹²

Tais finalidades são socialmente reconhecidas como legítimas e, não por outro motivo, existem mecanismos legais que viabilizam sua consecução, mormente no campo do direito societário.

ASCARELLI (1955) ensinava que o princípio da responsabilidade limitada se assenta politicamente na oportunidade de facilitar o desenvolvimento de determinada atividade através de uma diminuição do seu custo e preço, não se reduzindo a um simples privilégio do empreendedor.¹⁹³

¹⁹¹ PRESSER (1992) esclarece que no início do século XIX, nos Estados Unidos, os legisladores estaduais geralmente impunham responsabilidade ilimitada sobre os acionistas das corporações aparentemente com base na crença de que, sem tal segurança para os credores, não seria possível o levantamento do capital necessário para a operação industrial, o que contrariava o interesse público. Entretanto, a partir da quarta década daquele século, praticamente todas as legislaturas estaduais teriam concluído o contrário, ou seja, que a melhor estratégia para obter o capital necessário seria incentivar os acionistas a investirem, limitando sua responsabilidade (PRESSER, S.B. Thwarting the killing of the corporation: limited liability, democracy, and economics. *Northwestern University Law Review*. Nº 87, Fall, 1992, p. 155. Disponível em: <[http://www.lexisnexis.com/hottopics/lnacademic/?verb=sr&csi=7350&sr=AUTHOR\(Presser\)%2BAND%2BTITLE\(THWARTING+THE+KILLING+OF+THE+CORPORATION+LIMITED+LIABILITY%2C+DEMOCRACY%2C+AND+ECONOMICS\)%2BAND%2BDATE%2B1992](http://www.lexisnexis.com/hottopics/lnacademic/?verb=sr&csi=7350&sr=AUTHOR(Presser)%2BAND%2BTITLE(THWARTING+THE+KILLING+OF+THE+CORPORATION+LIMITED+LIABILITY%2C+DEMOCRACY%2C+AND+ECONOMICS)%2BAND%2BDATE%2B1992)>. Acesso em: 25 ago. 2017).

¹⁹² Referências sobre a influência do pensamento econômico como incentivo à limitação da responsabilidade desde o Mercantilismo podem ser encontradas em WARDE JÚNIOR, W.J. *A crise da limitação da responsabilidade dos sócios e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 90-103.

¹⁹³ ASCARELLI, T. *Saggi di diritto commerciale*. Milano: A. Giuffrè, 1955, p. 407.

Sob a perspectiva econômica e de seus reflexos sobre o mercado, a limitação de responsabilidade apresenta diversas vantagens e também desvantagens, tratando-se sua positividade na ordem jurídica de opção político-legislativa da maior relevância.

SALAMA (2014) bem sintetiza as vantagens econômicas da limitação como sendo a facilitação da diversificação de investimentos, o induzimento ao financiamento de empresas por investidores avessos a risco, reforçando a expectativa de retorno monetário positivo, a redução de custos de monitoramento dos investimentos e a facilitação das transferências eficientes do controle de empresas. Sua obra aborda o assunto com bastantes detalhes, inclusive simulando exemplos que permitem boa compreensão do raciocínio econômico desenvolvido.¹⁹⁴

A ideia de facilitação da diversificação de investimentos decorre da percepção de que, em uma situação de responsabilidade ilimitada, a diversificação tende a aumentar significativamente os riscos de perda patrimonial do investidor. Se a ordem jurídica impuser responsabilidade ilimitada para alguns investimentos, o investidor tenderá a evitá-los. Se, por sua vez, a imposição for para todas as modalidades de investimentos disponíveis, o investidor tenderá a arriscar menos, limitando suas apostas àqueles sobre os quais tiver mais informações e maior capacidade de monitoramento da gestão pelo menor custo. Demais disso, gastará mais tempo e recursos, inclusive na avaliação sobre a melhor opção de investimento. O resultado final esperado num panorama de responsabilidade ilimitada é um desincentivo generalizado ao empreendedorismo, à inovação e, conseqüentemente, à criação de novos serviços, produtos e métodos, os quais podem depender de significativos investimentos, mas não contam com garantia de aceitação pelo público-alvo.

O induzimento ao investimento no cenário empresarial, por expectativa de resultado positivo, consiste no efeito de tornar o investimento em capital mais atrativo ao investidor avesso ao risco em comparação a outras modalidades de investimento consideradas de menor risco, como, por exemplo, títulos do governo, partindo da premissa de que o primeiro caso seria uma opção socialmente de maior relevância, o que, todavia, pode, evidentemente, ser objeto de diversas críticas, inclusive político-ideológicas.

A redução dos custos de monitoramento relaciona-se aos chamados problemas de agência, conceitualmente elaborados no âmbito das ciências econômicas e de

¹⁹⁴ SALAMA, B.M. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2014, p. 273-302.

administração de empresas.¹⁹⁵ De forma bastante simplificada, parte-se do princípio que os administradores das empresas (chamados de *agentes*, porque atuam em benefício e no interesse de terceiros) podem ter interesses econômicos próprios conflitantes com os dos sócios investidores pelos quais atuam (chamados de *principais*) e também com o dos credores. Num cenário onde a responsabilidade do sócio é ilimitada, o investidor é obrigado a cercar-se de profissionais e instrumentos que assegurem a fiscalização adequada da atuação dos administradores, pois esta terá o potencial de acarretar ao sócio perdas superiores ao capital investido. Logo, percebe-se que, numa situação em que a responsabilidade é limitada, como o risco é previamente conhecido, existe uma diminuição dos custos de monitoramento, que não necessariamente precisarão seguir um padrão tão rigoroso.

Finalmente, quando se pensa na organização empresarial, especialmente no âmbito dos grupos econômicos, a limitação de responsabilidade facilita as transferências eficientes de empresas e do controle societário. A definição de transferência eficiente, ora emprestada de SALAMA (2014), é aquela em que o novo dono ou controlador pode tornar a empresa mais eficiente.¹⁹⁶

De fato, em geral, sob a perspectiva econômica, uma venda de empresa ou de seu controle somente se concretiza se o novo dono se dispõe a pagar um valor que, em princípio, seja mais vantajoso para o vendedor do que se ele próprio continuasse a exploração do negócio. E o comprador, em regra, somente fará tal oferta se acreditar que esse prêmio pago ao vendedor será futuramente compensado e suplantado pelo aumento de produtividade que poderá obter da empresa.

A questão relevante nesse ponto é que o comprador avalia a empresa levando em consideração vários fatores, inclusive, evidentemente, as obrigações da sociedade, que, em geral, são avaliadas com base em informações prestadas pelo vendedor, interessado em maximizar o valor da venda. Nesse contexto, a limitação traz a segurança necessária de que, se as dívidas estiverem subavaliadas, existirá um teto para as perdas.

Logo, a responsabilidade limitada tende a facilitar a conclusão do negócio e conseqüentemente viabilizar que a empresa passe às mãos daquele que, teoricamente, fará-a mais produtiva, maximizando sua utilidade social.

¹⁹⁵ JENSEN, M.C.; MECKLING, W.H. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, v. 3, nº 4, p. 305-360, October, 1976. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=94043>>. Acesso em: 30 set. 2017; GORGA, E. *Direito societário atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 53-59.

¹⁹⁶ SALAMA, B.M. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2014, p. 301.

Tratando especificamente da realidade de grupos societários, VIO (2016) também ressalta a vantagem da negociabilidade da empresa e a facilidade na combinação de recursos, possibilitando-se investimentos e desinvestimentos por meio de compra ou venda de subsidiárias.¹⁹⁷

A principal desvantagem da limitação da responsabilidade é a externalização de custos não compensáveis economicamente.¹⁹⁸ É da essência de um regime de limitação da responsabilidade que, em caso de falência, parte dos prejuízos que, em regime de responsabilidade ilimitada, normalmente, seriam suportados pelos sócios, sejam transferidos aos credores da sociedade ou à comunidade como um todo (nos casos em que o patrimônio dos sócios também não seja suficiente para a reparação de tais prejuízos, a externalização é, evidentemente, inevitável). Nesse sentido, credores que não conseguem negociar com a empresa salvaguardas adequadas, de modo a verem integralmente pagos seus créditos em caso de insolvência, acabam, do ponto de vista econômico, assumindo riscos semelhantes àqueles incorridos pelos sócios. Logo, aqueles dividem com estes os riscos do empreendimento.

Na teoria econômica neoclássica, na seara contratual, o risco assumido pelos credores seria compensado por uma taxa de juros maior, calculada em função do risco. Isso, em tese, remediaría a situação *ex ante*, numa condição de equilíbrio de mercado. Ocorre que, nem sempre, o credor está em condições de exigir do devedor essa contrapartida e a situação de equilíbrio de mercado é um pressuposto teórico que não necessariamente se expressa na realidade. Em outras palavras, pode ser que não possua o necessário poder de barganha para tanto. É uma das consequências comuns no monopsonio, por exemplo, onde não raro, os fornecedores se sujeitam às condições de preço impostas pelo único comprador. Também é comum no caso dos empregados, que normalmente não conseguem negociar aumentos de salário em função do risco de insolvência do empregador. Pior, contudo, tende a ser a situação dos credores involuntários, como os casos das vítimas de atos ilícitos praticados pela empresa (exemplificativamente, de acidente de trânsito), que, normalmente, não tiveram oportunidade de negociar qualquer salvaguarda ou prêmio de risco. Sabe-se que, em caso de falência, estes últimos terão poucas chances de receber as indenizações a que eventualmente fizerem jus.

¹⁹⁷ VIO, D.A. *Grupos societários: ensaios sobre os grupos de subordinação, de direito e de fato, no direito societário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 89-90.

¹⁹⁸ Para a compreensão do conceito de *externalização de custos econômicos*, confira-se o clássico estudo: COASE, R. The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics*. Vol. III, p. 1-44, oct. 1960. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/724810>>. Acesso em: 22 abr. 2010.

Há outros efeitos que podem ser classificados como desvantagens sociais decorrentes da limitação de responsabilidade. O prêmio de risco outorgado pela limitação pode viabilizar investimentos economicamente ineficientes, que causam prejuízos sociais, como, por exemplo, danos ambientais não compensados, um desestímulo ao exercício da atividade empresarial consciente, ou seja, em linha com as melhores práticas de *compliance*, de prevenção de acidentes e de qualquer tipo de danos causados a terceiros. Dito de forma mais simples e direta, em alguma medida, a limitação poderia estimular investimentos irresponsáveis.

Mais grave ainda é a possibilidade de, em função da expectativa do sócio de não ser responsabilizado, a pessoa jurídica sob o regime de responsabilidade limitada ser utilizada para a prática de atos ilícitos e fraudulentos, os quais, evidentemente, devem ser reprimidos. Estes, aliás, sabidamente, são os eventos que, na maioria dos casos, dão ensejo à desconsideração da personalidade jurídica e, conseqüentemente, à ineficácia do regime de limitação de responsabilidade.

É importante destacar, ademais, que, não obstante existam estudos empíricos a respeito da eficiência do regime de limitação de responsabilidade (e sopesada a observação de que as abordagens metodológicas podem ser muito diferentes entre uns e outros), não há consenso sobre a amplitude dos efeitos da limitação, suas vantagens e desvantagens, como bem apontam HALPERN, TREBILCOCK e TURNBULL (1980).¹⁹⁹

¹⁹⁹ HALPERN, P.; TREBILCOCK, M. e TURNBULL, S. An economic analysis of limited liability in corporation law. *The University of Toronto Law Journal*. Vol. 30, Nº 2, p. 117, Spring, 1980, p. 117. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/825483>>. Acesso em: 30 ago. 2017. Em seu estudo sobre o assunto, SALAMA (2014) conclui que a pesquisa empírica comparada sobre o tema é inconclusiva sobre a necessidade de limitar a responsabilidade de sócios ao valor do capital social (SALAMA, B.M. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2014, p. 338). Considerando a limitação do objeto do presente estudo, não há espaço para maior aprofundamento nessa temática de vantagens e desvantagens da limitação de responsabilidade. Importam aqui os subsídios essenciais para a discussão dos impactos da desconsideração sobre a potencial extensão de efeitos da falência. Destaca-se que existe vasta bibliografia sobre o tema, especialmente nos Estados Unidos. Sem prejuízo dos trabalhos já referidos e de outros relevantes, trazem importantes referências sobre o assunto: GAGGINI, F.S. *A responsabilidade dos sócios nas sociedades empresárias*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2013, p. 114-122; HANSMANN, H.; KRAAKMAN, R.; SQUIRE, R. Law and the rise of the firm. *ECGI Working Paper Series in Law*. Working Paper Nº 57/2006, jan. 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=873507>>. Acesso em: 15 mai. 2015; LEEBRON, D.W. Limited Liability, tort victims, and creditors. *Columbia Law Review*. Vol. 91, p. 1.565-1.650, Nov. 1991. Disponível em: <http://www.lexisnexis.com/lncui2api/results/docview/docview.do?docLinkInd=true&risb=21_T26411019786&format=GNBFI&sort=RELEVANCE&startDocNo=26&resultsUrlKey=29_T26411019790&cisb=22_T26411019789&treeMax=true&treeWidth=0&csi=7332&docNo=49>. Acesso em: 25 ago. 2017; LoPUCKI, L.M. The death of liability. *The Yale Law Journal*. Vol. 106, Nº 1, p. 1-92, Oct., 1996. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/797267>>. Acesso em: 07 mai. 2009; LoPUCKI, L.M. The irrefutable logic of judgment proofing: a reply to Professor Schwarcz. *Stanford Law Review*, Vol. 52, Nº 1, p. 55-71, Nov. 1999. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1229455>>. Acesso em: 30 ago. 2017; MUNHOZ, E.S. *Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupos de sociedades*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 19-21; POSNER, R. *Economic analysis of law*. 7th ed. New York: Aspen Publishers, 2007, p. 438-

A percepção dessas várias desvantagens, que acarretam diversas dúvidas sobre a eficiência e benefícios do regime de limitação de responsabilidade, contribuiu para originar o que se convencionou chamar de *crise da pessoa jurídica* ou, mais especificamente, *crise de limitação da responsabilidade*.²⁰⁰ A propósito, WARDE JÚNIOR (2004) imputa ao desprestígio de supostas funções de incentivo à concorrência e à capacidade de externalizar custos sociais a chamada “crise de limitação da responsabilidade”.²⁰¹ Trata-se de uma crise funcional e disciplinar, porque, não apenas suas funções esperadas não foram atingidas como a disciplina jurídica criada para tanto se mostrou ineficiente e falha em muitos aspectos.²⁰²

Essa crise foi determinante para que os Tribunais sedimentassem a jurisprudência cujo conteúdo sistematizado ficou conhecido como *teoria da*

440; POSNER, R. The rights of creditors of affiliated corporations. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 43, Nº 3, p. 499-526, Spring, 1976. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1599230>>. Acesso em: 25 ago. 2017; PRESSER, S.B. Thwarting the killing of the corporation: limited liability, democracy, and economics. *Northwestern University Law Review*. Nº 87, Fall, 1992, p. 155. Disponível em: <[http://www.lexisnexis.com/hottopics/lnacademic/?verb=sr&csi=7350&sr=AUTHOR\(Presser\)%2BAND%2BTITLE\(THWARTING+THE+KILLING+OF+THE+CORPORATION+LIMITED+LIABILITY%2C+DEMOCRACY%2C+AND+ECONOMICS\)%2BAND%2BDATE%2BIS%2B1992](http://www.lexisnexis.com/hottopics/lnacademic/?verb=sr&csi=7350&sr=AUTHOR(Presser)%2BAND%2BTITLE(THWARTING+THE+KILLING+OF+THE+CORPORATION+LIMITED+LIABILITY%2C+DEMOCRACY%2C+AND+ECONOMICS)%2BAND%2BDATE%2BIS%2B1992)>. Acesso em: 25 ago. 2017; STRASSER, K.A. Piercing the veil in corporate groups. *Connecticut Law Review*. Vol. 37, p. 637-665, Spring, 2005. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/conlr37&collection=journals&id=655&startid=&endid=684>>. Acesso em: 25 jul. 2017; SCHWARCZ, S.L. Collapsing corporate structures: resolving the tension between form and substance. *The Business Lawyer*, vol. 60, nº 1, p. 109-145, Nov. 2004. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40688263>>. Acesso em: 25 ago. 2017; SCHWARCZ, S.L. The inherent irrationality of judgment proofing. *Stanford Law Review*, vol. 52, nº 1, p. 1-53, Nov. 1999. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1229454>>. Acesso em: 30 ago. 2017; WARDE JÚNIOR, W.J. *A crise da limitação da responsabilidade dos sócios e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 104-112.

²⁰⁰ OLIVEIRA (1979), que falava em *crise da pessoa jurídica*, sustentava que a limitação da responsabilidade seria apenas “a expressão máxima do princípio da separação (*Trennungsprinzip*) entre a pessoa jurídica e pessoas-membros, expressão da noção de pessoa jurídica levada às últimas exigências de coerência lógica” (OLIVEIRA, J.L.C. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 261). Esse autor, na esteira de pensadores alemães, enxerga a limitação de responsabilidade como uma das funções da pessoa jurídica (Ibid, p. 259-261). Dito de outro modo, pode-se concluir que, para ele, a personalização seria a causa da limitação de responsabilidade. WARDE (2004), por outro lado, entende que a causa da limitação estaria na natureza creditícia dos direitos dos sócios fundada na alienação das entradas de capital, conseqüentemente, identificando uma crise da própria limitação da responsabilidade (WARDE JÚNIOR, W.J. *A crise da limitação da responsabilidade dos sócios e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 113-114).

²⁰¹ Ibid, p. 113.

²⁰² Ibid, p. 114. OLIVEIRA (1979), cujo objeto de estudo era a própria pessoa jurídica, examina também o que chamou de *crise do sistema*, decorrente das dificuldades em acomodar a situação de entes não dotados de personalidade jurídica, mas aos quais a lei atribuía determinados direitos e deveres, como era o caso das associações irregulares, na Alemanha, e, em especial, capacidade processual, como, entre nós, a massa falida, o condomínio, o espólio, a herança jacente e vacante e, à época do estudo empreendido, as sociedades irregulares (OLIVEIRA, J.L.C. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 103 e ss.).

desconsideração da personalidade jurídica, hoje positivada em nosso ordenamento jurídico.²⁰³

A compreensão dos problemas envolvendo a limitação da responsabilidade dos sócios e a radical solução consistente na desconsideração da personalidade jurídica, a qual, na maioria dos casos, é utilizada como simples técnica de atribuição de responsabilidade,²⁰⁴ é importante, evidentemente, para a discussão sobre a extensão da falência a terceiros quando fundamentada na desconsideração.

Porém, é necessário ter em mente que a “extensão da quebra” representa um passo além na escala de responsabilização empresarial cujos efeitos não se circunscrevem às relações mantidas entre sociedade devedora e credores sociais, mas alcança os credores particulares dos terceiros afetados pela extensão, além de outros interessados na manutenção das atividades econômicas desenvolvidas por tais terceiros. Portanto, os efeitos sociais e econômicos da “extensão da falência” são, em tese, muito mais graves e abrangentes do que a simples desconsideração da personalidade jurídica.

Ocorre que, na verdade, “extensão da falência” e desconsideração foram conceitos desenvolvidos em diferentes momentos da história.

4.2.3.3 A precedência histórica da “extensão” sobre a desconsideração

A ideia de extensão de efeitos da falência precede o conceito moderno de pessoa jurídica, tendo-se desenvolvido num contexto no qual o vínculo externo da sociedade era irrelevante e, como regra, a responsabilidade, ilimitada.

NIGRO (1974) explica que, na legislação estatutária italiana da Idade Média, na qual o princípio da extensão aos sócios ilimitadamente responsáveis deita suas raízes, a falência, como procedimento de satisfação paritária dos credores do devedor insolvente, não mirava a sociedade, mas os sócios, diretamente.²⁰⁵

Apenas estes eram declarados falidos, não a sociedade, pois o vínculo social não acarretava a criação de sujeito autônomo de direitos.

²⁰³ Destaque-se o pioneirismo de Rubens Requião ao tratar do assunto em época na qual, no Brasil, inexistia previsão legal e jurisprudência a respeito: REQUIÃO, R. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine). *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 58, v. 410, p. 12-24, dez. 1969.

²⁰⁴ WARDE JÚNIOR, W.J. *A crise da limitação da responsabilidade dos sócios e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 113-114.

²⁰⁵ NIGRO, A. *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 72-78.

Todavia, esse autor explica que, nos estatutos medievais, a falência dos sócios não estava prevista de forma direta, mas indiretamente, sob a forma de extensão àquele que viesse a ser considerado sócio de um devedor fugitivo. O estado de falência se apurava em função do comportamento de um sócio que tivesse atuado concretamente perante um terceiro fugido.

Tipicamente, o âmbito de aplicação originário do princípio da extensão era o núcleo familiar do devedor, destacando-se que, na legislação fiorentina do século XIII, a falência se estendia a toda a família do devedor (cônjuge, ascendentes e descendentes).

Entretanto, no caso do sócio nas sociedades em nome coletivo, diferentemente do que ocorria com os familiares, exigia-se, para a extensão, que a ruína fosse decorrente da atividade social, o que confirmaria que a sujeição dos sócios à falência era o instrumento técnico para tratar a insolvência da empresa social, não aquela do sócio em particular.

O autor conclui que somente depois, com a delimitação mais precisa dos motivos da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a falência passou a ser movida diretamente contra a sociedade, como consequência de sua insolvência própria, não do sócio.

Logo, a falência deste não implicava a daquela, como, a propósito, ocorre hoje no Brasil (art. 123 da Lei nº 11.101, de 2005).

Quer-se ressaltar com essa observação que a extensão da falência, em suas origens, não tinha qualquer relação com a desconsideração da personalidade jurídica. O relacionamento atualmente existente entre tais institutos é recente, tendo-se originado, a partir do século XX, na jurisprudência dos Tribunais.

Convém reiterar, a propósito, que, muito embora, nos Estados Unidos da América, berço das teorias sobre a desconsideração da personalidade jurídica, registrem-se decisões admitindo sua aplicação em procedimentos de insolvência, as Cortes norte-americanas desenvolveram outros remédios para obter os efeitos da “extensão”, mais alinhados com os fundamentos do direito concursal, em especial a *substantive consolidation*.

A forte vinculação entre a teoria da desconsideração e a extensão de efeitos da falência na forma hoje verificada na jurisprudência brasileira, contou efetivamente com significativas contribuições originais dos Tribunais nacionais.

4.2.3.4 Grupos societários e sociedade unipessoal

Quando se pensa em autonomia patrimonial da sociedade, limitação da responsabilidade societária e desconsideração da personalidade jurídica, duas realidades merecem atenção especial: a dos grupos societários e das sociedades unipessoais, conforme tratado a seguir.

4.2.3.4.1 Grupos societários

LOBO (2012) define o grupo de sociedades como “uma técnica de gestão e de concentração de empresas, que faz nascer um interesse novo, externo e superior ao de cada uma das sociedades isoladas, o qual, muitas vezes, não coincide nem com os interesses perseguidos pela sociedade dominante, nem com os propósitos das sociedades dominadas”.²⁰⁶

Se, como afirmou COMPARATO (1970), a macrocompanhia “acentua ao extremo essa predominância das coisas sobre os homens, transformando-se em gigantesco mecanismo de poder econômico despersonalizado”,²⁰⁷ a realidade dos grupos de sociedades exacerba ainda mais a lógica da concentração de capitais ao proporcionar uma forma eficiente de racionalização organizacional, gerencial, logística, financeira, tributária, geográfica e de limitação e distribuição de riscos. Esse fenômeno, aliás, foi criticamente assinalado pelo jurista,²⁰⁸ o qual aponta para o papel de destaque desenvolvido pela técnica jurídica por meio da *personalidade coletiva*, responsável por assegurar a autonomia

²⁰⁶ LOBO, J. Extensão da falência por abuso de controle. In: TOLEDO, P.F.C.S.; SATIRO, F. (Coords.). *Direito das empresas em crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 147. Na mesma linha, DOBSON (1985) afirma que o termo “grupo de sociedades” designa a existência de duas ou mais sociedades que se encontram vinculadas por uma relação de dependência e pela existência de uma direção unificada. Esta, em especial, seria a característica mais marcante nos grupos societários, os quais, justamente, distinguir-se-iam dos simples conglomerados porque nestes as sociedades-membros manteriam a autonomia de decisão, não submetendo seu interesse àqueles do grupo (DOBSON, J.M. *El abuso de la personalidad jurídica (em el derecho privado)*. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 356-357). Essa distinção, entretanto, não chega a ser particularmente relevante para o presente estudo. Muito embora a unidade de direção, com subordinação dos interesses das sociedades grupadas (a propósito, lícita), possa, eventualmente, significar um incentivo a práticas que caracterizem abuso da personalidade jurídica, além de facilitar a percepção de que as várias unidades do grupo estão organizadas em torno de uma mesma e única atividade empresarial, a constatação, a ser mais bem esclarecida adiante, de que, em matéria de grupos societários, o Brasil privilegiou, para fins de responsabilidade, a visão em torno de unidades isoladas, resultará em conclusão semelhante quanto à extensão da falência em relação a grupos, a conglomerados e mesmo a sociedades verdadeiramente isoladas, isto é, não pertencentes a uns ou a outros.

²⁰⁷ COMPARATO, F.K. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970, p. 88.

²⁰⁸ COMPARATO, F.K. Os grupos societários na nova lei de sociedades por ações. In: _____. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 194-196.

patrimonial e a multiplicação de centros de imputação de relações jurídicas, e a *participação acionária*, a qual garantiu a unidade de comando sobre patrimônios distintos. Nas palavras de COMPARATO (1978), isso representou a possibilidade de “controle sem os ônus da propriedade, o poder sem o risco”.²⁰⁹

SALOMÃO FILHO (1995) também aponta para essa discrepância entre poder e risco em grupos formados por sociedades com responsabilidade limitada, destacando que, do ponto de vista concorrencial, deverão ser atribuídos efeitos negativos à limitação de responsabilidade quando esta deixar de servir como último recurso contra a ruína pessoal do empresário e passar a servir como garantia de exercício da atividade com o máximo de poder e o mínimo de responsabilidade.²¹⁰

Remata-se a digressão com VIO (2016), afirmando que a estrutura de grupo pode facilitar o cometimento de toda sorte de fraudes e de abusos.²¹¹

Essa explanação é suficiente para justificar por que a discussão em torno da limitação de responsabilidade nos grupos de sociedade, especialmente nos grupos de fato, geralmente caracterizados pela subordinação à vontade do controlador, assume contornos especiais.²¹²

Conforme discutido no capítulo que analisa a experiência norte-americana, existe uma corrente de pensamento segundo a qual a responsabilidade empresarial deve ser entendida sob a perspectiva da *enterprise law*, considerando-se, em determinadas circunstâncias, o conglomerado empresarial como uma única e mesma empresa (fenômeno

²⁰⁹ COMPARATO, F.K. Os grupos societários na nova lei de sociedades por ações. In: _____. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 195.

²¹⁰ SALOMÃO FILHO, C. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 176.

²¹¹ Nas palavras do autor: “Questão mais grave, porém, é o fato de que essas novas e menores áreas de compartimentação patrimonial não são estanques umas em relação às outras, mas representam ‘vasos comunicantes’. Suas membranas de separação podem se tornar permeabilíssimas, quando e se assim quiser o controlador, que também poderá no mais das vezes determinar o sentido do fluxo patrimonial, em uma ou em outra direção. Desnecessário salientar que esse estado de coisas pode ensejar todo tipo de fraude e abuso.” (VIO, D.A. *Grupos societários: ensaios sobre os grupos de subordinação, de direito e de fato, no direito societário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 87).

²¹² A doutrina normalmente distingue os grupos societários em: a) grupos de direito; b) grupos de fato; c) grupos de subordinação; d) grupos de coordenação. Em explicação sucinta, os grupos de direito são aqueles no qual há formalização do grupo nos termos da legislação, que no caso, corresponde aos arts. 264 a 279 da Lei nº 6.404, de 1976. Nos grupos de fato, por sua vez, não há formalização, pelo menos, não como prevista para os grupos de direito. Há apenas a formalização dos vínculos societários entre as diversas sociedades integrantes do grupo, caracterizada pela relação de controle ou coligação, ou, eventualmente, a celebração de outros instrumentos jurídicos que permitam o desenvolvimento de negócios sob uma unidade de direção, por exemplo, *joint ventures*, sem que exista necessariamente uma relação de controle. Os grupos de subordinação se caracterizam justamente pela existência de um controle definido. Nos grupos de coordenação, embora possa existir relação de controle, esta não é essencial. O que os caracteriza é a unidade de direção das atividades empresariais objeto do grupo, como acontece com os *convênios*, que se incluem entre grupos de direito. (Cf. COMPARATO, F.K.. Os grupos societários na nova lei de sociedades por ações. In: _____. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 200-209; DINIZ, G.S. *Grupos societários: da formação à falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 64-86).

unitário), não obstante sua subdivisão em diversas unidades independentes para várias finalidades.

Contudo, a legislação sobre grupos societários no Brasil claramente se alinha à visão da *entity law* e, a despeito das fundamentadas críticas que possa merecer, privilegia a absoluta autonomia entre as sociedades-membro, inclusive nos grupos de direito,²¹³ orientação que teve como objetivo claro o favorecimento da concentração empresarial almejada pelo governo autoritário da época.

A propósito, arrimando-se em abalizada doutrina nacional e estrangeira, DINIZ (2016) enumera três razões para o paradoxo causado pelo aparente conflito entre separação e unidade das sociedades controladoras, controladas e filiadas, nos grupos societários brasileiros. Primeiro, embora sejam unidades dotadas de independência jurídica, as sociedades grupadas constituem empresa comum por estarem sob direção unitária e a serviço da finalidade grupal. Segundo, a inexistência de “juridicização” das consequências econômicas da autonomia de personalidade e patrimonial. E, finalmente, o tratamento unitário existente em algumas hipóteses para coibir práticas concentracionistas (art. 2º, §2º, da Consolidação das Leis Trabalhistas e arts. 36, §§1º e 2º, e 37, inciso II, da Lei nº 12.529, de 2011).²¹⁴

SALOMÃO FILHO (1995) argumenta que, seguindo a regra de que a responsabilidade limitada dos acionistas se justificaria pela sua não-participação na administração e a irresponsabilidade dos administradores pelo fato de não agirem em interesse próprio, mas no daqueles, “o controlador deveria ser ‘duplamente’ ilimitadamente responsável, como acionista e administrador”. Entretanto, o autor reconhece que a lei

²¹³ A opção legislativa foi clara. Ao tratar do art. 267, a exposição de motivos da Lei nº 6.404, de 1976 (Exposição de Motivos nº 196, de 24 de junho de 1976, do Ministério da Fazenda), esclarece que “absteve-se de criar a responsabilidade solidária presumida das sociedades do mesmo grupo, que continuam a ser patrimônios distintos, como unidades diversas de responsabilidade e risco, pois a experiência mostra que o credor, em geral, obtém a proteção dos seus direitos pela via contratual, e exigirá solidariedade quando o desejar. Ademais, tal solidariedade, se estabelecida em lei, transformaria as sociedades grupadas em departamentos da mesma sociedade, descaracterizando o grupo, na sua natureza de associação de sociedades com personalidade e patrimônio distintos”.

²¹⁴ DINIZ, G.S. *Grupos societários: da formação à falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 55-56. A opinião de VIO (2016) é semelhante: “O sistema alemão aproximou o acordo de domínio ao campo dos contratos bilaterais e deu grande ênfase à proteção de credores e acionistas externos. A leitura brasileira do sistema dual – vale dizer, da divisão dos grupos nas categorias de fato e de direito – é, ao revés, marcada por (i) forte tendência concentracionista, privilegiando-se a propagação sem embaraços do poder da sociedade controladora e (ii) uma tentativa de construir a formalização do grupo à imagem e semelhança da sociedade personificada. Como consequência dessas escolhas, verifica-se um quase desconcertante contraste entre o detalhismo do legislador brasileiro no que se refere a questões relativamente secundárias, tais como a designação do grupo, e seu laconismo em relação a um ponto tão central quanto a responsabilidade da sociedade de comando e a compensação das perdas causadas” (VIO, D.A. *Grupos societários: ensaios sobre os grupos de subordinação, de direito e de fato, no direito societário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 328).

brasileira não segue esse raciocínio e que inexiste na legislação acionária uma regra de responsabilidade *externa corporis* no direito dos grupos societários, destacando que a justificativa do legislador é a constatação de que os credores seriam capazes de se proteger por meio da exigência de garantias reais ou pessoais,²¹⁵ o que, sabidamente, nem sempre é possível na prática.

A situação pode ser considerada agravada, porque, como previu COMPARATO (1976) desde o início,²¹⁶ não houve no país uma efetiva adesão dos conglomerados à formalização de convenções de grupo, predominando a realidade dos grupos de fato,²¹⁷ o que, externamente, reforça a percepção de isolamento e autonomia das sociedades integrantes dos grupos, sem que exista um instrumento específico para a proteção do interesse externo dos credores nesses casos.

Nesse contexto, torna-se evidente a relevância assumida pela desconsideração da personalidade jurídica, como remédio para combater as várias hipóteses de violação de direitos que podem advir da mencionada discrepância entre o poder e o risco assumido pelo controlador a partir do fenômeno concentracionista do grupo de sociedades de responsabilidade limitada.²¹⁸

Porém, não se pode perder de vista que o contrário também é válido. O isolamento patrimonial das unidades do grupo pode cumprir a função de garantia dos credores de determinada unidade contra os demais credores do grupo, isso, evidentemente, se respeitada a autonomia criada em torno do centro de imputação identificado pela unidade em particular.²¹⁹ É por esse motivo, aliás, que, nos Estados Unidos, a consolidação

²¹⁵ SALOMÃO FILHO, C. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 187-188.

²¹⁶ O jurista ainda acrescentou que, a despeito das regras sobre responsabilidade estabelecidas nos arts. 245 e 246 provavelmente tudo permaneceria como antes, segundo ele, porque não existiria ainda uma convicção generalizada acerca da justiça e da necessidade da solução engendrada, porque os acionistas minoritários estariam bem longe da conscientização de seus direitos, o que seria reflexo da falta de vigência democrática em nosso povo (COMPARATO, F.K. Os grupos societários na nova lei de sociedades por ações. In: _____. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 218-219).

²¹⁷ VIO (2016), a propósito, identifica duas crises na disciplina dos grupos no Brasil: a *crise de desuso dos grupos de direito* e a *crise de efetividade da disciplina dos grupos de fato* (VIO, D.A. *Grupos societários: ensaios sobre os grupos de subordinação, de direito e de fato, no direito societário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 331-356). Também destacando a preponderância dos grupos de fato: DINIZ, G.S. *Grupos societários: da formação à falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 70.

²¹⁸ SALOMÃO FILHO (1995), aliás, defende que “a necessidade de distinção segundo o poderio econômico do sujeito não pode levar [...] à atribuição de limitação de responsabilidade a uns e não a outros, mas apenas à defesa de uma aplicação diferenciada da disciplina da desconsideração” (SALOMÃO FILHO, C. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 177).

²¹⁹ “Outro aspecto importante a ser levando em consideração é o fato de que a limitação da responsabilidade não está, nem sempre nem exclusivamente, a serviço do empreendedor-devedor, mas também pode tutelar a posição de seus credores. A compartimentação da responsabilidade permite que o credor analise apenas a situação patrimonial da sociedade com a qual diretamente contrata, sem ter de investigar o *status* do grupo inteiro. O seu risco de crédito é mais facilmente mensurável com redução dos custos de transação” (VIO,

substancial de massas falidas de sociedades de um mesmo grupo não é autorizada se o credor demonstrar que, ao contratar, confiou no regime de autonomia patrimonial de sua contraparte.

4.2.3.4.2 A sociedade unipessoal (EIRELI)

A outra hipótese em que a limitação de responsabilidade assume relevância peculiar é a da limitação de responsabilidade do empresário individual, sobretudo porque o tema, durante muito tempo, foi objeto de grande resistência por parte da doutrina.

No Brasil, existem duas monografias clássicas que tratam do assunto: a de Sylvio Marcondes Machado²²⁰ e a de Calixto Salomão Filho.²²¹

MACHADO (1956), que defendia a possibilidade de limitação da responsabilidade do comerciante individual, tendo discutido a evolução das diversas teorias sobre o tema e as experiências que, aos poucos, foram se multiplicando em legislações estrangeiras, chegou à conclusão que o modelo ideal para essa finalidade seria o da empresa individual de responsabilidade limitada, constituída a partir da afetação patrimonial de determinados bens do comerciante individual à atividade empresarial²²² (o autor utiliza, especificamente, as expressões “patrimônio especial, objeto de direito” e “patrimônio separado”),²²³ ou seja, uma solução não societária e não personificada, que, segundo o jurista, melhor se compatibilizaria com o direito constituído à época no país.²²⁴

SALOMÃO FILHO (1995), por sua vez, também por meio de estudo minucioso sobre o tema, sustentou, na época, que o sistema brasileiro tendeu “mais para o reconhecimento da limitação de responsabilidade através da forma societária”.²²⁵ Esse autor, buscando superar as limitações das doutrinas contratualistas e institucionalistas da sociedade, defende que o fundamento teórico adequado para justificar a existência da sociedade unipessoal seria a *teoria do contrato-organização*.²²⁶

D.A. *Grupos societários: ensaios sobre os grupos de subordinação, de direito e de fato, no direito societário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 88).

²²⁰ MACHADO, S.M. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 196-197 e 283-285.

²²¹ SALOMÃO FILHO, C. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 26-44.

²²² MACHADO, S.M. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 196-197 e 283-285.

²²³ *Ibid*, p. 197 e 284, respectivamente.

²²⁴ *Ibid*, p. 284-285.

²²⁵ SALOMÃO FILHO, C. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 44.

²²⁶ *Ibid*, p. 57-61. Como explica o autor: “Essa construção baseia-se na diferença, proposta pela doutrina moderna, entre contratos associativos e contratos de permuta. Segundo ela, não se devem mais distinguir

No contexto atual, tem-se que a Lei nº 12.441, de 2011, responsável pela introdução do art. 980-A no Código Civil e, conseqüentemente, pela instituição da disciplina legal sobre a limitação de responsabilidade do empresário individual no Brasil, determinou a implementação por meio da chamada *empresa individual de responsabilidade limitada* (EIRELI).

A nomenclatura passa a impressão de que a opção acolhida pelo legislador pátrio seria aquela sugerida por MACHADO (1956). Entretanto, a lei claramente adotou solução personificada, incluindo a EIRELI no rol das pessoas jurídicas do art. 44 do Código Civil. Além disso, o §6º do primeiro artigo citado ordena a aplicação, no que couber, das regras atinentes às sociedades limitadas.

CAMPINHO (2012), destacando a inadequação do *nomen iuris* escolhido, sustenta que a natureza jurídica da EIRELI é de sociedade unipessoal.²²⁷

Por mais que, *a contrario sensu*, seja possível argumentar que houve uma personificação da *empresa* (pois, tratando-se efetivamente de sociedade, não haveria necessidade de inclusão explícita da EIRELI no rol das pessoas jurídicas), a solução societária melhor se harmoniza com o direito positivo em vigor, inclusive em função da escolha pela aplicação da disciplina própria das sociedades limitadas. A falta de qualificação explícita da EIRELI como sociedade – talvez decorrente de certo apego à visão contratualista sobre esta última – introduziu desnecessária contradição aparente e representou injustificado afastamento da orientação traçada em 1976, quando a subsidiária integral foi expressamente admitida no rol das companhias (art. 251 da Lei nº 6.404, de 1976).

A visão societária encontra fundamento teórico satisfatório na teoria do *contrato-organização*, a qual, viabilizando o reconhecimento da sociedade como um centro

ambas as figuras, como na clássica lição de Ascarelli, a partir da existência ou não de uma finalidade comum. Trata-se, isso sim, de afirmar que o núcleo dos contratos associativos está na organização criada, enquanto nos contratos de permuta o ponto fundamental é a atribuição de direitos subjetivos” (SALOMÃO FILHO, C. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 57-58). E conclui: “Na verdade, o que ocorre através da organização é a criação de um centro autônomo de decisões. A organização nada mais é que um *Apparat* capaz de assegurar (ou de fazer presumir) a tomada autônoma de decisões. Vistas sob essa perspectiva, a atribuição de capacidades ao ente personificado e a conseqüente caracterização pessoa jurídica como centro de imputação de direitos e deveres são mera decorrência do conhecimento da organização. Mas há ainda uma outra conseqüência de importância fundamental para a sociedade unipessoal. O reconhecimento da capacidade de uma organização de tomar decisões autônomas, a partir de procedimentalização das decisões sociais, implica admitir que a mesma pessoa seja a um tempo órgão social e titular de um interesse individual. Justifica-se assim não apenas a própria existência da sociedade unipessoal mas também [...] a aplicação da teoria da desconsideração quando essa diferenciação interesse social-interesse individual na realidade não exista” (Ibid, p. 61).

²²⁷ CAMPINHO, S. A responsabilidade do sócio da EIRELI na falência. In: TOLEDO, P.F.C.S.; SATIRO, F. (Coords.). *Direito das empresas em crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 349-350.

autônomo de decisões, desidentifica-a da ideia de mero instrumento da vontade do único sócio, o que se revela bastante adequado quando se vislumbram as perspectivas de tratamento dos riscos inerentes à limitação de responsabilidade desse sócio.

É de todo recomendável, pois, o alinhamento do novo instituto com o direito societário, mantendo-se a coerência e coesão das regras, princípios e finalidades que informam esse ramo do direito, reforçando-se, assim, o caráter organizacional do novo ente.

A par da justificativa teórica para a existência de uma pessoa jurídica composta por um único sócio ou titular, mas ainda na esteira do que se acabou de sustentar, convém lembrar que o debate econômico em torno da limitação da responsabilidade, historicamente, gravitou entre o estímulo ao empreendedorismo (pela mitigação do risco da ruína pessoal) de um lado e a proteção dos credores de outro.²²⁸

Entretanto, na sociedade unipessoal existe uma tendência maior à polarização, porque, em geral, a figura do investidor se confunde com a do administrador e principal interessado no empreendimento.

Mesmo que a lei eventualmente exigisse a administração profissional orgânica como estratégia para reforçar os fundamentos da limitação de responsabilidade, melhor delimitando a fronteira entre as esferas do sócio e da sociedade, a efetividade de tal imposição dependeria da existência de outros órgãos de fiscalização e controle, o que tornaria a estrutura da EIRELI demasiadamente complexa e dispendiosa para funcionar como instrumento de limitação da responsabilidade do empresário individual.

Ainda tratando da sociedade unipessoal, não se pode deixar de anotar que a subsidiária integral cumpre importante papel na estrutura concentracionista dos grupos societários, funcionando como eficiente instrumento de segregação de riscos. Tal utilização, entretanto, pode resultar em externalização de riscos em prejuízo dos credores sociais, além de acarretar distorções internas desvantajosas para sócios minoritários de outras sociedades do grupo.²²⁹

²²⁸ MACHADO (1956), por exemplo, anota objeções levantadas por Waldemar Ferreira, transcrevendo-as nos seguintes termos: “[...] a lei não deve sufragar tal instituto [empresa individual de responsabilidade limitada], antes tomar medidas que tutelem o crédito. Nem compreendo que se limite a responsabilidade do comerciante, sem que também se limite a sua possibilidade de contrair dívidas. E, de outro lado, também não compreendo que se outorgue ao comerciante vantagem de que não gozam os não comerciantes que exercitam atividades econômicas de maiores riscos, como, por exemplo as agrícolas” (FERREIRA, W. Parecer. In: *Anais do Congresso Jurídico Nacional Comemorativo do Cinquentenário da Faculdade de Direito de Porto Alegre*. Porto Alegre, 1951, p. 337, v. 1. Apud MACHADO, S.M. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 101-102.

²²⁹ SALOMÃO FILHO (1995), constatando que não existe regra de responsabilidade e tampouco de organização ou publicidade específica para a subsidiária integral, afirma: “O resultado é a criação de distorções econômico-concorrenciais. Em ausência de qualquer regra específica para a sociedade unipessoal

4.2.3.4.3 Síntese sobre grupos de sociedades e sociedade unipessoal

Os conglomerados empresariais estruturados na forma de grupos societários e a sociedade unipessoal (seja como unidade de grupo ou como forma organizativa capaz de assegurar ao empresário individual a limitação de responsabilidade) assumem especial relevância no debate travado em torno da proteção dos credores, os quais, em função do regime de responsabilidade limitada, num caso e noutro, veem suas garantias diminuídas.

Além disso, a diluição do risco empresarial, em especial na estrutura de grupo, pode representar um incentivo ao cometimento de fraudes e abusos, inclusive porque pode haver certo desestímulo à desconsideração da personalidade jurídica quando houver possibilidade da redução das garantias de credores de outras sociedades do grupo ou de sócios minoritários.

Como se verá mais adiante, a estrutura de grupo e mesmo a limitação de responsabilidade do sócio podem ter efeitos relevantes também no momento da extensão da falência ao se levar em conta o ideal de preservação da empresa.

4.2.3.5 A possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica na falência

Não obstante o entendimento daqueles que, como esclarecido anteriormente, veem no art. 82 da Lei nº 11.101, de 2005, um fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica na falência, não há em referida lei nenhuma menção a esse instrumento.

Isso não significa, todavia, que a desconsideração não seja admissível em procedimentos de insolvência em sentido amplo (recuperação e falência).

É verdade que, durante longo período dentro do interregno de vigência do Decreto-lei nº 7.661, de 1945, não se ouviu falar em extensão de efeitos da falência a

[aqui o autor se refere à subsidiária integral] e aplicando-se, conseqüentemente, as regras gerais do Direito Societário [...] diminui significativamente o 'preço da concentração' [para o controlador]. A situação, da maneira como prevista legislativamente, leva à diminuição do preço relativo do crescimento externo com relação ao crescimento interno. A expansão empresarial através da aquisição ou mesmo criação de subsidiária integral mostra-se muito mais conveniente que o crescimento interno. Enquanto nesse último caso o crescimento é acompanhado pelo controle (ainda que de eficiência relativa) dos minoritários, no caso da subsidiária integral é possível esquivar-se desse controle. Trata-se, conseqüentemente, de solução criadora de distorções do ponto-de-vista econômico, já que estimula a concentração de riqueza (expansão externa) em detrimento dos investimentos produtivos (expansão interna). Evidentemente, tal situação jurídico-econômica gera perplexidades do ponto-de-vista constitucional" (SALOMÃO FILHO, C. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 188-189).

sócios de responsabilidade limitada.²³⁰ Entretanto, a aceitação jurisprudencial do instituto desenvolvida posteriormente tanto em execuções individuais como na própria falência prescindiu, durante muito tempo, de regramento processual específico, inclusive depois da positivação em algumas leis especiais, como, por exemplo, no art. 28 da Lei nº 8.078, de 1990, e como regra geral, no art. 50 do Código Civil, de 2002.

O Código de Processo Civil, de 2015, em seus arts. 133 e seguintes, veio para sanar essa omissão. Em boa medida, o legislador objetivou coibir certos abusos que vinham sendo cometidos pela jurisprudência, mediante criação de procedimento capaz de padronizar e, conseqüentemente, assegurar o direito de defesa do terceiro potencialmente afetado pela desconsideração.

O novo regramento processual estabeleceu que o pedido de desconsideração tanto pode ser requerido na inicial como na forma de incidente em qualquer fase de processo de conhecimento, no cumprimento de sentença ou na execução fundada em título executivo extrajudicial (art. 134, *caput*, combinado com §2º). Vê-se que, em tese, o cabimento da desconsideração é abrangente. Não há, ademais, qualquer ressalva na lei quanto à inaplicabilidade à recuperação, à falência ou a qualquer outra espécie de procedimento especial.

Portanto, tecnicamente, na atualidade, deve-se entender que a desconsideração pode ser declarada em procedimentos de insolvência não porque o art. 82 da Lei nº 11.101,

²³⁰ Anotava SALOMÃO FILHO (1995): “O sistema falimentar brasileiro, diferentemente do italiano, não reconhece a possibilidade de declaração de falência sem insolvência (ou impontualidade) própria do devedor. O art. 5º do diploma falimentar (decreto-lei nº 7.661, de 12 de junho de 1945) prevê que sequer os sócios ilimitadamente responsáveis podem ser formalmente declarados falidos em caso de falência da sociedade. Dispõe também que se estenderão a eles os efeitos jurídicos da sentença declaratória de falência, o que na prática implica que os bens pessoais dos sócios serão também arrecadados. Quanto aos sócios de sociedade com responsabilidade limitada doutrina e jurisprudência são uníssonas ao afirmar a impossibilidade de arrecadação dos bens do sócio (ou, na eufemística expressão do legislador, ‘extensão dos efeitos da falência ao sócio’). A desconsideração não tem sido admitida durante a falência exatamente com base na vedação da extensão dos efeitos da falência ao sócio ilimitadamente responsável. Exige-se que a massa falida faça valer os seus direitos através de processo de conhecimento” (SALOMÃO FILHO, C. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 125). PENALVA SANTOS (1992), que, por sua vez, defendia a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica sob a égide do Decreto-lei nº 7.661, de 1945, apontava que, no anteprojeto de Trajano Miranda Valverde, de 31 de outubro de 1939, o §3º do art. 6º, posteriormente suprimido, já conteria “a semente do princípio da desconsideração da personalidade jurídica, em simetria com o *caput* do art. 6º da Lei de Quebras”. De acordo com esse autor, o conteúdo suprimido teria a seguinte redação: “Pela forma prevista no parágrafo anterior, será apurada a responsabilidade solidária e ilimitada dos diretores das sociedades anônimas ou gerentes das sociedades por quotas estabelecidas nas respectivas leis, ou quando houver prova de que eles, sob a aparência da sociedade, usaram ou dispuseram de bens sociais, como se fossem seus” (PENALVA SANTOS, J.A. A aplicação do princípio da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. In: GUSMÃO, P.D.; GLANZ, S. (Coords.) *O direito na década de 1990: novos aspectos – estudos em homenagem ao Prof. Arnoldo Wald*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 74).

de 2005, abrangeria tal hipótese, mas pelo fato de o art. 189 da mesma lei, determinar a aplicação, a tais procedimentos, do Código de Processo Civil, no que couber.²³¹

4.2.3.6 Desconsideração e preservação da empresa

Outro aspecto de extrema relevância a ser destacado é o da utilidade da desconsideração da personalidade jurídica como instrumento para dar concretude ao princípio da preservação da empresa. Isso porque as agressões ao patrimônio do sócio de responsabilidade limitada ou outros terceiros afetados pela desconsideração pode evitar a falência da sociedade em dificuldades.

Em sua obra, SALOMÃO FILHO (1995)²³² defendeu a não vinculação entre falência e desconsideração, argumentando que seriam conceitos antinômicos – muito embora não enxergasse, *a priori*, incompatibilidade na extensão de efeitos da falência ao sócio de responsabilidade limitada, o qual, em caso de desconsideração, seria, na visão do autor, equiparado ao sócio de responsabilidade ilimitada, podendo-se, então, aplicar-lhe o art. 5º do Decreto-lei nº 7.661, de 1945, vigente à época. Destacou que “[a] vinculação do insucesso econômico do empresário à ruína pessoal é sem dúvida um ‘custo muito alto’ que desincentiva a atividade empresarial”, advogando a favor de “[u]ma disciplina da desconsideração que sancione eficazmente o sócio que se utiliza da sociedade para atingir objetivos pessoais”, porém, de forma a evitar que se atinja a situação falimentar, inclusive, porque a desconsideração seria “um método para permitir exatamente a continuação da atividade social”.²³³

²³¹ PUGLIESI (2015) admite a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da falência, porém, desde que suas finalidades e suporte fático não se confundam com a extensão da falência ou seus efeitos, tampouco com a ação revocatória ou pedido de ineficácia de atos contra a massa, e desde que respeitada a disciplina legal de regência da desconsideração (PUGLIESI, A.V. A responsabilidade patrimonial do falido, a extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. In: CERZETTI, S.C.N.; MAFFIOLETTI, E.U. *Dez anos da Lei n.º 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 512).

²³² SALOMÃO FILHO, C. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 121-127.

²³³ Para não correr o risco de expressar de modo demasiadamente singelo e incompleto a riqueza, sofisticação, complexidade e pioneirismo do raciocínio desenvolvido pelo autor, numa época em que, no Brasil, a hipótese de extensão da falência ao sócio de responsabilidade limitada ainda não era objeto de maior atenção, é conveniente a transcrição do seguinte excerto de sua obra: “Pelos motivos acima expostos, essa interpretação [de que a desconsideração não vinha sendo admitida durante a falência, sob a justificativa da vedação de extensão dos efeitos da falência ao sócio de responsabilidade limitada] parece bastante correta. Não se pode dizer o mesmo com relação à justificativa encontrada. A desconsideração não é admissível na falência não porque não seja possível a extensão dos efeitos da falência ao sócio limitadamente responsável. Em caso de desconsideração, o sócio de responsabilidade limitada é equiparado ao sócio de responsabilidade ilimitada. Bastaria, portanto, aplicar-lhe diretamente o art. 5º da lei de Falências. A desconsideração poderia relacionar-se com a falência também em caso de insolvência própria do sócio. É bastante provável que a soma de

O jurista partiu da análise das consequências da teoria unitarista da desconsideração da personalidade jurídica, de SERICK (1966)²³⁴ – que nela enxerga um remédio excepcional em relação ao princípio da separação patrimonial –, para criticá-la, ao argumento de que, levando-se às últimas consequências o esquema regra-exceção do pensador alemão, a desconsideração somente seria possível em caso de falência da sociedade, porque o objetivo fundamental daquela teoria seria, na verdade, a tutela da personalidade jurídica.²³⁵

O autor brasileiro explicitamente defendia a ideia da desconsideração em execução singular no lugar do pedido de falência, o que, segundo ele, seria benéfico à comunidade, porque representaria um mecanismo eficiente de preservação da empresa.²³⁶

Essa linha de raciocínio foi mantida em obras posteriores do jurista.²³⁷

agressões a seu patrimônio pessoal decorrentes do reconhecimento a vários credores da possibilidade de acesso direto a essa massa patrimonial exigisse a decretação de sua insolvência civil. A ocorrência de tal evento é alias bastante provável na medida em que, como se verá mais adiante, uma das particularidades da aplicação da doutrina da desconsideração é que a fraude é caracterizada por uma atividade e não necessariamente por um ato específico. Assim é em muitos casos bastante difícil admitir a desconsideração somente com relação a um credor, já que ao não pagamento de sua dívida não pode ser relacionado nenhum ato específico. O real motivo que deve guiar a não vinculação da teoria da desconsideração à falência da sociedade é teleológico. Desconsideração e falência são conceitos antinômicos. A desconsideração é [...] um método para permitir exatamente a continuação da atividade social. A consequência da subordinação da desconsideração à insolvência seria a imposição aos credores de uma difícil escolha: a tentativa de receber o seu crédito excluiria necessariamente a continuação da sociedade das relações comerciais. Mais grave que isso é que em tal dilema se encontrariam apenas aqueles credores mais interessados na continuação das relações com a sociedade. Isso porque, esses credores – via de regra fornecedores – são em geral credores quirografários, sem garantia. Os credores com garantia real, geralmente bancos, não precisam fazer uso da desconsideração, pelo simples fato de gozarem de garantias reais ou pessoais. Ainda um aspecto deve ser recordado. A vinculação do insucesso econômico do empresário à sua ruína pessoal é sem dúvida um ‘custo muito alto’ que desincentiva a atividade empresarial. Se a posição político-jurídica do ordenamento é de reforço da proteção dos credores, isso deve ser feito através de formas que impeçam que se atinja a situação falimentar e não de formas que associem à assunção do risco empresarial a possibilidade de ruína pessoal. Também por isso parece criticável a solução italiana, que faz com que necessariamente, ainda que em ausência de fraude, a falência da sociedade unipessoal implique agressão aos bens do sócio único. Uma disciplina da desconsideração que sancione eficazmente o sócio que se utiliza da sociedade para atingir objetivos pessoais, prevenindo e até certo ponto ajudando a impedir a chegada a situação de insolvência (frequentemente provocada por essa indissociação entre interesse social – interesse pessoal) é sem dúvida mais útil também do ponto-de-vista do devedor” (SALOMÃO FILHO, C. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 126-127).

²³⁴ SERICK, R. *Forma e realtà dela persona giuridica*. Milano: Giuffrè, 1966. Entre nós, OLIVEIRA (1979) fornece valioso relato sobre as contribuições do autor alemão (OLIVEIRA, J.L.C. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 296-329).

²³⁵ SALOMÃO FILHO, C. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 121-124.

²³⁶ *Ibid*, p. 149.

²³⁷ Cf. SALOMÃO FILHO, C. *O novo direito societário*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 234-241, 236-234; COMPARATO, F.K.; SALOMÃO FILHO, C. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 437-440, 453-456, 481-482. _____; _____. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book. Versão Kobo. Livraria Cultura. Formato E-pub. ISBN 978-85-309-5130-6. Nota de Texto 78; Nota de Texto 81, item “a) A teoria unitarista”; Nota de Texto 83, item “b) O método da desconsideração”, antepenúltimo, penúltimo e último parágrafos.

Contudo, é importante anotar que, na 4ª edição de *O poder de controle na sociedade anônima*, de COMPARATO (2005), a qual contou com anotações de SALOMÃO FILHO, este, em nota de rodapé, esclareceu que, se a Lei nº 11.101, de 2005, viesse a se transformar em forma efetiva de recuperação da empresa, “a tensão entre desconsideração e falência tende[ria] a desaparecer”, porque a desconsideração durante o processo de recuperação facilitaria esta última. Defendeu, ainda, que a desconsideração seria admissível como uma fase executória dentro do processo falimentar, sem qualquer contradição com a ideia de desconsideração como forma de preservação da empresa, pois tanto antes como durante o processo falimentar haveria possibilidade de liberar a sociedade de obrigações e relações jurídicas que não lhe seriam imputáveis, aumentando, portanto, as chances de recuperação.²³⁸

A argumentação é irrepreensível quando se pensa em procedimentos falimentares em sentido amplo, no propósito de abranger a recuperação judicial. Porém, mesmo na falência propriamente dita, vislumbra-se, com a reversão do resultado das agressões ao patrimônio particular do sócio de responsabilidade limitada à massa objetiva, eventual fôlego à atividade empresarial que, em tese, poderia assegurar melhores condições para a alienação de estabelecimentos em bloco ou de unidades produtivas inteiras, o que melhor atenderia ao ideal de preservação da empresa.²³⁹ É inegável, entretanto, que o melhor cenário, quando se pensa exclusivamente na manutenção da atividade empresarial desenvolvida pela sociedade em dificuldades, é a desconsideração em execuções singulares, porque a satisfação dos débitos sociais pelos sócios, como já esclarecido, torna desnecessário o pedido de falência.

Embora o raciocínio do jurista seja permeado por extrema coerência lógica em todos os seus aspectos, deve-se anotar que a tese de que haveria benefício à comunidade é relativa, pois, conforme destacado no item que examinou a preservação da empresa como um dos objetivos fundamentais da atual legislação brasileira sobre insolvência, ela nem sempre se justifica. Empresas ineficientes, que não têm chances de recuperação ou cuja recuperação tão somente postergará a falência, porque se sabe de antemão que são

²³⁸ COMPARATO, F.K.; SALOMÃO FILHO, C. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 439, nota 10, p. 481, nota 94. Na versão eletrônica da 6ª edição (_____; _____. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book. Versão Kobo. Livraria Cultura. Formato E-pub. ISBN 978-85-309-5130-6), as notas correspondentes são as de número 848, da Nota de Texto 78, e 932, da Nota de Texto 83, que não trouxeram alterações no entendimento.

²³⁹ Cf. PUGLIESI, A.V. A responsabilidade patrimonial do falido, a extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. In: CERZETTI, S.C.N.; MAFFIOLETTI, E.U. *Dez anos da Lei n.º 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 515-516.

inviáveis e continuarão a gerar prejuízos, teoricamente, deveriam ser liquidadas o quanto antes, na tentativa de minimizar tais perdas, realocando-se os ativos produtivos nas mãos daqueles que puderem fazer uso mais eficiente deles, ressaltando-se, obviamente, que, em pedidos de recuperação, a decisão sobre a continuidade ou não recairá prioritariamente sobre os credores, os quais poderão rejeitar ou aceitar o plano de recuperação, mesmo se tratando de empresa ineficiente.

4.2.3.7 Desconsideração e interesse dos credores da massa falida

A desconsideração da personalidade jurídica em ações ou execuções individuais também produz efeitos relevantes em relação à tutela dos interesses dos credores da sociedade cuja falência já foi decretada.

Um dos objetivos da execução concursal é evitar que determinados credores mais bem informados, conhecedores das dificuldades econômicas enfrentadas pelo devedor, beneficiem-se dessa condição, antecipando-se no recebimento de seus créditos (por vezes, inviabilizando mais rapidamente a continuação da atividade), o que, conseqüentemente, poderia deixar outros credores em situação pior, diminuindo suas chances de obter os valores a que fariam jus em função da insuficiência do patrimônio do devedor. Sabe-se, entretanto, que a massa subjetiva não é uniforme. Há credores com créditos de valores, naturezas, garantias, privilégios e preferências distintos, bem como aqueles sem qualquer garantia, privilégio ou preferência. Portanto, o princípio da *par condicio creditorum*, nos moldes previstos no art. 83 da Lei nº 11.101, de 2005, não assegura igualdade material incondicional, mas apenas igualdade conforme o sistema de garantias, privilégios e preferências previsto em lei. Em última análise, referido princípio garante tão somente o respeito a esse sistema.

Por outro lado, os interesses dos credores quanto à própria manutenção ou encerramento das atividades do devedor podem variar. Pela lógica econômica, empregados e fornecedores tendem a preferir a continuidade da relação com o devedor. Bancos e outros titulares de garantias reais podem optar pela quebra com maior facilidade.²⁴⁰ O conflito de interesses e o confronto de forças entre as diversas classes de credores, bem como o peso dessas classes em decisões sobre o destino da sociedade em dificuldades se expressam de forma mais contundente na assembleia-geral de credores que delibera sobre o plano de

²⁴⁰ Cf., a propósito, o já citado estudo de SILVA, F.C.N.M. *Incentivos à decisão de recuperação da empresa em crise: análise à luz da teoria dos jogos*. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

recuperação judicial. Não obstante, também podem se fazer presentes nas deliberações do comitê de credores em outros momentos do processo de insolvência.

Nesse contexto, a desconsideração da personalidade jurídica obtida em execuções individuais, ou seja, fora do âmbito da falência, quando esta já tiver sido decretada, pode ter o efeito benéfico de permitir que credores mais distantes na ordem de pagamentos recebam seus créditos, o que, do contrário, não ocorreria. Isso pode representar uma alteração material na ordem de recebimento dos créditos. Todavia, como tal alteração decorre de fator externo ao processo de falência e o crédito é pago por terceiro (não pela massa) não existe qualquer ilegalidade, muito menos violação da regra prevista no art. 83 da Lei nº 11.101, de 2005.

Para bem compreender essa colocação, deve-se partir da premissa de que, virtualmente, qualquer credor da sociedade que considerar presentes os requisitos legais, pode pleitear a desconsideração em suas execuções individuais, mesmo após a autorização para processamento do pedido de recuperação judicial ou depois da quebra já decretada.

A propósito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça evoluiu nessa matéria.

No passado, expressava-se o entendimento de que, decretada a falência e, por conseguinte, suspensas as execuções individuais, a força atrativa do juízo universal fixaria a competência para a apreciação dos pedidos de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida.

Atualmente, encontra-se pacificado na Corte que a suspensão determinada na lei concursal produz efeitos apenas contra a falida, não havendo objeção ao prosseguimento da execução individual contra os sócios, porque, nessa hipótese, não haveria constrição do patrimônio da sociedade.²⁴¹

²⁴¹ Sustentou o Ministro Humberto Gomes de Barros: "... no caso concreto, já não é o patrimônio da falida que responde pela execução trabalhista. Foram penhorados bens particulares dos sócios, ao que tudo indica com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica (o suscitante não instruiu suficientemente o conflito, para demonstrar as razões pelas quais seus bens estão sendo penhorados). Desta forma, não há porque declararmos a competência do juízo falimentar. Os credores que concorrem para pagarem-se com o patrimônio da falida não serão prejudicados pela alienação de bens particulares dos sócios da reclamada. O objetivo do processo falimentar está resguardado" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. Conflito de Competência nº 59.940/SP. Suscitante: Antônio Fernandes Borges Filho. Suscitados: Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Campinas-SP; Juízo de Direito da 25ª Vara Cível de São Paulo-SP. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Julg.: 09 ago. 2006. Public.: DJ 21 ago. 2006. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600537446&dt_publicacao=21/08/2006>. Acesso em: 25 jul. 2015). Cf. também: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 61.903/ES. Agravante: Gemas Comércio e Indústria Ltda. – Massa Falida. Agravado: Laboratório Landsteiner Ltda. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Julg.: 22 nov. 2006. Public.: DJ 07 dez. 2006. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600930306&dt_

Anote-se, contudo, que referido Tribunal sempre se posicionou no sentido de que a desconsideração deferida no juízo universal inviabiliza seu requerimento em execuções individuais.²⁴² E também se manifestou na linha de que medidas constritivas contra o patrimônio do sócio tomadas pelo juízo trabalhista não ensejam conflito de competência com o juízo universal, “ainda que sob pretexto de preservar a igualdade entre os credores habilitados na falência”.²⁴³ Tal entendimento se mostra igualmente aplicável a qualquer outro juízo singular.

O conjunto de entendimentos firmados pelo Superior Tribunal de Justiça em torno dessa temática em particular é, sem dúvida, bastante correto. Em primeiro lugar, reforçam-se, de forma totalmente coerente, os limites subjetivos da regra que determina a suspensão das ações e execuções contra o devedor (atualmente, art. 6º da Lei nº 11.101, de 2005), bem como o objeto do procedimento falimentar, que, *a priori*, restringe-se aos bens do devedor falido. Além disso, conforme esclarecido no subitem anterior, a possibilidade de prosseguimento das execuções individuais contra os sócios se harmoniza com o ideal de preservação da empresa. A medida ainda tem a vantagem, já mencionada, de reduzir o débito da massa, haja vista que o credor satisfeito com o patrimônio do sócio não poderá insistir na investida contra aquela. Finalmente, não se vislumbra violação do princípio da *par condicio creditorum*, porque este se justifica em função da escassez de bens da massa, com os quais, em princípio, não se confundem os bens dos sócios de responsabilidade limitada. Se, todavia, a desconsideração da personalidade jurídica for declarada pelo juízo

publicacao=07/12/2006>. Acesso em: 25 jul. 2015; e _____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 53.215/SP. Embargante: Mario Roberto Jablonski. Embargada: Henisa Hidroeletromecânica Empresa Nacional de Instalações Ltda. – Massa Falida. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Julg.: 13 jun. 2007. Public.: DJ 02 ago. 2007. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501322132&dt_publicacao=02/08/2007>. Acesso em: 25 jul. 2015.

²⁴² Cf. os precedentes citados na nota anterior. No Conflito de Competência nº 59.940/SP, consta da fundamentação do voto do Ministro Relator: “Tal solução [da manutenção da execução contra um dos sócios da sociedade falida no juízo singular em razão da desconsideração da personalidade jurídica] não seria admissível se, no juízo falimentar, fosse também decretada a desconsideração da personalidade jurídica da falida. Nessa situação, o patrimônio dos sócios se confundiria com o da empresa, para que os credores pudessem ser ressarcidos. Logo, a competência do juízo universal prevaleceria” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. Conflito de Competência nº 59.940/SP. Suscitante: Antônio Fernandes Borges Filho. Suscitados: Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Campinas-SP; Juízo de Direito da 25ª Vara Cível de São Paulo-SP. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Julg.: 09 ago. 2006. Public.: DJ 21 ago. 2006. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600537446&dt_publicacao=21/08/2006>. Acesso em: 25 jul. 2015).

²⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 86.094/MG. Agravante: Tarcísio Resende. Agravado: José Roseito dos Reis. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Julg.: 08 ago. 2007. Public.: DJ 20 ago. 2007. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. (Ementa, item 4). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701307136&dt_publicacao=20/08/2007>. Acesso em: 25 jul. 2015.

universal, aí, sim, haverá ampliação da massa falida objetiva e a ordem de pagamento dos credores na falência deverá ser rigorosamente observada para todos.

Não obstante o acerto jurisprudencial quanto ao entendimento jurídico aplicável, sob a ótica econômica, emerge uma estrutura de incentivos para os credores potencialmente afetados cujo estudo se revela particularmente interessante devido à existência de não apenas uma, mas de diversas leis disciplinando a desconsideração da personalidade jurídica em condições específicas, peculiaridade que, a propósito, juridicamente, afeta a legitimidade do administrador judicial para pleitear a desconsideração na falência.

Se a falência não suspende a execução contra o sócio ou administrador da sociedade falida, todo credor – salvo, eventualmente, aquele que possui créditos extraconcursais ou garantias reais ou pessoais (de terceiros) suficientes – tende a preferir a satisfação integral de seu crédito via desconsideração da personalidade jurídica, caso o sócio ou administrador contra quem se pretende a medida seja solvente. Não faria sentido aguardar pelos rateios no processo falimentar, que, no final, poderiam se revelar insignificantes.

Entretanto, a corrida para o ataque bem sucedido ao patrimônio de referidos terceiros tende a se confirmar mesmo no caso de o patrimônio destes não ser suficiente para fazer frente a todo o débito social, porque, no âmbito das execuções individuais, vigora, observadas as ressalvas legais, o princípio da anterioridade da penhora – *prior in tempore, potior in jure* (arts. 905 a 909 do Código de Processo Civil, de 2015). A tendência, assim, é de que todos se esforçarão para obter a “melhor colocação”, buscando assegurar a satisfação integral do crédito.

Consequentemente, pode-se afirmar que quase sempre haverá um natural desinteresse dos credores – ou, pelo menos, de parcela significativa deles – em que a desconsideração seja declarada no âmbito da falência, o que, reitera-se, atende ao objetivo de preservação da empresa.

Sob a perspectiva econômica, portanto, os maiores interessados em que a desconsideração – e também a extensão dos efeitos da falência – seja operada nos autos do processo falimentar serão os credores que não obtiverem a desconsideração no âmbito das respectivas execuções individuais – ou não conseguiram uma “boa colocação” na penhora de bens particulares dos sócios – e o administrador judicial, cujo teto da remuneração varia em função do produto obtido com a venda dos bens da massa falida (art. 24, §1º, da Lei nº 11.101, de 2005).

Teoricamente, numa hipótese extrema, de difícil verificação na prática, se todos os credores sociais tivessem chances reais de êxito na satisfação de seus créditos em suas ações e execuções individuais, via desconsideração da personalidade jurídica, haveria situações nas quais a desconsideração na falência e a “extensão de efeitos da falência” interessariam, economicamente, apenas ao administrador judicial.

Outra discussão envolvendo o administrador judicial da falência diz respeito à amplitude de sua legitimidade para pleitear a desconsideração da personalidade jurídica e, conseqüentemente, a “extensão da falência” com base nela. Tal legitimidade somente se verifica quando o fundamento para a desconsideração for comum a todos os credores, o que restringe a pretensão àquela fundada nas hipóteses disciplinadas no art. 50 do Código Civil. Dois exemplos são suficientes para demonstrar que o administrador judicial não está autorizado a pleitear a desconsideração com base em todas as hipóteses previstas nas várias leis especiais que tratam do tema de forma difusa no ordenamento jurídico.

O art. 28 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990) estabelece, no âmbito das relações de consumo, disciplina relativa à desconsideração da personalidade jurídica muito mais abrangente que aquela prevista, como regra geral, no art. 50 do Código Civil.²⁴⁴ De acordo com o primeiro, a falência, o estado de insolvência, o encerramento ou a inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração são circunstâncias que, em tese, podem ser invocadas como fundamento para desconsiderar a pessoa jurídica a fim de assegurar, especificamente, a satisfação de créditos de consumidores. O dispositivo consumerista ainda estabelece que a desconsideração também poderá ocorrer se a personalidade jurídica for obstáculo para o ressarcimento de prejuízos ao consumidor. Este, portanto, tem um incentivo ainda maior para a satisfação de seu crédito junto ao patrimônio do sócio de responsabilidade limitada via execução individual, inclusive, porque, na falência, pela ordem declinada no art. 83 da Lei nº 11.101, de 2005,

²⁴⁴ A literalidade dos dispositivos não deixa dúvida de que as hipóteses não são coincidentes: Código de Defesa do Consumidor. “Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. § 1º (Vetado). § 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa. § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.” Código Civil. “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

esse crédito, se não amparado por outras garantias, enquadra-se na classe dos quirografários. Nesse contexto, é evidente que algumas das causas de desconsideração disciplinadas no art. 28 somente poderão ser invocadas por consumidores, e, não, pela generalidade dos credores da sociedade falida, o que afasta, desse modo, a legitimidade do administrador judicial em tais hipóteses.²⁴⁵

Outro exemplo é o dos credores trabalhistas. Não são incomuns decisões judiciais que, na seara trabalhista, fundamentam a desconsideração da personalidade jurídica no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor e no art. 135 do Decreto-lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional), valendo-se dos arts. 769 e 889 do Decreto-lei nº 5.452, de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho), os quais autorizam a aplicação de outras leis processuais ao processo do trabalho em caráter supletivo.²⁴⁶ Há ainda aquelas que consideram a satisfação do crédito trabalhista mais importante do que a limitação da responsabilidade, o que levou WARDE (2004) a afirmar que a imputação de responsabilidade aos sócios no Direito do Trabalho se basearia tão somente no juízo de ineficiência econômica da limitação de responsabilidade e que as referências à desconsideração não passariam de “técnica para que – apenas formalmente – não se possa falar em *judge-made law*”.²⁴⁷ Ou seja, de hipótese de verdadeira criação do direito pelos Juízes do Trabalho. Mas existe, ainda, um regramento específico para a responsabilidade grupal, o chamado “grupo econômico em direito do trabalho” (art. 2º, §§ 2º e 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho). Neste caso, a responsabilidade das empresas do grupo econômico é solidária, desde que demonstrados os requisitos previstos na legislação trabalhista, independentemente da disciplina societária aplicável ao grupo ou a suas unidades isoladamente consideradas. Logo, quer se pense na desconsideração da personalidade jurídica com base nos pressupostos admitidos pela jurisprudência dos Tribunais do Trabalho ou na configuração da responsabilidade de grupo econômico em Direito do Trabalho, estar-se-á diante de hipótese em que somente o credor trabalhista será legitimado, afastando-se, conseqüentemente, a legitimidade do administrador judicial.

Assim, em todos os casos nos quais a responsabilização do sócio de responsabilidade limitada tiver como causa hipóteses que beneficiam especificamente a

²⁴⁵ Relembre-se, a propósito, a discussão sobre esse assunto quando examinamos a jurisprudência norte-americana.

²⁴⁶ Cf. SCHIAVI, M. *Manual de direito processual do trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr Editora, 2012, p. 917-923.

²⁴⁷ WARDE JÚNIOR, W.J. *A crise da limitação da responsabilidade dos sócios e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 200-201.

determinadas espécies de credores em função da natureza de seus créditos – e há, evidentemente, outras que não serão examinadas neste estudo, v.g., art. 4º da Lei nº 9.605, de 1998 (Lei Ambiental) e art. 34 da Lei nº 12.529, de 2011 (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) –, apenas tais credores poderão persegui-la, exclusivamente por meio de ações ou execuções individuais.

Conseqüentemente, em matéria de desconsideração da personalidade jurídica, a legitimidade do administrador judicial circunscreve-se à hipótese do art. 50 do Código Civil, que aproveita indistintamente a todos os credores da sociedade falida. Entendimento contrário faria tábula rasa do art. 83 da Lei nº 11.101, de 2005, pois exigiria que apenas algumas classes de credores se beneficiassem do pedido de desconsideração na falência, o que seria incompatível com referido dispositivo legal e com o processo falimentar como um todo.²⁴⁸

Com base no que se discutiu neste item, vê-se que a desconsideração da personalidade jurídica tem potencial para gerar conflitos envolvendo o interesse de diferentes credores da massa falida. Do ponto de vista econômico, em geral, será mais vantajosa a obtenção da desconsideração em ações e execuções individuais, de modo a evitar a concorrência de outros credores da massa sobre os bens do sujeito atingido pela desconsideração. Na falência, por outro lado, a desconsideração funcionará como instrumento para aqueles credores que não obtiveram êxito em referida empreitada individual fazerem valer a *par condicio creditorum* sobre os bens deste último.

O legitimado para o uso do remédio legal, nesse caso, será o administrador judicial, que somente poderá pleitear tal tutela com fundamento e mediante demonstração dos pressupostos estabelecidos no art. 50 do Código Civil.

4.2.3.8 Procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica na falência

Admitida a desconsideração no processo de falência, são necessárias algumas considerações sobre o procedimento a ser observado.

²⁴⁸ Em sentido contrário, admitindo a desconsideração na falência de forma abrangente, excluindo apenas algumas hipóteses verificadas na Justiça do Trabalho e no art. 135, III, do Código Tributário Nacional: PUGLIESI, A.V. A responsabilidade patrimonial do falido, a extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. In: CEREZETTI, S.C.N.; MAFFIOLETTI, E.U. *Dez anos da Lei n.º 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 516.

Os arts. 133 e seguintes do Código de Processo Civil, de 2015, trouxeram a disciplina processual geral para a desconsideração da personalidade jurídica, abrangendo, portanto, aquela requerida no âmbito da falência. É oportuna a anotação de que o novo regramento confirmou a remansosa jurisprudência que dispensava o ajuizamento de ação com objeto específico. Conforme tangencialmente afirmado em linhas transatas, o art. 134, *caput*, combinado com o § 2º, deixa claro que o pedido de desconsideração pode ser veiculado já na inicial ou pela via incidental, o que se aplica integralmente ao pedido de falência. Impõe-se, evidentemente, que o requerente demonstre o preenchimento dos pressupostos legais específicos para a desconsideração. Por outro lado, diferentemente do que ocorria na praxe jurisprudencial anterior, a lei, acertadamente, passou a exigir, em qualquer hipótese, a prévia citação do sócio ou da pessoa jurídica para resposta (art. 134, § 2º, e art. 135 do Código de Processo Civil).

O intérprete não se deve deixar enganar pelo uso da conjunção alternativa “ou” nos dispositivos anteriormente mencionados. Ela não significa que a citação do sócio contra quem se pretendem materializados os efeitos da desconsideração está dispensada se a sociedade da qual participa tiver sido citada. A interpretação deve ser feita em conformidade com o § 2º do art. 134, o qual expressamente prevê a possibilidade de desconsideração inversa da personalidade jurídica,²⁴⁹ na qual, geralmente, buscam-se remediar situações que envolvam transferências de valores ou parcelas do patrimônio do sócio à sociedade (ou a realização de negócios de interesse particular daquele em nome desta), com vistas a fraudar credores particulares do sócio. Portanto, em qualquer hipótese, o sujeito potencialmente afetado pela desconsideração deverá ser necessariamente citado. Tratando-se de desconsideração tradicional, o sócio – ou o administrador, que, embora não tenha sido mencionado no artigo, também pode ser atingido pela desconsideração – deverá ser obrigatoriamente citado. Se a hipótese for de desconsideração inversa, citada será a pessoa jurídica.

Logo, a nova legislação processual endereçou de modo adequado a solução para a antiga discussão envolvendo a violação do direito de defesa do sócio, que, no âmbito das execuções individuais, geralmente, tinha contra ele deferida a desconsideração com imediata determinação para constrição de bens, somente podendo apresentar defesa *a posteriori*. Em alguns casos, como frequentemente ocorria na Justiça do Trabalho, em

²⁴⁹ Sobre a desconsideração em sentido inverso: SALOMÃO FILHO, C. *O novo direito societário*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 247-249.

função da sistemática processual específica da execução trabalhista, somente após a garantia integral do juízo poderiam ser opostos embargos à execução.

É criticável, todavia, a opção do legislador ao estabelecer que o pedido de desconconsideração na forma incidental suspenderá o processo principal (art. 134, § 3º, do Código de Processo Civil). A medida se mostra incoerente, em especial, quando já se possui título executivo contra a pessoa jurídica.

Não se justifica a suspensão da execução (considere-se o cumprimento de sentença e a execução de título extrajudicial), inclusive porque a satisfação do débito pelo devedor originário, em tese, prejudica o exame do pedido de desconconsideração para imputação de responsabilidade patrimonial a terceiro (a qual congrega a maioria dos casos de desconconsideração), resultando na perda de objeto.

Se por um lado, a exigência de prévia citação do terceiro afetado pela desconconsideração é bem-vinda, a suspensão do pedido principal quando a desconconsideração for incidental tende a, injustificadamente, tornar menos eficiente a prestação jurisdicional, podendo, ademais, facilitar a dilapidação do patrimônio da pessoa jurídica, se tutelas de urgência não forem deferidas.

Mesmo na fase de conhecimento, entretanto, a suspensão se revela inadequada. Qual o sentido em desconsiderar a personalidade jurídica por decisão interlocutória (a qual, a propósito, resolve o mérito da responsabilidade do terceiro) antes de apurar se o autor efetivamente possui o direito de crédito alegado na inicial? Observe-se que a discussão não se restringe ao problema da legitimidade passiva do terceiro, mas, repita-se, ao mérito da responsabilidade do terceiro. Numa tal hipótese, haveria clara inversão da ordem lógica de apreciação dos pedidos, por imposição legal.

A despeito de outros questionamentos e críticas que obviamente emergiriam, seria preferível que, na fase de conhecimento, o autor pudesse aditar o pedido a qualquer tempo para incluir as pessoas contra as quais pretendesse ver acolhida a desconconsideração, excepcionalmente, até mesmo em outros graus de jurisdição – já que a possibilidade de formulação do pedido de desconconsideração em qualquer fase ou instância foi albergada pela nova lei processual (arts. 134 e 136, parágrafo único, do Código) – e o Juiz ou Tribunal, conforme o caso, pudesse decidir todo o mérito, relativo ao pedido inicial e à desconconsideração, na mesma sentença ou acórdão. Na execução, sim, poder-se-ia falar em uma *ação incidental* (ou, simplesmente, em “incidente”, como faz a lei atual), mas sem que houvesse necessidade de suspensão daquela contra o devedor original, porque contra este o credor já disporia de título executivo.

A possibilidade de suspensão do processo em função do recebimento do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica – seja na fase de conhecimento, de cumprimento de sentença ou na execução de título extrajudicial – simplesmente não se harmoniza com a ideia de economia processual, de efetividade e de instrumentalidade do processo.²⁵⁰

Na falência, em princípio, o risco para o credor gerado pela paralisação do processo não envolveria a subtração de bens à execução, porque, idealmente, os bens da sociedade falida terão sido arrecadados e estarão sob administração judicial. De qualquer forma, do ponto de vista da lógica processual, o incidente de desconconsideração não deveria implicar a suspensão do processo de falência ou de quaisquer de seus incidentes, nem mesmo dos atos de alienação de bens da massa e do rateio de seu produto entre os credores. Pondere-se que a suspensão da falência e dos atos executórios tende a acarretar perdas econômicas aos credores – e, por vezes, ao próprio devedor – devido à potencial deterioração e depreciação dos bens do ativo da massa em função do tempo.

Portanto, se a suspensão do processo em razão da instauração do incidente de desconconsideração se revela problemática em ações e execuções individuais, ela se mostra absolutamente incompatível com o processo de falência.²⁵¹

Caso o tema não seja revisto pelo legislador, espera-se que a jurisprudência se consolide em torno da limitação subjetiva dos efeitos da suspensão do processo à pessoa potencialmente afetada pela desconconsideração da personalidade jurídica requerida incidentalmente.

²⁵⁰ Defendendo que a suspensão se justifica com base na ideia de que quanto mais tempo se demora para pleitear a desconconsideração pior para o terceiro: SAMPAIO, M.V.A. IDPJ – Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. *In*: WAMBIER, L.R; WAMBIER, T.A.A. (Coords.). *Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro – de acordo com a Lei 13.256/2016*. 2ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 148.

²⁵¹ Embora não pareça a orientação mais correta, deve-se ponderar que referida incompatibilidade poderia, inclusive, ser invocada como justificativa para a defesa da inadmissibilidade da desconconsideração da personalidade jurídica na falência.

4.2.3.9 Desconsideração da personalidade jurídica vs. ações sociais para recomposição do ativo da sociedade: natureza das obrigações e resultados aplicativos

Se, tal como afirmado anteriormente, as hipóteses de apuração de responsabilidade de terceiros por meio das ações sociais para recomposição do ativo da sociedade a que se refere o art. 82 da Lei nº 11.101, de 2005, não incluem a desconsideração da personalidade jurídica, a qual, não obstante, é admissível no processo de falência por força do art. 189 de referida lei, em conjugação com os arts. 133 e seguintes do Código de Processo Civil, de 2015, impõe-se discorrer, de maneira breve, sobre as principais diferenças de umas e outra, especialmente, no que diz respeito aos resultados aplicativos.

Já se disse que a responsabilidade a que alude o art. 82 tem natureza societária, devendo ser perseguida necessariamente por meio de ação autônoma de rito ordinário, a ser ajuizada pelo administrador judicial, sendo que, em geral, tal responsabilidade se reveste de caráter indenizatório, caso em que se pressupõe a existência de um dano culposo *lato sensu* (culpa *stricto sensu* ou dolo). Pode ocorrer, entretanto, de se tratar de um simples pedido para cumprimento de obrigação contratual social inadimplida, como, por exemplo, o dever de integralizar o capital subscrito. Em regra, portanto, essas ações sociais pressupõem um prejuízo causado à própria sociedade e, conseqüentemente, à massa falida, se já houver sido decretada a quebra.

Por sua vez, os pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica admitida em processo falimentar, assim entendida aquela prevista no art. 50 do Código Civil, com fim de responsabilização patrimonial,²⁵² são distintos: envolvem a demonstração do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Demais disso, embora se reconheça que as hipóteses de desconsideração acarretam uma lesão à ordem jurídica e um dano, parte da doutrina sustenta que seria possível atingir os *beneficiários* do abuso, ainda que estes não tenham dado causa à lesão ou prejuízo, isto é, não tenham atuado também como autores do ilícito, hipótese em que, conseqüentemente, não se sujeitariam ao juízo de culpabilidade.

SALOMÃO FILHO (2011),²⁵³ por exemplo, sustenta que a desconsideração da personalidade jurídica definida como método para responsabilização patrimonial não pode

²⁵² SALOMÃO FILHO, C. *O novo direito societário*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 258.

²⁵³ SALOMÃO FILHO, C. *O novo direito societário*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 262-263.

ser confundida com uma aplicação da teoria dualista da obrigação.²⁵⁴ Na lógica civilista, a hipótese de responsabilidade sem dívida autorizaria o ressarcimento do sujeito que pagou no lugar do devedor, o que não ocorreria nos casos de desconsideração, nos quais seria inviável imaginar o ressarcimento do sócio perante a sociedade – o que, tipicamente, resultaria na imposição aos sócios minoritários, não controladores, de responsabilidade por condutas que, provavelmente, teriam beneficiado apenas o controlador. Nessa linha de raciocínio, o autor sustenta que, na desconsideração, existe responsabilidade de natureza societária – e, não civil, ou decorrente de responsabilidade civil aplicada ao direito societário – segundo a qual o sujeito responde por dívida própria, fundada em uma atividade lesiva – e, não, apenas em um ato lesivo²⁵⁵ –, identificando o responsável com a figura do beneficiário, não, necessariamente, dos executores.

O jurista exemplifica o significado de sua teorização nos seguintes termos:

[...] em uma sociedade isolada, a desconsideração atingirá o patrimônio do controlador e não do administrador que executou suas ordens. Em uma sociedade pertencente a um grupo em que o benefício foi transferido a outra sociedade controlada e não à *holding*, será aquela e não esta última a ser atingida pela desconsideração.²⁵⁶

À primeira vista, essa orientação pode ser considerada uma indevida ampliação subjetiva do comando instituído no art. 50 do Código Civil (que fala apenas em “bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”), ainda que se possa vislumbrar uma justificativa teleológica para a hipótese. Entretanto, a visão é compatível com a técnica de desconsideração inversa (hoje, expressamente positivada no § 2º do art. 133 do Código de Processo Civil, de 2015), porque, no exemplo citado, a controlada foi indevidamente utilizada para acomodar um benefício que, na verdade, tem por destinatário final o controlador, que é o maior beneficiário da concentração viabilizada por meio da estrutura de grupo societário.

Não se pode deixar de ponderar, entretanto, que, eventualmente, sócios minoritários da controlada poderão ter experimentado algum benefício indireto da prática

²⁵⁴ Trata-se, evidentemente, de crítica à visão de OLIVEIRA (1979), que afirmou: “[p]ara que se possa falar de verdadeira técnica desconsiderante, em tema de responsabilidade, será necessária a presença do princípio da subsidiariedade, explicitado à luz de uma concepção dualista de obrigação: responsabilidade subsidiária por dívida alheia” (OLIVEIRA, J.L.C. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 610).

²⁵⁵ Entendendo que pode se tratar tanto de atividade como também de um ato isolado que beneficie pessoalmente o sócio ou o administrador, o que parece bastante correto: PUGLIESI, A.V. A responsabilidade patrimonial do falido, a extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. In: CEREZETTI, S.C.N.; MAFFIOLETTI, E.U. *Dez anos da Lei n.º 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 509-510.

²⁵⁶ SALOMÃO FILHO, C. *O novo direito societário*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 262.

abusiva, questão que deverá ser resolvida pelo critério da má-fé no recebimento de lucros.²⁵⁷

Não obstante, é evidente que a sociedade controlada deverá ser previamente citada para responder ao pedido de desconsideração da mesma forma que o controlador.

VERÇOSA (2006), que partilha do entendimento de que o sujeito da desconsideração responde por dívida própria (e não de terceiro), foi crítico da forma simplista como o instituto da desconsideração vinha sendo tratado, notadamente para fins de ressarcimento de prejuízos causados a consumidores, com fundamento no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, hipótese que, como já se esclareceu, não pode ser utilizada no âmbito da falência, porque interessa apenas a credores específicos.²⁵⁸

O autor se baseia em exemplo extremo no qual companhia aberta, com ações negociadas em bolsa, fornecedora de produtos, fosse responsabilizada por prejuízos (em montante superior ao seu patrimônio) causados a consumidores por fato do produto, situação que não se enquadraria dentre aquelas decorrentes de responsabilidade por abuso do poder de controle.

Discutindo a possibilidade de responsabilização de todos os acionistas, solidariamente, ele questiona qual seria o critério para definir os acionistas responsáveis (os que o foram ao tempo da fabricação do produto, de sua aquisição pelo consumidor, do prejuízo efetivo a cada consumidor, da condenação da sociedade em cada caso concreto, da execução, etc.?). E, destacando o problema complexo que é a desconsideração, sugere que àquela prevista no Código de Defesa do Consumidor seja aplicada de forma muito restrita, visando ao fortalecimento da atividade empresarial.

Não obstante referido dispositivo não seja aplicável à falência, a hipótese imaginada por VERÇOSA ilustra de maneira exemplar muitos dos problemas que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pode ensejar, evidenciando a importância de se discutir de maneira aprofundada seus efeitos em potencial, tanto sob a

²⁵⁷ A lei não sanciona o recebimento de lucros de boa-fé e, em regra, não determina sua devolução, salvo nas limitadas, se ocorrer distribuição com prejuízo ao capital social (arts. 1.009, 1.049 e 1.059 do Código Civil; art. 201, § 2º, da Lei nº 6.404, de 1976).

²⁵⁸ VERÇOSA, H.M. *Curso de direito comercial: teoria geral das sociedades – as sociedades em espécie do Código Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 101-105. A propósito, posicionamento crítico sobre a hipótese de desconsideração instituída pelo art. 28 do CPC também possui LOBO (1990), para quem o dispositivo, “na tentativa de proteger o consumidor e de criar um ‘infalível’ mecanismo de ressarcimento, pecou por excesso, pecou por haver sido impreciso, pecou por haver se afastado da lição pacífica da doutrina [eram outros tempos], quando poderia, no próprio campo da responsabilidade civil e fazendo uso do instituto da solidariedade, melhor resolver os problemas oriundos do mau uso da sociedade pelo controlador” (LOBO, J. A desconsideração da personalidade jurídica no Código Nacional de Defesa do Consumidor. In: GUSMÃO, P.D.; GLANZ, S. (Coords.). *O direito na década de 1990: novos aspectos – estudos em homenagem ao Prof. Arnoldo Wald*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 63).

perspectiva teórica geral como em cada um dos casos concretos submetidos à apreciação do Judiciário.

A ideia de que as obrigações da sociedade e do terceiro atingido pela desconsideração são autônomas (porque têm causas e fundamentos distintos) afasta a relação de subsidiariedade destas em relação àquelas. Aliás, teoricamente, não deveria existir sequer solidariedade passiva entre os terceiros afetados pela desconsideração diante da completa desvinculação das obrigações de todos os envolvidos. Deixando momentaneamente de lado o tecnicismo jurídico, pode-se dizer que se trataria de obrigações “customizadas”, exigindo-se, por sinal, que a responsabilidade do terceiro atingido pela desconsideração seja limitada ao prejuízo causado ao credor e não exceda ao benefício auferido pelo terceiro em função do abuso da personalidade jurídica.

Na verdade, o valor da obrigação decorrente da desconsideração deveria ser apurado individualmente em relação a cada beneficiário do abuso, o que, aliás, afastaria a possibilidade de sua equiparação à condição dos sócios de responsabilidade ilimitada²⁵⁹ (estes, sim, responsáveis subsidiários pelo débito da sociedade, nos termos da lei societária).

O contrário daria ensejo a evidentes paradoxos. Basta verificar que a desconsideração nunca terá efeito multiplicador do crédito, mesmo no esquema de obrigações autônomas. Em outras palavras, fica claro que o credor não pode se satisfazer perante o sócio (ou outro terceiro) atingido pela desconsideração e prosseguir na cobrança contra a sociedade pelo valor integral do crédito e vice-versa. Exemplificativamente, o fornecedor de matéria-prima de uma sociedade industrial inadimplente não terá direito de exigir o pagamento em dobro pela mesma mercadoria.

Logo, insista-se, a tese sobre obrigações autônomas impõe a apuração dos limites da obrigação do terceiro afetado pela desconsideração, em função do benefício auferido com o abuso da personalidade e do prejuízo efetivamente experimentado pelo credor. Somente assim, aliás, critérios de justiça, equidade e proporcionalidade serão efetivamente implementados.

Outra consequência extraída das afirmações de SALOMÃO FILHO, aplicável ao esquema de obrigações autônomas, é que o sócio afetado não poderá invocar o

²⁵⁹ PUGLIESI, A.V. A responsabilidade patrimonial do falido, a extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. In: CEREZETTI, S.C.N.; MAFFIOLETTI, E.U. *Dez anos da Lei n.º 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 510.

benefício de ordem²⁶⁰ e o direito de regresso contra a sociedade no mesmo processo,²⁶¹ não obstante a legislação não faça nenhuma ressalva específica nesse sentido.²⁶²

Embora antiga, a discussão não tinha relevância prática significativa, porque, na maioria dos casos, a desconsideração somente se verificava quando não se localizavam bens sociais suficientes para a satisfação do crédito, situação em que o regresso contra a sociedade se revelava de pouca utilidade. Além disso, a lei exige que o sócio, para ter reconhecido o benefício de ordem, indique à penhora bens livres e desembaraçados da sociedade, em valor suficiente para a satisfação do crédito,²⁶³ o que, normalmente, não é possível se a sociedade é insolvente.

Essa tendência, entretanto, pode se alterar em função do incentivo criado pelo Código de Processo Civil, de 2015, para que o pedido de desconsideração seja formulado já na inicial, consequência da mal colocada imposição de suspensão do processo quando tal pedido for realizado na forma incidental. Nessa hipótese, pode ocorrer que tanto a sociedade quanto o sócio ainda possuam bens que despertem o interesse do credor.

Essa solução (impossibilidade de se invocar o benefício de ordem e o direito de regresso contra a sociedade) representa estímulo adicional ao cumprimento das normas que asseguram a autonomia da pessoa jurídica, de forma que a limitação de responsabilidade não seja colocada em risco, o que, em contrapartida, aumenta os custos de monitoramento para os sócios não administradores e não controladores.

No contexto das ações e execuções individuais, tal orientação também é útil para proteger outros credores sociais (não beneficiados pela desconsideração), os quais, do contrário, poderiam ser prejudicados pela utilização do patrimônio social para a satisfação regressiva do sócio responsabilizado, dificultando ou mesmo inviabilizando o recebimento de seus créditos (na falência, entretanto, o crédito do sócio contra a sociedade será sempre subordinado, nos termos do art. 83, inciso VIII, alínea “b”, da Lei nº 11.101, de 2005).

A tese contribui de maneira contundente e significativa para a preservação da empresa, porque o patrimônio da sociedade não será afetado pelo benefício de ordem ou pelo direito de regresso.

²⁶⁰ Art. 1.024 do Código Civil e § 1º do art. 795 do Código de Processo Civil, de 2015 (no Código anterior, art. 596, *caput*, 2ª parte).

²⁶¹ Art. 795, § 3º, do Código de Processo Civil, 2015 (art. 596, § 2º, do Diploma Processual, de 1973).

²⁶² Defendendo a incompatibilidade do benefício de ordem, confira-se: DIDIER Jr., F. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*, p. 9. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/aspectos-processuais-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017; THEODORO JÚNIOR, H. Partes e terceiros na execução: responsabilidade patrimonial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 25, nº 100, out.-dez. 2000, p. 158-159.

²⁶³ Art. 795, § 2º, do Código de Processo Civil; no diploma anterior: art. 596, §1º.

Anote-se que os incisos II e VII do art. 790 do Código de Processo Civil, que tratam, respectivamente, da sujeição dos bens do sócio e do responsável no caso de desconsideração da personalidade jurídica à execução, de modo coerente com o ordenamento jurídico, nada mencionam sobre o caráter principal ou subsidiário (secundário) da responsabilidade, reforçando, pois, que a questão sempre será resolvida por normas de direito material, sendo que o benefício de ordem e o direito de regresso devem ser sempre examinados à luz dessa premissa.

Há vários autores que, contudo, filiam-se à tese de OLIVEIRA (1979) sobre o caráter subsidiário da obrigação decorrente da desconsideração.²⁶⁴

BRUSCHI (2009), por exemplo, afirmou que a formulação do pedido de desconsideração pelo exequente exige “que não existam bens em nome da sociedade, pois se ainda existirem bens, alegará, em razão de ser sua responsabilidade apenas subsidiária, o benefício de ordem previsto no artigo 596 do CPC [de 1973]”.²⁶⁵

BIANQUI (2010), que segue a mesma linha de pensamento quanto ao benefício de ordem, anota, entretanto, que o art. 596 do Código de Processo Civil, de 1973, teria aplicação parcial, pois o regresso do sócio contra a sociedade não seria admissível,²⁶⁶ raciocínio que, evidentemente, poderia ser transportado para a realidade do Código de Processo atual.

COSTA (2012) afirma que a responsabilidade decorrente da desconsideração é secundária, constituindo direito do sócio a prévia excussão dos bens da sociedade,²⁶⁷ entendimento, aliás, partilhado por SACRAMONE (2015),²⁶⁸ LUCCA e DEZEM (2018).²⁶⁹

O Superior Tribunal de Justiça possui raros julgados tratando do assunto, a partir dos quais se depreende que, em tese, seria possível a aplicação do art. 596 do Código

²⁶⁴ Cf. pág. 115, nota de rodapé nº 254 *supra*.

²⁶⁵ BRUSCHI, G.G. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 100-101.

²⁶⁶ BIANQUI, P.H.T. *Desconsideração judicial da personalidade jurídica pela óptica processual*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 161-162.

²⁶⁷ COSTA, D.C. A responsabilidade patrimonial primária e secundária do sócio pelas dívidas da empresa. In BRUSCHI, G.G.; COUTO, M.B.; *et al.* *Direito processual empresarial: estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 170-184.

²⁶⁸ SACRAMONE, M.B. A extensão da falência e a desconsideração da personalidade jurídica. In LUCCA, N.; VASCONCELOS, M.P. (Coords.). *Falência, insolvência e recuperação de empresas: estudos lusobrasileiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 204.

²⁶⁹ LUCCA, N. ; DEZEM, R.M.M.M. A desconsideração da personalidade jurídica na falência: equívocos na busca da responsabilização dos sócios pelo estado de insolvência da sociedade empresária. In FACHIN, E., ABRÃO, C.H.; REQUIÃO, R.E. (Coords.). *O moderno direito empresarial do século XXI: estudos em homenagem ao centenário do Professor Rubens Requião*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 277.

de Processo Civil, de 1973, em favor do sócio da limitada atingido pela desconsideração.²⁷⁰ Situação semelhante ocorre no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no qual se encontram julgados admitindo expressamente a aplicabilidade do benefício de ordem.²⁷¹ Registram-se, ainda, decisões que admitiram ações de regresso movidas pelo sócio que pagou o débito contra os demais atingidos pela decisão de desconsideração, mas que não chegaram a suportar a execução.²⁷² Nestas, entretanto, o fundamento relaciona-se à solidariedade entre todos os sócios afetados pela desconsideração (art. 283 do Código Civil), evidenciando que a desconsideração importou aproximação destes à situação dos sócios ilimitadamente responsáveis.

Existem ainda abordagens mais abrangentes, que, claramente, levam em conta o caráter casuístico da desconsideração, que, nas palavras de SALOMÃO FILHO (2011), seria dotada de “flexibilidade, que permite modelar a separação patrimonial”.²⁷³

JUSTEN FILHO (1987), por exemplo, argumenta que seria possível trabalhar com os graus máximo, médio e mínimo de desconsideração. O máximo representaria a total ignorância do regime jurídico da personificação societária, alcançando-se exclusivamente a pessoa do sócio. O médio ocorreria quando houvesse identificação entre sócio e sociedade. Finalmente, o mínimo implicaria a ignorância de um aspecto do regime da personalidade jurídica. Este último seria caracterizado pela subsidiariedade da responsabilidade do sócio em relação à sociedade ou vice-versa.²⁷⁴

²⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 401.081/TO. Recorrente: Edgar Carlos da Silva. Recorrida: Gurumáquinas - Gurupi Máquinas Agrícolas Ltda. Julg.: 06 abr. 2006. Public.: DJ 15 mar. 2006. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200101502868&dt_publicacao=15/05/2006>. Consulta em: 20 dez. 2017.

²⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 25ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento nº 1201609- 0/8. Agravante: Albino Francisco Moleiro. Agravada: Air Liquide Brasil Ltda. Rel. Des. Antônio Benedito Ribeiro Pinto. Julg.: 05 dez. 2008. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaSimples.do>>. Acesso em: 21 dez. 2017; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 22ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento nº 0287358-39.2011.8.26.0000. Agravante: Companhia de Bebidas Ipiranga. Agravada: Comercial Alimentos Irmãos Melo Ltda. Me. Rel. Des. Roberto MacCracken. Julg.: 08 mar. 2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaSimples.do>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

²⁷² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 9ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 0070310-74.2013.8.26.0002. Apelantes/Apelados: Gerson Luiz Candido de Azevedo e Outro; Carlos Eduardo Casagrande. Rel. Des. Piva Rodrigues. Julg.: 23 mai. 2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaSimples.do>>. Acesso em: 21 dez. 2017; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelação nº 1043568-24.2015.8.26.0002. Apelante: Maurício de Nobrega. Apelado: Lisandro Lauretti. Rel. Des. Cesar Ciampolini. Julg.: 22 jun. 2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaSimples.do>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

²⁷³ SALOMÃO FILHO, C. *O novo direito societário*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 263.

²⁷⁴ JUSTEN FILHO, M. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 60 *et seq.*

SALAMA (2014), que trata do problema da responsabilidade empresarial de forma bastante ampla, analisando as diversas previsões legais sobre a desconsideração da personalidade jurídica em função da natureza da obrigação (trabalhista, tributária, consumerista, etc.), sempre acrescentando reflexões à luz do método da Análise Econômica do Direito,²⁷⁵ procura estabelecer parâmetros para a “calibração de efeitos” do que considera ser “responsabilização do sócio por dívida da empresa”,²⁷⁶ examinando cenários que incluem: (1) a responsabilização total do sócio, com ou sem direito de regresso entre sócios; (2) a responsabilização proporcional dos sócios (que diferiria da total com regresso, basicamente, porque os custos de cobrança são transferidos aos credores); (3) os diferentes tipos de sócio (3.1) em função do acesso à informação, (3.2) controladores e minoritários, (3.3) ativos e passivos, (3.4) administradores e não administradores; (4) os diferentes tipos de empresas (abertas, fechadas, de capitais, de pessoas); (5) a situação do grupo econômico; dentre outros parâmetros, na busca de um modelo para o aperfeiçoamento da disciplina jurídica da responsabilidade empresarial.²⁷⁷

Esse casuísmo da desconsideração, portanto, revela não apenas uma multiplicidade de soluções possíveis a depender das circunstâncias concretas que darão ensejo à sua utilização, mas também uma diversidade de interpretações e, conseqüentemente, a dificuldade de se chegar a um denominador comum nessa matéria.²⁷⁸

O grande problema é que a lei não determina expressamente que o Juiz deva apurar a relação entre o benefício auferido pelo sócio e o dano causado ao credor social pelo abuso da personalidade jurídica no momento da fixação da extensão da responsabilidade decorrente da desconsideração. Entretanto, é evidente que, independentemente da teoria da obrigação adotada, o limite das forças do crédito originalmente detido contra a sociedade deverá ser sempre respeitado.

Para a *teoria dualista*, isso decorre do caráter subsidiário da obrigação do sócio, o que, por coerência, exige a admissão do benefício de ordem e do regresso do sócio contra a sociedade. Essa solução, entretanto, como se pode intuir a partir do que já foi dito até aqui, é imperfeita.

²⁷⁵ SALAMA, B.M. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 403-450.

²⁷⁶ Ibid, p. 452.

²⁷⁷ Ibid, p. 451-499.

²⁷⁸ SALAMA (2014), por sinal, observa que “a função do jurista não é a de apresentar soluções que eliminem completamente o que chamamos de *dialética da responsabilidade limitada* nem a de encontrar os caminhos que definitivamente pavimentarão o desenvolvimento econômico: menos porque ele não deva fazê-lo, e mais porque fórmulas mágicas simplesmente não existem” (Ibid, p. 499).

Primeiro, porque não resolve o problema societário gerado na hipótese em que apenas um ou alguns dos sócios são afetados pela desconsideração, caso em que os sócios inocentes (e os demais credores da sociedade) suportarão injustamente parte do custo da desconsideração (isso se houver sucesso na utilização do benefício de ordem ou do direito de regresso contra a sociedade).

Segundo, porque também não resolve adequadamente o desequilíbrio instaurado nas relações entre os vários sócios afetados pela desconsideração. Observe-se que estes podem ter obtido diferentes graus e volumes de vantagens com o abuso da personalidade jurídica, além de, eventualmente, possuírem quinhões de capital de diferentes tamanhos. Porém, considerando que, como visto, entre os adeptos dessa teoria não há grande preocupação com a fixação dos limites da responsabilidade de cada sócio individualmente, mesmo quando se encontrem em situações claramente distintas, haverá, em geral, tratamento uniforme pela aplicação das regras dos arts. 283 e 942, parte final, do Código Civil.

Terceiro, em função dos problemas anteriores, não se pode dizer que a subsidiariedade, no caso da desconsideração, equivale àquela a que se sujeita o sócio ilimitadamente responsável. No caso deste, a subsidiariedade em relação ao débito da sociedade e a solidariedade entre sócios são inerentes ao regime societário previamente contratado,²⁷⁹ inexistindo, portanto, perturbações na órbita societária.

Finalmente, a solução da *teoria dualista* pode se revelar contrária ao ideal de preservação da empresa, se a sociedade for reduzida à insolvência.²⁸⁰

Nesse contexto, a resposta da *teoria das obrigações autônomas* é muito mais coerente, porque, como visto, exige que se definam os limites da responsabilidade decorrente da desconsideração levando-se em conta todos os fatores relevantes emergentes do abuso da personalidade jurídica: extensão do dano causado ao credor e o teto equivalente ao benefício auferido pelo terceiro responsabilizado.²⁸¹ Tal solução, em princípio, não causaria desequilíbrios nas relações societárias e não prejudicaria outros credores da sociedade ou credores particulares dos sócios afetados.

²⁷⁹ Ressalvada a 2ª parte do art. 990 do Código Civil.

²⁸⁰ Reitere-se que, se a desconsideração for obtida na falência, então, os credores sociais não serão prejudicados, pois o crédito do sócio será sempre subordinado (art. 83, VIII, “b”, da Lei nº 11.101, de 2005).

²⁸¹ Cf. nesse sentido: PUGLIESI, A.V. A responsabilidade patrimonial do falido, a extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. In: CEREZETTI, S.C.N.; MAFFIOLETTI, E.U. *Dez anos da Lei n.º 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 516.

A propósito, ao criticar a doutrina e a jurisprudência alemãs que limitam a desconsideração inversa da personalidade jurídica à sociedade unipessoal ao argumento de que, nas demais, haveria prejuízo aos outros sócios, SALOMÃO FILHO (2011) aponta que, naquela, o dano também existiria, porém, recairia sobre os demais credores. O autor argumenta que, na verdade, não haveria qualquer prejuízo nem mesmo a tais credores na mera devolução da contrapartida de eventual transferência indevida recebida pela sociedade, evidenciando a coerência em seu pensamento ao não admitir o direito de regresso.²⁸²

Ainda nessa mesma linha raciocínio, deve-se, salientar que a aplicação do art. 942, parte final, do Código Civil ao ilícito decorrente da desconsideração é sustentável apenas na hipótese em que os responsáveis concorrerem, inequivocamente, com o abuso da personalidade jurídica, nos termos do art. 50 do mesmo diploma.

Poder-se-ia argumentar que isso implicaria uma mitigação da ideia de absoluta autonomia das obrigações em função da expressa previsão legal de solidariedade decorrente de ato ilícito praticado em coautoria, tornando despicienda a apuração do benefício individual auferido por cada coautor. Mesmo assim, não se deveria dispensar a fixação do prejuízo efetivo causado ao credor da sociedade, que, em determinadas circunstâncias, dada a dificuldade de mensuração, até poderia ser arbitrado pelo Juiz, cabendo aos coautores do delito demonstrar, por uma questão de aptidão da prova, que as perdas foram inferiores ao limite do crédito detido contra a sociedade.

Deve-se ressaltar que a coautoria atua como causa (ou pressuposto) da solidariedade, porém, as obrigações dos coautores se mantêm autônomas em relação ao crédito detido contra a sociedade. Esclareça-se que o pressuposto dessa solidariedade não se confunde com a causa das obrigações, de modo que é esta última – ao lado da distinção entre os sujeitos das obrigações – que deverá servir como critério de verificação da autonomia defendida no presente estudo.

A solidariedade se revela particularmente problemática quando sócios puramente investidores, que não possuem qualquer ingerência nos negócios sociais, ou meros beneficiários da atividade lesiva são atingidos em concreto pela desconsideração, como no exemplo já citado no qual o benefício gerado pela prática do abuso da personalidade jurídica é transferido a uma controlada e, não, à *holding* controladora.

²⁸² SALOMÃO FILHO, C. *O novo direito societário*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 247-249.

Na hipótese do benefício eventualmente obtido pelos simples investidores, a solução, conforme se mencionou anteriormente, apura-se a partir do critério da má-fé no recebimento dos lucros.²⁸³ Porém, mesmo nesse caso, isto é, se constatada a má-fé, a solidariedade entre os sócios que gozarem de responsabilidade limitada se revela desarrazoada e desproporcional, devendo-se buscar a individualização do benefício auferido por cada um, este, sim, passível de devolução, acrescido de encargos moratórios.

A controlada beneficiária também não poderá ser considerada solidariamente responsável, inclusive, porque, embora financeiramente “beneficiada”, terá igualmente sofrido abuso do poder de controle. Deverá, então, haver apuração do efetivo “benefício” auferido, ficando o ressarcimento limitado a tal valor. Do contrário, haveria manifesta transferência de parte da responsabilidade pelos danos causados pelo controlador – e, por vezes, até de outros – aos sócios minoritários que aquela possuir. Relembre-se, aliás, que essa hipótese é de desconsideração inversa, de modo que, na verdade, o benefício a ser devolvido como reparação do prejuízo sofrido pelo credor (ou de parte dele) se limita à parcela dos ganhos obtidos pelo controlador infrator que foi efetivamente transferida à controlada.

A desconsideração da personalidade jurídica é um instrumento importante para o combate à fraude e ao abuso de direito no âmbito societário. Por vezes, será a única solução capaz de remediar os efeitos negativos de determinadas violações à ordem jurídica. Não obstante, as poucas e esparsas regras sobre desconsideração da personalidade jurídica atualmente existentes, cujos pressupostos aplicativos, a propósito, não são coincidentes, exigem algumas cautelas por parte do aplicador do direito. Dentre elas destacam-se as seguintes:

1) a medida deve ser aplicada com base em uma das hipóteses previstas em lei, as quais já são bastante abrangentes, assegurando ao aplicador a flexibilidade necessária para combater de forma eficiente toda sorte de abusos verificada, observada a adequação da hipótese ao caso concreto;

2) a desconsideração pressupõe a citação do sócio, do administrador, de qualquer outro beneficiário do abuso ou da pessoa jurídica, conforme se tratar de desconsideração direta ou inversa;

3) devem ser sempre assegurados o direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal aos sujeitos afetados pela desconsideração;

²⁸³ Cf. pág. 73 *supra*.

4) a desconsideração somente deverá ser declarada quando forem efetivamente demonstrados os pressupostos previstos em lei; e

5) sócios investidores passivos e de boa-fé, que não possuem qualquer ingerência na condução dos negócios sociais, em princípio, não deverão ser responsabilizados por meio da desconsideração da personalidade jurídica.

Segundo alguns autores, a desconsideração não teria lugar quando forem cabíveis as ações de que trata o art. 82 da Lei nº 11.101, de 2005, a revogação e a declaração de ineficácia de atos contra a massa (arts. 129 e 130).²⁸⁴

A ponderação é bastante razoável, porém, não com base no entendimento mais difundido de que a desconsideração seria hipótese residual à vista de outros remédios expressamente previstos em lei, mas, fundamentalmente, porque os pressupostos para o reconhecimento de uma e de outra medida não se confundem. Ademais, o objeto também é diferente. Nas circunstâncias especificamente disciplinadas na legislação falimentar o que se busca é a recomposição do ativo social. A desconsideração, entretanto, visa a remediar especialmente o prejuízo causado a terceiro externo à sociedade. Embora, na prática, os efeitos de umas e outras sejam semelhantes quando se pensa na desconsideração no processo de falência, há diferenças importantes a serem consideradas. Basta lembrar que, se a desconsideração for declarada em ação ou execução individual, as consequências passam a ser completamente diferentes.

Registre-se, ainda, a oportuna observação de SACRAMONE, no caso “Boi Gordo S/A”, de que, nas hipóteses de responsabilização de sócios e administradores expressamente previstas na lei falimentar, o beneficiário é plenamente identificável, o que

²⁸⁴ Cf. LUCCA, N.; DEZEM, R.M.M.M. A desconsideração da personalidade jurídica na falência: equívocos na busca da responsabilização dos sócios pelo estado de insolvência da sociedade empresária. In FACHIN, E., ABRÃO, C.H.; REQUIÃO, R.E. (Coords.). *O moderno direito empresarial do século XXI: estudos em homenagem ao centenário do Professor Rubens Requião*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 278-280. PUGLIESI, A.V. A responsabilidade patrimonial do falido, a extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. In: CERZETTI, S.C.N.; MAFFIOLETTI, E.U. *Dez anos da Lei n.º 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 514-516; LOBO, J. Extensão da falência por abuso de controle. In: TOLEDO, P.F.C.S.; SATIRO, F. (Coords.). *Direito das empresas em crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2001, p. 168-170. AGUIAR JÚNIOR (2012), em particular, afirma que a desconsideração é “*subsidiária*, pois não se desconsidera a pessoa jurídica se os bens dos sócios podem ser atingidos por extensão da responsabilidade patrimonial, como acontece com os administradores que tenham agido com culpa no desempenho de suas funções” (destaque original - AGUIAR JÚNIOR, R.R. A desconsideração da pessoa jurídica e a falência. In: ESTEVEZ, A.F.; JOBIM, M.F. (Orgs.). *Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 569). É evidente que essa “subsidiariedade” não se confunde com o caráter *subsidiário* da obrigação do sócio, corolário da aplicação da *teoria dualista da obrigação*, discutida neste capítulo. Revela apenas que a desconsideração, na visão do autor, deve ser utilizada como último recurso, quando não for possível a utilização de outros remédios específicos.

nem sempre ocorre quando se depara com complexas fraudes societárias, permitindo a identificação do instituto da desconsideração como instrumento de responsabilização de determinados fraudadores.²⁸⁵

Fica claro, portanto, que não se deve substituir uma medida por outra, sendo cabíveis aqui, ademais, as reiteradas críticas da doutrina à banalização do instituto da desconsideração.

Quer se trate de casos nos quais é cabível a reparação da massa, por meio das ações que se enquadrem no art. 82 da Lei nº 11.101, de 2005, ou do uso da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da falência será sempre possível, desde que demonstrados os requisitos legais, a concessão de tutela de urgência *inaudita altera parte*, visando a assegurar o resultado útil do processo. Nesse sentido, a declaração de indisponibilidade e o arresto de bens podem se revelar medidas relevantes e efetivas para evitar a dilapidação do patrimônio do requerido num caso e noutro. Aliás, o § 2º do art. 82 da Lei nº 11.101, de 2005, faz expressa referência à declaração de indisponibilidade de bens dos réus, inclusive por ato de ofício do Juiz.²⁸⁶

²⁸⁵ Fundamentou o Magistrado na ocasião: “... a ação de responsabilização do sócio ou do administrador seria aplicável nas hipóteses em que o sujeito passivo é plenamente identificável e o agente é responsabilizado por violação de seus deveres como sócio ou administrador. Por seu turno, na desconsideração propriamente dita, ‘supera-se a personalidade jurídica sob cujo manto se escondia a pessoa oculta, exatamente para evidenciá-la como verdadeira beneficiária dos atos fraudulentos’ (Resp 1180714-RJ, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 06/05/2011). Essa interpretação de que a desconsideração não poderia ser confundida com 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) encontra óbice de aplicação nas hipóteses de complexas fraudes societárias, com o envolvimento de diversas companhias e operações abusivas nem sempre evidentes como de violação de deveres societários, em que o beneficiário não é plenamente identificável e o agente se oculta na personalidade do ente coletivo. Nessas complexas operações, o instituto geral da desconsideração da personalidade confunde-se em grande medida com instituto específico da responsabilização e permite a apreciação dos atos dos agentes que se utilizaram indevidamente da pessoa jurídica, com a suspensão da autonomia patrimonial a determinadas relações jurídicas e a atribuição de responsabilidade aos agentes fraudadores ou que atuaram com abuso da personalidade” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. *Processo nº 0026864-81.2014.8.26.0100*. Pedido de extensão da falência. Requerente: Massa Falida de Fazenda Reunidas Boi Gordo S/A; Requeridos: Satcar do Brasil Monitoramento e Rastreamento Ltda. ME e outros. Juiz Marcelo Barbosa Sacramone. Julg.: 26 jun. 2015. Public.: DJ 30 jun. 2015. Disponível em: <[²⁸⁶ Nessa linha de raciocínio: LOBO, J. Extensão da falência por abuso de controle. *In: TOLEDO, P.F.C.S.; SATIRO, F. \(Coords.\). Direito das empresas em crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2001, p. 172.](https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=0026864-81.2014.8.26.0100&cdProcesso=2S000DBF20000&cdForo=100&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5JMDS&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&ticket=xv4ji7TxiJGs1yTIIYCUzco7DbaRQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlv9aZeTjJwTw0kjk23T18zh301dlp92%2BGHI0iHgKWV0s2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwE4ZYwx65w7OX4pS93VVORsBZpiHhBJhuKReAZVN0TXLT5xLC%2B17YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka6G%2BR7zn1kzFY0Sk6oauhVUSS9QCNwPomGcDqZqkogsGRqMwUhcBiiFVy3%2FBqT1%2BrV1mGGiP%2Fqli7qmdzl7p5lGm1s3xPWIRfd04%3D>. Acesso em: 04 jun. 2018).</p>
</div>
<div data-bbox=)

Por derradeiro, convém destacar a anotação de AGUIAR JÚNIOR (2012) no sentido de que a desconsideração da personalidade jurídica somente poderá ser declarada se não se houver operado a prescrição ou decadência do direito do credor.²⁸⁷

Entretanto, na *teoria da autonomia das obrigações*, isso requer uma explicação adicional.

Se, como dito, a obrigação do terceiro é autônoma e tem natureza indenizatória fundada no dano decorrente do uso abusivo da personalidade jurídica, é evidente que a pretensão do credor contra aquele também é diferente daquela eventualmente mantida contra a sociedade. Nesse esquema, se o direito do credor contra a sociedade prescrever ou caducar antes de formulado o pedido de desconsideração, não existirá dano causado pelo terceiro merecedor de reparação pela via da tutela judicial.

Nos demais casos, em princípio, seguem-se as regras e prazos ordinariamente admitidos sobre prescrição e decadência dos direitos de titularidade da massa falida.

Em síntese conclusiva, tanto as hipóteses relativas às ações sociais previstas no art. 82 da Lei nº 11.101, de 2005, as quais têm por objeto a *recomposição* do ativo da falida, como aquelas de desconsideração da personalidade jurídica, que visam à *ampliação* da massa falida por prejuízos causados diretamente aos credores da sociedade por terceiros, envolvem o reconhecimento de obrigações autônomas em relação às obrigações da sociedade para com os credores sociais.²⁸⁸

Em ambos os casos, a natureza dessas obrigações é indenizatória, com fundamento em normas de direito societário.²⁸⁹

Ambas as medidas são cabíveis na falência e deverão seguir o regramento processual específico previsto em lei (ações sociais: rito ordinário; desconsideração: arts. 133 e seguintes do Código de Processo Civil, de 2015), havendo possibilidade de utilização de tutelas de urgência para garantia do resultado útil do processo.

Os pressupostos e fundamentos para a utilização das ações sociais ou da desconsideração da personalidade jurídica, entretanto, são distintos, o que implica hipóteses estritas de cabimento de umas ou da outra.

²⁸⁷ AGUIAR JÚNIOR, R.R. A desconsideração da pessoa jurídica e a falência. In: ESTEVEZ, A.F.; JOBIM, M.F. (Orgs.). *Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 570-574.

²⁸⁸ Ressalvadas as opiniões em contrário quanto à obrigação decorrente da desconsideração destacadas ao longo do capítulo.

²⁸⁹ Anote-se, entretanto, que como a desconsideração também pode atingir a outras pessoas jurídicas, é possível classificá-la, em um contexto mais amplo, como fundada no *direito das pessoas jurídicas* ou *direito das organizações*.

Consequentemente, não é possível que a desconsideração seja utilizada como sucedâneo de ações sociais e *vice-versa*.

Embora não exista disposição expressa em lei a respeito, ressalvada, ainda, como visto neste item, a necessária harmonização com o teor do art. 942 do Código Civil, o ideal seria que a fixação da responsabilidade por desconsideração da personalidade jurídica observasse a relação entre o prejuízo causado aos credores e o teto do benefício auferido por cada um dos terceiros afetados pela medida (sobretudo nos casos que afetarem, em concreto, meros beneficiários que não concorreram para a prática do ilícito), consequência da autonomia entre as obrigações, essencial, ademais, para evitar distúrbios nas relações entre sócios.

4.2.4 Desconsideração da pessoa jurídica e “extensão da falência”

A possibilidade de desconsideração no âmbito da falência, contudo, não se traduz em autorização para a extensão automática dos efeitos da falência ao sujeito atingido pela primeira.

O motivo determinante para isso é a absoluta falta de coincidência entre os pressupostos, fundamentos e objetivos da declaração de falência e aqueles relacionados à desconsideração da personalidade jurídica. Adicionalmente, a automática “extensão da falência” em função da desconsideração da personalidade jurídica resultaria em afronta ao princípio da preservação da empresa e em grave insegurança jurídica, prejudicial ao desenvolvimento da economia e do mercado, inclusive o mercado de crédito, que a falência também busca proteger, contrariando o interesse geral da sociedade.

É o que se passa a discutir a seguir.

4.2.4.1 Vinculação aos pressupostos específicos da falência e necessidade de observância de garantias processuais de hierarquia constitucional

Como visto, a falência, no direito brasileiro, não prescinde da verificação de certos pressupostos legalmente estabelecidos (objetivo, subjetivo e formal), os quais em nada coincidem com os pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica. Em especial, no Brasil, somente se admite a falência própria do empresário ou da sociedade

empresária. A única exceção é a falência do sócio ilimitadamente responsável prevista no art. 81 da Lei nº 11.101, de 2005.

Não há em nossa legislação falimentar previsão legal semelhante àquelas encontradas no direito francês e argentino, segundo as quais pode haver efetiva extensão da falência ao controlador. Muito embora as circunstâncias que autorizam essa extensão em referidos países, por vezes, sejam coincidentes ou muito se assemelhem àquelas que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica no Brasil (em especial, utilização da sociedade no interesse particular do controlador ou do grupo de sociedades, fraude e confusão patrimonial), a diferença fundamental é que naqueles casos, existe previsão legal específica. Essa diferença torna complexa a criação de eventuais soluções nacionais inspiradas em referidas experiências estrangeiras.

No direito italiano, conforme tratado anteriormente, existe, como no Brasil, a falência automática do sócio ilimitadamente responsável. No mais, na Itália, as hipóteses que ensejam a “extensão de efeitos da falência” estão geralmente relacionadas com aquelas nas quais o sócio ou controlador assume ele mesmo a posição de empreendedor, inspiradas nas doutrinas do sócio oculto e do sócio tirano, acarretando a falência por ato próprio. Porém, em geral, existe grande resistência em se admitir a quebra da autonomia da personalidade jurídica em matéria de falência, mesmo em se tratado da falência de empresas organizadas sob a forma de grupos societários.

Logo, nossa experiência relacionada à extensão automática de efeitos da falência das sociedades limitadas e anônimas, com base na desconsideração da personalidade jurídica, melhor se aproximaria (com diversas ressalvas) das doutrinas cunhadas no âmbito dos Tribunais estadunidenses. Não se pode dizer, contudo, que houve efetiva apropriação da cultura jurídica daquele país nessa temática. O desenvolvimento da ideia de “extensão da falência” no Brasil teve por base a maturação ocorrida no seio da própria jurisprudência nacional, como resposta a casos de falência em que se constatou manifesto abuso de pessoas jurídicas, utilizando-as como escudo para fraudes contra credores. Emblemático nesse sentido é o voto da Ministra Nancy Adrighi, do Superior Tribunal de Justiça, no caso Petroforte, já referido anteriormente, envolvendo a empresa Securinvest.²⁹⁰

Além disso, muito embora a Lei nº 11.101, de 2005, contenha alguma inspiração na legislação de insolvência dos Estados Unidos, a cultura e os princípios

²⁹⁰ Cf. pág. 69, nota de rodapé nº 151 *supra*.

jurídicos que informam cada um desses regimes são permeados por diferenças significativas. Nesse contexto, a apropriação das construções desenvolvidas na América do Norte também não parece indicada para a solução dos problemas aqui verificados.

A legislação e a jurisprudência norte-americanas são reflexos da forma peculiar e dinâmica do desenvolvimento do capitalismo naquele país, que ainda não encontra paralelo em nenhum outro lugar do globo. Em particular, é importante reiterar que, embora se trate de tema controvertido, existe certa tendência de parte da doutrina e da jurisprudência americanas em enxergar os Tribunais de Insolvência como “cortes de equidade”, dotadas de *equitable powers*, de tal modo que os Juízes acabam possuindo maior liberdade na criação do direito de insolvência, de modo a assegurar a solução mais justa para o caso concreto (*judge-made law*), inclusive podendo, em certa medida, modelar a ordem de pagamento aos credores.

Não obstante se verifique uma tendência crescente semelhante no Brasil em torno desse protagonismo do Judiciário em diversas áreas do Direito, parece complicada a implementação de algo semelhante ao que ocorre nos Estados Unidos em nosso direito sobre insolvência, especialmente em função do esquema rígido de classificação de créditos e ordem de pagamento dos credores e de um regime legal societário que, a despeito das críticas que possa merecer, ainda confia fortemente na ideia de autonomia da personalidade jurídica, inclusive, no âmbito da disciplina específica dos grupos societários.

Pondere-se, a propósito, que, nos Estados Unidos, apenas a legislação sobre insolvência é federal, sendo que as regras societárias e sobre responsabilidade empresarial, em geral, estão disciplinadas em leis estaduais, o que, por vezes, enseja, inclusive, discussão acerca da competência para ações versando sobre desconsideração da personalidade jurídica e também sobre a legitimidade do *trustee* para ingressar com tais ações. Não bastasse, conforme já discutido neste estudo, a *veil-piercing jurisprudence* tende a ter aplicação mais limitada em procedimentos de insolvência, destacando-se a utilização de outros remédios, como a *equitable subordination* e a *substantive consolidation*, com fundamentos próprios no direito concursal.

Portanto, ainda que a experiência estrangeira seja extremamente importante no sentido de informar as reflexões dos juristas brasileiros sobre como conceber os problemas no âmbito do direito de insolvência, uma vez que a crise empresarial é fenômeno corriqueiro nas economias capitalistas, não é evidentemente possível justificar determinados tipos de inovações com base em institutos que não encontram paralelo em

nossa legislação. Pelo menos, não sem que se verifique sua estrita compatibilidade com o sistema jurídico em vigor.

De qualquer forma, um aspecto relevante sobre a consolidação substantiva na experiência estrangeira que merece ser destacado diz respeito ao espectro bastante restrito de sua aplicação.

O Guia Legislativo sobre Leis de Insolvência elaborado pela United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) afirma serem poucos os países que possuem leis sobre consolidação substantiva e que, naqueles em que elas estão presentes, existem regras estritas sobre a comprovação dos requisitos legais e o instituto é pouco utilizado. A principal preocupação, segundo o documento, é que a consolidação implica a superação do princípio da separação e autonomia entre os diferentes membros integrantes de um mesmo grupo empresarial, o qual serve a diferentes propósitos relacionados, por exemplo, às leis tributárias, societárias e a regras sobre governança.²⁹¹

O Guia também aponta que, em países em que a medida decorre da evolução jurisprudencial, sua utilização também seria “muito limitada”, restringindo-se a hipóteses em que existe uma forte integração dos negócios e operações dos membros do grupo, de tal modo que se torne muito difícil, se não impossível, separar ativos e passivos.²⁹² Salienta, ainda, que a fraude apta a autorizar a consolidação não é aquela que ocorre nas operações corriqueiras da sociedade, mas, sim, aquela decorrente da total ausência de finalidade empresarial legítima, relacionada às razões de sua constituição ou às atividades por ela desenvolvidas, citando exemplos como: contranferências de recursos a outras sociedades com a finalidade de conservá-los em benefício próprio, fraude à credores, simulação, pirâmides ou outros esquemas fraudulentos.²⁹³

Nessa linha, o Guia recomenda o reconhecimento de hipóteses estritas de utilização da consolidação substantiva, basicamente, identificando-as com a já mencionada confusão inextrincável de ativos e de passivos – ou cuja separação seja economicamente proibitiva – ou, ainda, com o envolvimento dos membros do grupo empresarial em esquemas fraudulentos ou atividades desprovidas de finalidade empresarial legítima.²⁹⁴

²⁹¹ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Legislative guide on insolvency law* - Part three: treatment of enterprise groups in insolvency. New York: United Nations, 2012, p. 59-60, parágrafo 105. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-E.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

²⁹² Ibid, p. 60, parágrafo 106.

²⁹³ Ibid, p. 63, parágrafo 114.

²⁹⁴ Ibid, p. 71-72.

No Brasil, ainda que se pudesse argumentar que, nos termos do art. 50 do Código Civil, dentre “os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações” que podem ser estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica, estariam incluídos os efeitos da falência (o que, todavia, não é correto), a extensão deveria se restringir necessariamente aos bens.²⁹⁵ Estariam automaticamente excluídos os efeitos pessoais que a falência acarreta. Logo, o sócio ou administrador atingido pela desconsideração da personalidade jurídica declarada em processo falimentar jamais poderia ser declarado falido; somente patrimonialmente responsável.²⁹⁶

E, além de a declaração de falência exigir a verificação de pressupostos objetivos, subjetivos e formais específicos (em especial a insolvabilidade, declarada ou presumida), os quais não são coincidentes com a aqueles necessários para a desconsideração da personalidade jurídica (abuso desta, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial), os procedimentos a serem observados em um caso (art. 94 e seguintes da Lei nº 11.101, de 2005) e noutro (art. 133 e seguintes dos Código de Processo Civil, de 2015) também são diferentes.

Ressalte-se, ademais, que o dissenso em relação à extensão da obrigação do terceiro afetado pela desconsideração no Brasil (se haveria ou não limitação ao benefício auferido pelo abuso da personalidade jurídica, se a obrigação teria, ou não, caráter subsidiário e, conseqüentemente, se, em havendo desconsideração, o terceiro seria, ou não, equiparado ao sócio ilimitadamente responsável), na verdade, torna problemática a consolidação de uma jurisprudência que admite a possibilidade de vinculação entre os conceitos de desconsideração da personalidade jurídica e de “extensão de efeitos da falência”, porque amplifica, desnecessariamente, ruídos decorrentes da aplicação da primeira, de difícil resolução no âmbito societário, e, além disso, podem acarretar prejuízos aos credores particulares destes terceiros, eventualmente, em afronta ao princípio da preservação da empresa.

Não obstante admitida no processo de falência, a desconsideração da personalidade jurídica deve ter seus efeitos limitados à formação de título judicial condenatório, sendo que, conforme já se defendeu anteriormente, o montante do crédito

²⁹⁵ TOLEDO (2009) aponta que a par das discussões teóricas em torno do assunto, o que se busca, basicamente, com a extensão da falência é atingir o patrimônio de terceiros que, supostamente, seriam responsáveis pelas dívidas tanto quanto a falida, o que justificaria que seus patrimônios individuais fossem também alcançados (TOLEDO, P.F.C.S. Extensão da falência a sócios ou controladores de sociedades falidas. *Revista do Advogado*. Ano XXIX, nº 105, p. 155, set. 2009, p. 155).

²⁹⁶ Cf. LOBO, J. Extensão da falência por abuso de controle. In: TOLEDO, P.F.C.S.; SATIRO, F. (Coords.). *Direito das empresas em crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2001, p. 157.

deve ser limitado ao benefício efetivamente auferido pelo terceiro em função do abuso da personalidade jurídica.

Esse crédito, tal como qualquer outro, evidentemente, pode ensejar o pedido de falência do terceiro formulado pelo administrador judicial, nos termos do art. 94 da Lei nº 11.101, de 2005. Portanto, é necessária ação autônoma para que ocorra a decretação da falência do sócio administrador ou sociedade do grupo econômico da falida atingidos pela desconsideração da personalidade jurídica desta, sendo-lhes franqueada a possibilidade de defesa, nos exatos termos estabelecidos no procedimento ordinariamente adotado para decretação da quebra.

Na correta visão de muitos autores, a chamada *extensão da falência* (ou de seus efeitos) fora da hipótese taxativamente prevista em lei (art. 81 da Lei nº 11.101, de 2005) carece de fundamento legal.

TOLEDO (2009) afirma, com razão, que a “extensão da falência”, da forma como vem sendo aplicada pelos Tribunais, acarreta o descumprimento das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal). O autor destaca que, além de a legislação falimentar prever um procedimento específico circunstanciado para a decretação da quebra, o art. 81 da Lei nº 11.101, de 2005, estabelece a necessidade de prévia citação do sócio de responsabilidade ilimitada para responder ao pedido de falência. Adicionalmente, chama atenção para a limitação dos sujeitos que podem ser submetidos à falência: o empresário e a sociedade empresária, qualidade nem sempre ostentada pelos sócios.²⁹⁷

Opinião semelhante possui COELHO (2009), para quem, além de a extensão da falência representar a violação das garantias constitucionais anteriormente mencionadas, podendo acarretar a falência de pessoa que não esteja insolvente, o objetivo de responsabilização patrimonial almejado pela extensão poderia ser obtido por meio das medidas a que se refere o art. 82 da Lei nº 11.101, de 2005.²⁹⁸

²⁹⁷ TOLEDO, P.F.C.S. Extensão da falência a sócios ou controladores de sociedades falidas. *Revista do Advogado*. Ano XXIX, nº 105, set. 2009, p. 157-158.

²⁹⁸ O autor é extremamente crítico à jurisprudência que admite a extensão da falência: “Cria-se, desse modo, uma insuperável inconsistência com todo o sistema jurídico da execução concursal, ao submeter a ela, de um lado sujeito solventes (ou, pelo menos, cuja insolvência não foi objeto de conhecimento judicial pela forma legalmente prevista) e, de outro lado, decretando a falência de quem não pode estar minimamente sujeito a ela (por lhe faltar a condição de empresário individual ou sociedade empresária. [...] O açoitamento na busca da responsabilização de terceiros pelas obrigações do falido é causa de inomináveis injustiças que se podem evitar com a simples obediência à lei e aos princípios constitucionais que ela respeita”. COELHO, F.U. Impacto da extensão da falência a outras pessoas. *Gazeta Mercantil*. Ed. de 6-7 fev. 2009. *Apud* MILANI, M.S. A lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 322-323.

LOBO (2012), arrimando-se no art. 123, argumenta que a Lei nº 11.101, de 2005, editada após a consolidação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre extensão dos efeitos da falência sob a égide do Decreto-lei nº 7.661, de 1945, teria rejeitado, “categoricamente”, a possibilidade de extensão de efeitos da falência de uma sociedade a outra, o que, segundo ele, “leva à conclusão de tratar-se de uma explícita rejeição do legislador pátrio ao instituto e não de uma lacuna legislativa, pois a insolvência (ainda que presumida) representa a única causa de quebra, à exceção do art. 81 da LRFE [Lei de Recuperação e Falências de Empresas]”.²⁹⁹

De fato, o art. 123, *caput*, da legislação falimentar estabelece que, se o falido fizer parte de outra sociedade como sócio comanditário ou cotista, somente seus haveres entrarão para a massa falida. É evidente que o dispositivo leva em consideração a impossibilidade de cessão das cotas à massa quando se tratar de *sociedade de pessoas*, mas não há dúvida de que a ideia de absoluta separação entre as esferas do sócio e da pessoa jurídica no âmbito da legislação de insolvência e, conseqüentemente, da impossibilidade de extensão é reforçada por tal previsão.

CAMPINHO (2015), que também é categórico ao sustentar que a falência do sócio não pode acarretar a da sociedade da qual participa (nem mesmo daquelas na qual o sócio responde solidária e ilimitadamente), ainda afirma que o art. 123 foi acidentalmente omissivo ao mencionar apenas os sócios comanditários ou cotistas, ressaltando que o comando da norma deve atingir todos os tipos de sócios de sociedades empresárias, exceção feita às sociedades por ações, nas quais não há apuração de haveres, sendo as ações, então, arrecadadas pelo juízo universal. Conforme corretamente observa esse autor, a falência do sócio enseja apenas a resolução da sociedade em relação a este, que é excluído da sociedade de pleno direito, consoante art. 1.030 do Código Civil, procedendo-se à liquidação de sua cota. Poderá ser dissolvida, se houver previsão no contrato social a respeito, se não for reconstituída a pluralidade de sócios³⁰⁰ ou, acrescentando-se, caso não sobrevenha transformação em empresa individual de responsabilidade limitada.

RICUPERO (2012) afirma que a falência de sociedade não atinge o sócio de sociedade limitada ou o controlador de sociedade anônima, mas admite que poderia haver a

²⁹⁹ LOBO, J. Extensão da falência por abuso de controle. In: TOLEDO, P.F.C.S.; SATIRO, F. (Coords.). *Direito das empresas em crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2001, p. 167-168. Este autor também considera que a desconsideração da personalidade jurídica pode acarretar apenas a responsabilidade do controlador, jamais a extensão de efeitos da falência (Ibid, p. 171).

³⁰⁰ CAMPINHO, S. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 223-224.

extensão de efeitos meramente patrimoniais.³⁰¹ Essa é, ademais, a opinião de AGUIAR JÚNIOR (2012), para quem a desconsideração da personalidade jurídica, embora admitida na falência, não acarreta a falência dos terceiros afetados, os quais “apenas sofrem os efeitos da execução das dívidas sobre o seu patrimônio” (destaque original).³⁰² BEZERRA FILHO (2017) caminha na mesma senda, acrescentando que “a aplicação da teoria da desconsideração não seria hábil a determinar a falência de qualquer sócios, mesmo que possa redundar na arrecadação de todos os seus bens particulares”.³⁰³

Reitere-se, por oportuno, que, no presente estudo, a “extensão de efeitos da falência” é entendida como equiparação à situação da sociedade falida. Primeiro, porque, como já esclarecido, há filiação à corrente que vislumbra no art. 81 da Lei nº 11.101, de 2005, a única hipótese legal “extensão” (com a necessária ressalva ao uso dessa terminologia). Segundo, porque essa segmentação entre efeitos da falência que seriam e que não seriam “extensíveis” a terceiros induz a falsa ideia de que a quebra seria de fato “extensível” pela via da desconsideração, quando, na verdade, os efeitos patrimoniais sofridos pelo terceiro afetado pela desconsideração da sociedade falida decorrem exclusivamente desta, não da “extensão de efeitos da falência”.

Nesse ponto, merece destaque a lição de SACRAMONE (2015):

Ao contrário da extensão aos sócios ilimitadamente responsáveis, portanto, não há decretação da falência dos sócios ou administradores [de responsabilidade limitada] que abusaram da personalidade jurídica ou a extensão dos efeitos da falência a esses, mas apenas a responsabilidade pelas obrigações sociais. Não há hipótese de insolvência da pessoa jurídica e, desde que demonstrado o abuso, os bens particulares dos sócios podem ser constrictos para a satisfação das obrigações sociais. Referidos sócios e administradores, entretanto, não são, pela desconsideração da personalidade jurídica apenas, decretados falidos.

Por não serem considerados falidos, a desconsideração permite a constrição de seus bens no processo falimentar para a satisfação dos credores sociais, mas não ocorre o vencimento antecipado de suas obrigações particulares, não ficam os sócios inabilitados até a sentença que extingue as suas obrigações para exercer qualquer atividade empresarial, não perdem o direito de administrar os seus bens ou deles dispor, embora sua conduta possa ser considerada como fraude à

³⁰¹ RICUPERO, R. A falência da sociedade não atinge o sócio da sociedade limitada ou controlador da sociedade anônima. In BRUSCHI, G.G.; COUTO, M.B.; et al. *Direito processual empresarial: estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 828-839.

³⁰² AGUIAR JÚNIOR, R.R. A desconsideração da pessoa jurídica e a falência. In: ESTEVEZ, A.F.; JOBIM, M.F. (Orgs.). *Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 568-569.

³⁰³ BEZERRA FILHO, M.J. *Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo*. 13ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 254. Anote-se, contudo, que referido autor endossa diversas orientações traçadas pelo Superior Tribunal de Justiça no caso Petroforte: BEZERRA FILHO, M.J. Extensão dos efeitos da falência. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. Ano 101, nº 915, p. 450-452, jan. 2012.

execução, não precisam comunicar ao juiz sua ausência do lugar em que se processa a falência, não perdem a legitimidade *ad causam*, dentre outros efeitos diretamente relacionados apenas à pessoa do falido.³⁰⁴

Deve-se ressaltar, ademais, que o juízo no qual se processa a falência da sociedade não necessariamente será competente para o processamento e julgamento da falência do terceiro afetado pela desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do art. 3º da Lei nº 11.101, de 2005. Logo, este é mais um fator que poderia ensejar violação das garantias processuais inerentes à decretação automática da falência pela inobservância da exigência de pedido autônomo.

De outro lado, bastante em linha com a posição do Superior Tribunal de Justiça, AQUINO (2005) entende que, em condições restritas e excepcionais, é possível a extensão de efeitos da falência aos sócios (exemplificativamente, quando duas ou mais sociedades, “na prática, constituem uma só, dada a promiscuidade dos negócios, com a intenção de prejudicar credores”, porque se trataria “de um só patrimônio e controle”).³⁰⁵

O estudo que atualmente mais se destaca na tentativa de delinear critérios para a extensão de efeitos da falência é aquele empreendido por DINIZ (2016),³⁰⁶ tanto pela amplitude e qualidade da pesquisa realizada quanto pela profundidade do raciocínio desenvolvido.

Partindo de uma ideia de incompletude do sistema de direito falimentar brasileiro quanto ao fenômeno da concentração econômica em geral e dos grupos econômicos em particular e destacando a omissão em relação a problemas econômicos mais complexos do que aqueles verificados em unidades empresariais isoladas,³⁰⁷ esse autor realiza uma discussão abrangente com base em vários sistemas estrangeiros – merecendo destaque o estudo da experiência americana como inspiração para algumas das soluções propostas –,³⁰⁸ bem como na evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em julgados de Tribunais Estaduais e até mesmo em sua repercussão na 1ª Instância. Depois de ter examinado a estrutura das regras sobre grupos societários e as

³⁰⁴ SACRAMONE, M.B. A extensão da falência e a desconsideração da personalidade jurídica. In LUCCHA, N.; VASCONCELOS, M.P. (Coords.). *Falência, insolvência e recuperação de empresas: estudos luso-brasileiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 216-217.

³⁰⁵ AQUINO, D.C. Dos efeitos da decretação da falência em relação aos bens e pessoas do devedor e administradores. In: PAIVA, L.F.V. (Coord.) *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 391 e 411.

³⁰⁶ DINIZ, G.S. *Grupos societários: da formação à falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

³⁰⁷ O estudo envolve madura e percuciente análise dos interesses econômicos na realidade dos grupos econômicos, tanto na perspectiva dos credores quanto dos sócios, controladores e minoritários, das sociedades grupadas.

³⁰⁸ Mencionando a importância para o estudo das teorias “piercing the corporate veil” e “substantive consolidation”: Ibid, p. 134.

disposições contidas na legislação falimentar, passa a desenvolver raciocínio teleológico segundo o qual a ideia de extensão subjetiva da falência poderia ser construída a partir do próprio art. 82 da Lei nº 11.101, de 2005, que não se limitaria, como sustentado anteriormente no presente estudo, a hipóteses de recomposição da massa.³⁰⁹

Na verdade, o autor considera o art. 82 da Lei nº 11.101, de 2005, como exemplo de *ampliação* dos responsáveis pelo pagamento dos débitos da falida, nele incluindo a desconsideração da personalidade jurídica.³¹⁰

A concepção do jurista sobre o tema pode ser classificada entre as mais abrangentes, o que fica claro a partir do seguinte excerto:

O artigo 82 da LREF emoldura regra para atribuição de responsabilidade para imputação aos sócios e administradores, pessoas distintas do falido e permitindo a concretização da tutela geral do crédito por meio de regras de ampliação dos responsáveis pelo pagamento. O dispositivo não é exclusivo para desconsideração da personalidade jurídica nem ilimitação da responsabilidade de sócio. Antes disso, é regra que faz o sistema de direito positivo se movimentar para encontrar fundamento de responsabilidade e, em matéria de grupos, revela-se como a salvaguarda *atualmente* disponível para a tutela falimentar do crédito, seja para responsabilidade geral, seja para ampliação subjetiva da falência, seja ainda por desconsideração episódica da personalidade jurídica (destaque original).³¹¹

Por outro lado, DINIZ (2016) acolhe a tese de antinomia entre desconsideração e falência de SALOMÃO FILHO discutida anteriormente, entendendo que a desconsideração *episódica* da personalidade jurídica permitiria a continuação da empresa, caso em que a sociedade controladora solvente seria responsável apenas pela recomposição de valores derivados da causa abusiva de exercício do poder de controle. Por seu turno, a falência [por “extensão”], deveria ser decretada caso, adicionalmente, fosse constatada a

³⁰⁹ Nas palavras do autor: “Não é demasiado afirmar que há uma teleologia imanente ao art. 82 da LREF, que não foi expressamente pronunciada, mas que permite conectar a responsabilidade nele contida com a extensão subjetiva dos efeitos da falência para as pessoas (sócios, controladores ou administradores) que tenham, com seus atos, causado a ruína dos ativos patrimoniais da falida. Em outros termos, a *responsabilidade* prevista no texto da lei pode ter seu conteúdo restringido teleologicamente para estender seus efeitos falimentares às pessoas que realizaram ilegalidade prejudiciais ao crédito. Se há os deveres de capitalização adequada para os riscos, atuação no interesse da empresa, não desvio de patrimônio, o descumprimento dessas regras move o sistema não somente para a simples reparação de danos, mas também para uma possível falência de quem *provocou* a insolvência nas unidades do grupo e que não tenha ativos para suportar os riscos gerados na sobreorganização. [...] Se a legislação de grupos não tem previsão expressa de solidariedade – ressalvadas as hipóteses excepcionais [...] – a conjugação dos deveres societários à legislação falimentar permite essa extensão de efeitos da falência...” (DINIZ. G.S. *Grupos societários*: da formação à falência. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 125, destaques originais). Veja-se também: Ibid, p. 133.

³¹⁰ Ibid, p. 124.

³¹¹ Ibid, p. 123.

insolvência da controladora, implicando a perda da administração dos bens da falida com liquidação do patrimônio de controladora e controlada para pagamento do débito de ambas.³¹² E, para conciliar essa escolha com a possibilidade de “extensão de efeitos da falência” defendida, o autor questiona a orientação majoritária da jurisprudência³¹³ (a qual fundamenta a “extensão” na desconsideração), afirmando que não seria a opção mais adequada, porque, na prática, sem apego à técnica, o Brasil estaria, na verdade, realizando uma consolidação substancial de ativos (isto é, a *substantive consolidation*),³¹⁴ porém, sem apresentação de uma solução para o problema da mistura dos credores entre as unidades do grupo e da subversão da ordem de preferências. Na visão do autor, isso daria vazão à regra prevista no art. 126 da Lei nº 11.101, de 2005, “como efeito do reconhecimento da falência de várias unidades de grupo”.³¹⁵

A conclusão de DINIZ é de que os fundamentos que autorizariam a extensão da falência envolveriam a conjugação de regras do direito societário – especialmente relacionadas ao uso incorreto do controle –³¹⁶ com o art. 82 da Lei nº 11.101, de 2005.³¹⁷

No item 18 (“Critérios para extensão de efeitos”) do Capítulo IV (“Extensão de efeitos da falência para sociedade controladora”), DINIZ inicia afirmando:

A aleatória fixação de efeitos pelas decisões de desconsideração da personalidade jurídica deve ser especificada por hipóteses de preenchimento da regra do art. 82 da LREF [...], com necessidade de investigação da causa da insolvência.³¹⁸

Na sequência, passa à especificação dos fundamentos societários³¹⁹ e à “causa gerada pela sociedade controladora, que pode ser classificada pela atuação (a) em conflito

³¹² DINIZ. G.S. *Grupos societários: da formação à falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 171 e 208-209.

³¹³ *Ibid*, p. 133, 189.

³¹⁴ *Ibid*, p. 209 e 259. Nesta última página, o autor afirma: “A antinomia entre a desconsideração da personalidade jurídica e a falência não impediu que fosse essa a solução jurídica para falência de grupos no Brasil. Em verdade, construímos a nossa opção de consolidação substancial”.

³¹⁵ *Ibid*, p. 208-209.

³¹⁶ *Ibid*, p. 259.

³¹⁷ A propósito, confira-se a seguinte afirmação inicial de caráter geral feita pelo autor: “Se a legislação de grupos não tem a previsão expressa de solidariedade – ressalvadas as hipóteses excepcionais [...] – a conjugação dos deveres societários à legislação falimentar permite essa extensão de efeitos da falência, com os limites que serão analisados nos capítulos seguintes” (*Ibid*, p. 125).

³¹⁸ *Ibid*, p. 196.

³¹⁹ “O primeiro fundamento é a juridicização do controle [...], acompanhado por abuso no exercício do poder [...], além de fatores de subcapitalização, confusão patrimonial e direção unitária do grupo exercida deslealmente [...] em prejuízo dos credores da sociedade controlada, que podem ser genericamente estabelecidos como critérios de justificação da extensão da falência à sociedade controladora. Utiliza-se o fundamento de reparação e imputação por falhas na condução da sociedade controlada” (DINIZ. G.S. *Grupos societários: da formação à falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 196).

de interesse, (b) com abuso do poder de controle e (c) com responsabilidade pela direção unitária”.³²⁰

Tal abordagem poderia ser entendida como uma tentativa de aproximação entre os critérios para extensão da falência e a desconsideração. Porém, DINIZ deixou claro que a desconsideração poderia ser declarada de forma episódica para tão somente permitir a integração de bens das sociedades afetadas pela decisão à massa da sociedade falida. A falência somente poderia ser estendida se constatada a insolvência das primeiras.³²¹

Deve-se anotar, ainda, que o autor também afirma que “o controle é coadjuvante [especificamente] na extensão da falência da controladora para a controlada, porque o que se avalia é a mobilidade de capital, justificativa da consolidação de ativos”.³²² Demais disso, suas colocações partem da premissa de que existe o dever do controlador de requerer a autofalência,³²³ o que, embora nem sempre seja observado na prática,³²⁴ teoricamente, pode ter influência significativa no destino das controladas de uma controladora insolvente.

Para lidar com as distorções criadas a partir da consolidação substancial para os credores que dimensionaram seus riscos com base em unidades isoladas,³²⁵ o autor sugere a aplicação analógica do art. 127 da Lei nº 11.101, de 2005, que permite ao credor de coobrigados solidários concorrer, em cada uma das massas, pela totalidade de seus créditos, comunicando ao juízo quando houver o recebimento de uma delas. Nesse caso, a correção de eventual desproporção seria balanceada pelo direito de regresso do § 2º de referido dispositivo.³²⁶

Essa solução, entretanto, afigura-se incompatível com a ideia de consolidação substancial, a qual pressupõe a criação de uma única massa falida objetiva, composta pelos bens do ativo de todas as sociedades falidas e, simetricamente, uma única massa falida subjetiva, integrada pela totalidade dos credores dessas mesmas sociedades. Convém

³²⁰ DINIZ, G.S. *Grupos societários: da formação à falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 196-197.

³²¹ *Ibid*, p. 258.

³²² *Ibid*, p. 260.

³²³ *Ibid*, p. 126-131.

³²⁴ Confira-se, a propósito, o interessantíssimo estudo de SILVA (2009) sobre o assunto, no qual observa que o titular de empresa ineficiente não tem interesse em requerer a autofalência, tendendo a barganhar com os credores com o objetivo de transferir parte do risco da continuação do negócio a estes, notadamente em função da falta de sanção caso não a pleiteie: SILVA, F.C.N.M. *Incentivos à decisão de recuperação da empresa em crise: análise à luz da teoria dos jogos*. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 65-67 e 87-88.

³²⁵ O jurista também está bastante consciente de que a extensão da falência pode implicar subversão material da ordem de preferências prevista na lei e criar um regime diferenciado de preferências entre os credores das sociedades grupadas (DINIZ, G.S. *Grupos societários: da formação à falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 193-196).

³²⁶ *Ibid*, p. 208-211.

relembrar que um dos pressupostos para a *substantive consolidation* nos Estados Unidos é a confusão inextrincável de ativos e passivos ou a constatação de que os custos da separação não se justificam.

Demais disso, a regra do art. 127 em nada se relaciona com a consolidação. Trata-se de norma aplicável a falências que tanto podem correr separadamente, em juízos diferentes (aliás, esta tende a ser a hipótese mais comum), ou estarem processualmente reunidas por conexão, em um mesmo juízo que deve, evidentemente, ser competente para o conhecimento de ambas as causas, hipótese em que sealaria apenas em “consolidação processual”. Contudo, não haveria reunião de massas.

É importante ressaltar que o objeto da discussão aqui é a consolidação em caso de extensão da falência que não tenha sido precedida por pedido de recuperação conjunto por várias sociedades de um mesmo grupo, pois, neste caso, é possível sustentar que tanto a rejeição do plano quanto seu descumprimento no prazo da recuperação acarretaria a falência de todas as requerentes e, a depender do conteúdo do plano aprovado e das condições da recuperação, poderia haver a consolidação material.³²⁷⁻³²⁸

Também não se inclui nesse tópico a discussão sobre eventual consolidação processual e material de falências originariamente autônomas, mas que tramitem no mesmo Juízo e envolvam confusão inextrincável de ativos e passivos, hipótese que será especificamente examinada mais adiante.

A obra de DINIZ (2016)³²⁹ busca uma coerência sistemática para a extensão de efeitos da falência entre sociedades de um mesmo grupo, principalmente sob a perspectiva do direito material. Por conseguinte, não há aprofundamento em aspectos processuais. Não se detalham as características do devido processo legal para a apuração dos pressupostos

³²⁷ O litisconsórcio ativo facultativo em pedido de recuperação judicial de empresas de um mesmo grupo vem sendo bem aceito pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (CALÇAS, M.Q.P. Reflexões sobre o litisconsórcio ativo entre empresas componentes de grupo econômico na recuperação judicial. *In*: YARSHELL, F.L.; PEREIRA, G.S.J. (Coords.) *Processo societário II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 476-483; DEZEM, R.M.M.M. *A extensão da competência do juízo da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 227-228).

³²⁸ CERZETTI (2015) possui artigo tratando da consolidação na recuperação judicial dos grupos societários no Brasil (todavia, não se debruça sobre o problema na falência), estabelecendo a distinção entre “consolidação substancial obrigatória” – a qual decorreria da disfunção societária no grupo, pressupondo o abuso da personalidade jurídica e o desrespeito à autonomia patrimonial e jurídica das sociedades por desvio de finalidade ou confusão patrimonial – e a “consolidação substancial voluntária” – advinda da deliberação dos credores que acatam proposta formulada pelas recuperandas (CERZETTI, S.C.N. Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal. *In*: YARSHELL, F.L.; PEREIRA, G.S.J. (Coords.) *Processo societário II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 785).

³²⁹ DINIZ, G.S. *Grupos societários: da formação à falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

que autorizariam a extensão dos efeitos da falência. Porém, trata-se do resultado da delimitação daquela pesquisa.

Na linha do que se postula no presente estudo, a falência de terceiros, sejam sócios ou administradores da sociedade falida, somente poderá ser decretada se observado o procedimento especificamente disciplinado na legislação falimentar para tanto, sob pena de violação das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, em harmonia com o pensamento de diversos autores anteriormente citados.

Em síntese conclusiva sobre a relação entre desconconsideração da personalidade jurídica e “extensão de efeitos da falência”, considera-se que, embora a primeira seja admissível no processo de falência, desde que atendidos os pressupostos estabelecidos no art. 50 do Código Civil e observado o procedimento legalmente previsto (arts. 133 e seguintes do Código de Processo Civil), seus efeitos são limitados à formação de título judicial condenatório contra os terceiros afetados pela desconconsideração e, portanto, não autorizam, por si, a “extensão da falência” ou dos efeitos desta, de forma abrangente, a referidos terceiros.

A declaração de falência não prescinde da observância do procedimento previsto nos arts. 94 e seguintes ou no art. 105 da Lei nº 11.101, de 2005. Exige-se, portanto, que o terceiro seja especificamente citado para responder ao pedido de falência, tendo à sua disposição todos os meios de defesa admitidos na ação falimentar. Caso contrário, restará caracterizada violação das garantias positivadas nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal.

Não obstante, é evidente que o título judicial obtido contra o terceiro a partir da desconconsideração pode servir de base para o pedido de falência deste (art. 94, inciso II, da Lei nº 11.101, de 2005).

4.2.4.2 A “extensão da falência” e a preservação da empresa do terceiro afetado pela desconconsideração

A exigência do devido processo legal para a decretação da falência do terceiro afetado pela desconconsideração da personalidade jurídica não é uma garantia apenas para o terceiro-devedor. Deve-se levar em consideração que referido terceiro pode ser uma sociedade empresária ou empresário individual que exerça atividade econômica lucrativa, contribuindo para a promoção do desenvolvimento social.

É evidente, portanto, que a falência automática dessas pessoas, exclusivamente com base nos pressupostos que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica, não se revela socialmente desejável, especialmente, se tais pessoas tiverem patrimônio (ou mesmo crédito suficiente) para satisfazer a obrigação decorrente da desconsideração e continuarem o exercício da empresa à qual se dedicam.

Logo, a estrita aderência ao procedimento previsto na lei falimentar para a decretação da quebra também funciona como garantia para outras pessoas que mantêm relações jurídicas com o terceiro afetado pela desconsideração e possuem interesse na manutenção da fonte produtora de riquezas.

Tal exigência está em linha com o princípio da preservação da empresa e, na verdade, impõe-se em função dele.

Relembre-se, a propósito, que a limitação da responsabilidade não se revela importante apenas como uma forma de limitação do risco dos sócios (quer se trate do controlador ou de meros investidores), mas também como um relevantíssimo instrumento de proteção dos credores particulares destes sócios.³³⁰ O princípio da preservação da empresa economicamente viável dá um passo adiante nessa escala de valores, reconhecendo a importância da atividade empresarial para além da pessoa de seu titular.

A propósito, LOBO (2012), para quem a extensão da falência ou de seus efeitos à sociedade integrante de grupo econômico em dia com suas obrigações é ilícita por falta de amparo legal, reforça sua posição afirmando justamente que o princípio da preservação da empresa econômica e financeiramente viável é uma “cláusula pétrea do Direito Concursal”.³³¹

Não obstante existam nuances a serem consideradas em torno do ideal de preservação da empresa, da função social desta e das próprias finalidades da legislação sobre insolvência, há dados empíricos sobre a falência, que, embora escassos, não podem ser ignorados.

Estudo de WHITE (1997), tendo por base empresas norte-americanas que ingressaram com pedido de falência e recuperação entre 1983 e 1984, sugere que a

³³⁰ VIO, D.A. *Grupos societários: ensaios sobre os grupos de subordinação, de direito e de fato, no direito societário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 88.

³³¹ Esse autor também não admite a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sob pena de malferimento do art. 50 do Código Civil (LOBO, J. Extensão da falência por abuso de controle. In: TOLEDO, P.F.C.S.; SATIRO, F. (Coords.). *Direito das empresas em crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 172).

recuperação de ativos por meio da falência tende a ter resultados inferiores em comparação aos casos de recuperação.³³²

No Brasil, JUPETIPE *et al.* (2017),³³³ arrimando-se em dados coletados no ano de 2013 a partir de diversos processos de insolvência que tramitaram nas comarcas de São Paulo, Belo Horizonte e Contagem, apuraram que, em média, na falência, os custos diretos representaram 35% do ativo final da falida e, de modo geral, ao longo do processo, os ativos perderam 47% de seu valor, sendo a taxa de recuperação total dos credores de 12%. Além disso, os processos de falência tiveram uma duração média de nove anos. No caso da recuperação, os custos diretos foram de 26% do ativo inicial da recuperanda, a taxa de recuperação dos credores foi de 25% e a duração média, de quatro anos.

Essa pesquisa também comparou os dados obtidos no país com estudos semelhantes de autores norte-americanos envolvendo o cálculo dos custos da falência e da recuperação. Entre estes, o único que teria apresentado comparativos específicos envolvendo custos diretos sobre o ativo final, variação do ativo e taxa de recuperação dos credores seria o de BRIS, WELCH e ZHU (2006), com os seguintes resultados médios: (1) custos diretos sobre o ativo final: (1.1) recuperação: 9,40%; (1.2) falência: 80,40%; (2) variação do ativo: (2.1) recuperação: de -31% a +191%; (2.2) falência: de -64% a -84%; (3) taxa de recuperação dos credores: (3.1) recuperação 69,00%; (3.2) falência: 5,40%.³³⁴

Finalmente, estudo do Banco Mundial (2013), que não fez diferenciação entre os resultados da recuperação e da falência, apontou que, no Brasil, os processos de insolvência, em geral, levavam, em média, quatro anos, custavam 12% dos ativos e apresentavam uma taxa de recuperação de 15,9 centavos para cada dólar. O relatório ainda destacou que o resultado mais provável seria a venda da empresa *as a going concern* e colocou o Brasil como 143º colocado num *ranking* de 185 países sobre a facilidade de resolver a insolvência, tendo ficado significativamente atrás, por exemplo, de países em

³³² WHITE, M. The corporate bankruptcy decision. In: POSNER, R.; PARISI, F. *Law and economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 1997, v. III, p. 350-351, 360-361. Apud SILVA, F.C.N.M. *Incentivos à decisão de recuperação da empresa em crise: análise à luz da teoria dos jogos*. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 27, nota de rodapé 77.

³³³ JUPETIPE, F.K.N. *et al.* Custos de falência no Brasil comparativamente aos estudos norte-americanos. *Revista Direito GV*, vol. 13, nº 1, São Paulo, p. 20-48, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201702>>. Acesso em: 25 out. 2017.

³³⁴ BRIS, A; WELCH, I.; ZHU, N. The cost of bankruptcy: Chapter 7 Liquidation vs. Chapter 11 Reorganization. *The Journal of Finance*. V. 61, nº 3, p. 1.253-1.303, 2006. Apud JUPETIPE, F.K.N. *et al.* Custos de falência no Brasil comparativamente aos estudos norte-americanos. *Revista Direito GV*, vol. 13, nº 1, São Paulo, jan./abr. 2017, p. 26-28. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201702>>. Acesso em: 25 out. 2017.

desenvolvimento como a Índia (116°), a média latino-americana (103°), Chile (98°), China (82°) e Colômbia (21°).³³⁵

Os dados atualizados, com base nos resultados de 2017, que levam em consideração especificamente o ambiente de São Paulo e Rio de Janeiro, são semelhantes, com uma piora na taxa de recuperação de créditos (tempo médio: quatro anos; custo sobre o ativo: 12%; e taxa de recuperação: 12,7 centavos por dólar) e melhora na colocação no *ranking* global (80ª posição).³³⁶

Não obstante referidos estudos empíricos sejam, como dito, escassos, possam variar significativamente em função do universo e da metodologia de pesquisa e, para serem efetivamente validados em termos mais gerais, dependam de estudos complementares, os dados compilados sugerem uma maior eficiência econômica, com melhores resultados para os credores, nos procedimentos de recuperação em relação aos de falência ou liquidação.

Além disso, a má colocação do Brasil no *ranking* elaborado pelo Banco Mundial reforça uma percepção intuitiva dos profissionais da área de que os procedimentos de insolvência no país, em geral, tendem a apresentar resultados bastante insatisfatórios para os credores.

Portanto, quando a empresa for viável economicamente, a extensão automática da falência com base exclusivamente nos pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica tende a ser extremamente prejudicial para credores (inclusive para aqueles da massa da sociedade desconsiderada), impondo-lhes perdas que, eventualmente, poderiam ser minimizadas se fosse observado o procedimento formalmente estabelecido na lei para decretação da quebra, o qual, a propósito, contempla a possibilidade de pedido de recuperação judicial pelo devedor (art. 96, inciso VII, da Lei nº 11.101, de 2005).

Reforça-se, pois, a conclusão de que a falência somente poderá ser “estendida” a terceiros atingidos pela desconsideração da personalidade jurídica, caso haja ação autônoma com pedido de quebra, até mesmo para assegurar que esses terceiros possam se valer da prerrogativa de requerer a recuperação judicial, se for o caso. Somente assim serão asseguradas as garantidas do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório,

³³⁵ WORLD BANK. *Doing business 2013: smarter regulations for small and medium-size enterprises*. Washington: World Bank Group, 2013 (economy profile: Brazil), p. 100. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/791421468014397984/pdf/NonAsciiFileName0.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

³³⁶ WORLD BANK. *Doing business 2018: reforming to create jobs* (economy profile: Brazil). Disponível em: <<http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/brazil#resolving-insolvency#s%C3%A3o-paulo>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

bem como se dará concretude ao princípio da preservação da empresa, hoje, positivado na legislação brasileira.³³⁷

4.2.4.3 A consolidação de massas falidas

A legislação em vigor não contém regras sobre a *consolidação material* ou *substancial* de massas falidas, assim entendida a hipótese em que os ativos e passivos de dois ou mais devedores são consolidados, de modo a resultar em uma única massa falida objetiva, envolvendo todos os direitos e obrigações em questão, e, conseqüentemente, por imperativo lógico, uma única massa falida subjetiva, composta por todos os credores de todos os devedores falidos.³³⁸

Inexistindo, ademais, norma semelhante àquela anteriormente prevista no art. 128 do Decreto-lei nº 7.661, de 1945, o tratamento de diversas massas em um mesmo processo de falência deve, como visto anteriormente, levar em consideração o regime societário aplicável em função da tipificação societária da falida (que determinará se a obrigação dos sócios e administradores é subsidiária ou solidária), bem como o disposto no art. 127 da Lei nº 11.101, de 2005, em especial na hipótese do art. 81 dessa mesma lei, tendo como resultado ordinariamente esperado o tratamento separado das massas, mesmo se tratando de processo único. Essa é a regra.

Não resta dúvida de que o legislador deveria ter regulado eventual confusão patrimonial inextrincável entre ativos e passivos de duas ou mais massas falidas (ou cujos custos de separação fossem proibitivos), quer se tratasse de sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis ou com responsabilidade limitada, tivesse ou não sido declarada a desconsideração da personalidade jurídica. Lamentavelmente, não o fez.

Relembre-se que solução argentina é bastante interessante no particular. Havendo confusão patrimonial inextrincável, adota-se o regime de consolidação das massas falidas. O tratamento é semelhante e inspirado na *substantive consolidation* praticada nos Estados Unidos. Esta, porém, foi cunhada essencialmente no seio da jurisprudência. Na Argentina, houve positivação pelo legislador.

³³⁷ Caso não sejam empresários, não haverá possibilidade de falência ou recuperação. Será possível, entretanto, o manejo de execução individual ou pedido de declaração de insolvência civil a ser proposto pelo administrador judicial da falência da sociedade cuja personalidade jurídica for desconsiderada.

³³⁸ Relembre-se, contudo, que, na visão de DINIZ (2016), os Tribunais brasileiros estão efetivamente praticando a consolidação com base na desconsideração da personalidade jurídica (Cf. pág. 138 *supra*).

No modelo legal vigente no Brasil, a consequência para a confusão patrimonial é a desconsideração da personalidade jurídica.

Pelo raciocínio desenvolvido no presente estudo, a desconsideração declarada no âmbito da falência não autoriza a quebra automática do terceiro por ela afetado e tampouco o transforma em devedor solidário em relação à obrigação da sociedade falida, porque entende-se que as obrigações são autônomas.

Desse modo, mesmo no caso de confusão patrimonial, será imperiosa a apuração da extensão da responsabilidade do terceiro, a qual não necessariamente será – embora, em tese, possa vir a ser – equivalente à obrigação da sociedade, pois dependerá de considerações sobre o prejuízo sofrido pelo credor e o benefício auferido pelo terceiro.

Se, por um lado, isso aumenta os custos de cobrança para os credores da sociedade, por outro, tende a evitar a externalização de custos aos credores particulares dos terceiros afetados e aos demais sócios destes.

Nessa solução, busca-se de antemão, durante o exame sobre o pedido de desconsideração, a justa medida para a responsabilização do terceiro. Em princípio, portanto, não se onerariam os credores particulares do terceiro e os sócios não afetados pela desconsideração. Além disso, assegurar-se-ia a adequada indenização do credor social.

Nesse contexto teórico, antevê-se a possibilidade de consolidação de massas em uma única hipótese excepcionalíssima, a qual, evidentemente, deverá respeitar o devido processo legal apontado. Quando se verificar confusão patrimonial inextrincável que não permita a separação dos ativos e passivos da sociedade e do terceiro afetado pela desconsideração da personalidade jurídica e este também tiver sido declarado falido após citação para responder especificamente a tal pedido, tendo as ações sido processadas perante o mesmo juízo, por conexão, desde que respeitadas as normas que fixam a competência para apreciação e julgamento de cada um dos pedidos de falência, poder-se-á, em decorrência da especificidade das condições materiais verificadas (de confusão patrimonial inextrincável), decretar-se a consolidação substancial das massas, decisão que, obviamente, ficará sujeita à impugnação pelas partes, notadamente pelos credores que se sentirem prejudicados.

É importante observar, entretanto, que essa hipótese decorre da impossibilidade material absoluta ou da manifesta irracionalidade econômica – a qual, em teoria, não interessaria a nenhum credor – de se proceder à separação dos ativos e passivos dos devedores falidos.

Assim, à falta de previsão específica na legislação ordinária, a decisão que acolhe o pedido de consolidação substancial terá fundamento direto na garantia do direito de propriedade, uma vez que a tentativa de segregação de ativos e passivos acarretaria prejuízos a todos os credores indistintamente, ainda que se pudesse pensar em graus de perdimento, ou seja, que alguns credores experimentassem perdas superiores às de outros. Admite-se a aplicação de princípios gerais de direito, em especial, a já mencionada proteção à propriedade e ao princípio da racionalidade.

Sob a perspectiva da análise econômica do direito, numa tal circunstância, na qual a segregação imporá perdas a todos os credores, a consolidação substancial seria considerada *Pareto eficiente*, porque minimizaria tais prejuízos, ainda que de maneira desigual. Seria, inclusive, admissível que a condição de determinados credores permanecesse inalterada, desde que houvesse ganhos para, pelo menos, um, sem perdas para outros.

Caso o critério de eficiência escolhido fosse de Kaldor-Hicks, alguns credores poderiam até mesmo ficar em situação pior, desde que os ganhos dos demais pudessem, teoricamente, compensar essa piora. Tal solução, entretanto, não é juridicamente admissível sob a perspectiva do direito positivo atual, pois não se vislumbra na legislação falimentar mecanismo de compensação adequado para as perdas decorrentes da consolidação, que sequer encontra previsão específica na lei. Além disso, a criação jurisprudencial de um tal sistema de compensação invariavelmente desafiaria o rateio do resultado da consolidação das massas segundo a ordem prevista no art. 83 da Lei nº 11.101, de 2005.

De qualquer modo, mesmo no caso aqui admitido (eficiência de Pareto), o credor que se sentir prejudicado pela ordem de consolidação deverá demonstrar que, descontados todos os custos envolvidos na segregação dos ativos e passivos, receberia valor superior em rateio se inexistisse consolidação. Do contrário, inexistirá prova de prejuízo.³³⁹

Anote-se, ademais, que a consolidação substancial pode desempenhar papel relevante no cumprimento dos objetivos de preservação da empresa na falência – mais especificamente, da organização produtiva. Basta imaginar situação na qual os bens de uma mesma unidade produtiva são, formalmente, de propriedade de mais de uma pessoa falida em contexto de confusão patrimonial, algo que não é incomum no âmbito de grupos

³³⁹ Sobre os critérios de eficiência Pareto e de Kaldor-Hicks, cf. pág. 46, nota de rodapé nº 106 *supra*.

societários ou de estruturas jurídicas montadas com intuito fraudulento. Nesse caso, a consolidação poderá proporcionar melhores condições de alienação da unidade produtiva isolada ou até mesmo de determinados conjuntos de bens, teoricamente, beneficiando a coletividade dos credores.

Retomando a análise processual, o credor que pretender ajuizar pedido de falência contra sociedade com fundamento em qualquer das hipóteses previstas no art. 94 da Lei nº 11.101, de 2005, poderá cumular, já na inicial, pedido de descon sideração da personalidade jurídica contra o terceiro, fundado na inextrincável confusão patrimonial e, sucessivamente, requerer a falência deste (o que torna imperioso o cuidado em relação às normas sobre competência), com a consolidação material das massas.

O credor que já tiver título judicial contra o terceiro em função de descon sideração obtida em ação ou execução individual poderá, com as mesmas cautelas, cumular pedidos de falência contra a sociedade e o terceiro.

Finalmente, caso o pedido de falência contra a sociedade já tenha sido ajuizado, o administrador judicial – antes ou depois da decretação da quebra – poderá requerer a descon sideração da personalidade jurídica, cumulada com falência do terceiro, com consolidação de massas, por dependência, com fundamento na conexão, desde que o juízo seja competente.

Se os pedidos de falência não puderem ser reunidos, impõe-se o tratamento separado das massas.

4.2.4.4 Extinção das obrigações na falência

Cabem ainda algumas palavras sobre a extinção das obrigações na falência.

Os sócios ilimitadamente responsáveis sempre poderão pleitear a extinção das obrigações na falência, aliás, nos termos da expressa previsão contida no art. 160 da Lei nº 11.101, de 2005.

Nas demais hipóteses admitidas de acordo com o raciocínio aqui desenvolvido, ou seja, se o terceiro, depois de processado pelo administrador judicial da falência da devedora original (ou mesmo individualmente por um credor da massa), para responder especificamente ao pedido de falência, vier a ser declarado falido, obviamente, poderá pleitear a extinção de suas próprias obrigações como tal, que incluirão a obrigação de pagar à massa falida ou ao credor individual da sociedade originalmente falida. Mas não

haverá interesse em pleitear a extinção das obrigações desta, a qual, a propósito, será liquidada e extinta. Trata-se, aliás, de consequência da vinculação à teoria da autonomia das obrigações.

Raciocínio semelhante também é válido para os terceiros responsabilizados na forma do art. 82 da Lei nº 11.101, de 2005, e aqueles afetados apenas pela desconsideração da personalidade jurídica em processo de falência (que não são considerados falidos). Como as obrigações desses terceiros e da sociedade falida são autônomas, em princípio, não haverá interesse e tampouco legitimidade para pleitear a extinção das obrigações da falida, tendo em vista que somente terão sido responsabilizados em função do ato ou da atividade lesiva que ensejou respectiva reparação. Logo, tais terceiros se submetem exclusivamente às modalidades de extinção de obrigações (inclusive prescrição e decadência) aplicáveis às suas respectivas obrigações, não podendo se valer daquelas especialmente previstas no art. 158 da Lei nº 11.101, de 2005.

Entretanto, é conveniente ponderar que, para a corrente que se filia à *teoria dualista da obrigação*, entendendo que o débito dos terceiros é subsidiário em relação ao social, de modo que a desconsideração, equipararia administradores e sócios de responsabilidade limitada a sócios ilimitadamente responsáveis, deve-se, por coerência, reconhecer sua condição de interessados e legitimados a pleitear a extinção das obrigações da falida (mesmo se não houver “extensão da falência”, mas mera responsabilização patrimonial), situação na qual deverão provar o preenchimento de pelo menos um dos pressupostos enumerados no art. 158 anteriormente citado.

4.2.4.5 O ambiente de negócios e o princípio da segurança jurídica

Independentemente da solução que venha a ser efetivamente adotada para o problema da “extensão da falência”, há uma variável fundamental a ser considerada quando se pensa no desenvolvimento econômico-social a partir de um ambiente de negócios que favoreça investimentos e, conseqüentemente, a geração de emprego e renda: a segurança jurídico-institucional.

PINHEIRO (2005) bem caracteriza a relação entre segurança jurídica e as transações econômicas:

Quanto menos segurança jurídica existe, mais arriscadas se tornam as relações sociais e, em especial, as transações econômicas. Isso porque as bases onde estas se calcam ficam mais instáveis; os seus efeitos, mais difíceis de prever; e os seus custos e benefícios, mais complicados de

calcular. Há três reações possíveis a essas incertezas, todas elas implicando sacrifício da eficiência econômica: não realizar as transações que têm alto nível de risco, abrindo-se mão dos ganhos que elas poderiam gerar; realizá-las de outra forma, reduzindo apenas parcialmente o ganho obtido; ou compensar a baixa segurança com o uso mais intenso das instituições jurídicas disponíveis, consumindo mais recursos em atividades-meio.³⁴⁰

De forma semelhante, CALÇAS (2012) pondera, com precisão e lucidez:

A segurança jurídica é o elemento indispensável para regular o funcionamento da economia de qualquer país. Cada empresário faz os cálculos de seus custos e projeções do retorno de investimentos a partir de um pressuposto, o de que as leis em vigor são estritamente aplicáveis, com o significado que emana imediatamente de sua redação. Ele faz esses cálculos no pressuposto de que os contratos serão cumpridos, senão diretamente, pelo contratante, com a certeza de que mediante intervenção firme, pronta e eficiente do Poder Judiciário ele obterá aquilo que pretendia conseguir no contrato firmado [...]. Quando não se instala na economia um ambiente de plena segurança jurídica com previsibilidade necessária das decisões judiciais, os empresários muitas vezes acabam lançando mão de recursos e artifícios econômicos para tentar neutralizar essas incertezas. Adotam, por exemplo, taxas de risco maiores na composição do preço de seus produtos. E o resultado é inexorável: carestia e inflação.³⁴¹

É verdade, por outro lado, que o apego à ideia de segurança jurídica não pode inviabilizar a evolução do direito a partir de interpretações imutáveis que, com o passar dos anos, revelem-se apartadas da realidade e dos anseios da sociedade. Mas, para os agentes econômicos, como visto, a previsibilidade é uma questão de fundamental importância, especialmente, quando se pensa em investimentos que demandam o emprego de capitais expressivos e longo prazo de maturação e de retorno.

No que diz respeito ao tema em discussão, diante do estado atual do regramento previsto em lei, com base na análise aqui realizada, a desconsideração da personalidade jurídica se coloca como importante instrumento de justiça e equidade, o qual, dada sua flexibilidade e amplitude, tem potencial para restabelecer, de forma eficiente, justa e equilibrada, a harmonia nas relações jurídicas eventualmente desestabilizadas pela má utilização da pessoa jurídica, atribuindo-se responsabilidade a quem se beneficiou da prática, observados, evidentemente, os limites da lei. Essa hipótese está absolutamente em

³⁴⁰ PINHEIRO, A.C. Segurança jurídica, crescimento e exportações. *Texto para discussão n° 1125*. Rio de Janeiro: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2005, p. 5. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11058/2700>>. Acesso em: 08 set. 2017.

³⁴¹ CALÇAS, M.Q.P. Segurança jurídica é fator de desenvolvimento. *Revista Diálogos & Debates*. Escola Paulista da Magistratura. São Paulo. Ano 12, n° 3, ed. 45, mar. 2012, p. 11. (entrevista).

linha com a ideia de segurança jurídica e, aliás, reforça este princípio à medida que combate a fraude e o abuso de direito.

Entretanto, admitir que, na singela presença dos pressupostos para a desconsideração, os Tribunais estariam autorizados a criar uma nova hipótese de falência, que não conta com previsão expressa na legislação específica, contraria as justas expectativas que os agentes econômicos e a sociedade em geral poderiam ter sobre o cumprimento da lei, sendo certo que, dentre tais agentes não se incluem apenas a sociedade falida, seus credores e os terceiros afetados pela extensão de efeitos da falência, mas também os credores particulares destes e todos os interessados na manutenção das atividades produtivas eventualmente desenvolvidas por tais terceiros, malferindo-se, portanto, desnecessariamente (é importante ressaltar), a estabilidade das relações jurídico-sociais.

4.3 Síntese do modelo exegético para a “extensão de efeitos da falência”

A partir do contexto e das discussões aqui desenvolvidas, é possível sintetizar um modelo teórico válido para interpretação dos casos envolvendo a chamada “extensão de efeitos da falência”, à luz da legislação em vigor.

4.3.1 A hipótese legal de “extensão da falência”

O direito positivo brasileiro conhece uma única hipótese legal que pode ser entendida como “extensão da falência” ou “de seus efeitos”, que é a falência do sócio ilimitadamente responsável prevista no art. 81 da Lei nº 11.101, de 2005.

Ressalva-se que não se trata propriamente de “extensão”, embora essa ideia esteja, hoje, de certa forma, consagrada na doutrina e na jurisprudência, em boa medida pela marcante influência, ainda viva, do art. 5º do Decreto-lei nº 7.661, de 1945, o qual efetivamente adotava referido conceito.

O art. 81 cuida, na verdade, de falência automática dos sócios ilimitadamente responsáveis, concomitante com a da sociedade da qual participam, que se funda na insolvência presumida daqueles, os quais, sendo pessoalmente obrigados pelos débitos da pessoa jurídica, deixam-na cair em insolvência e, conseqüentemente, presumem-se, da mesma forma, insolventes.

Constitui a única exceção atualmente prevista na lei à regra de que somente empresários ou sociedades empresárias podem falir e decorre da circunstância de sua condição especial de garantidores das obrigações de sociedade empresária insolvente.

4.3.2 A posição da desconsideração da personalidade jurídica

A desconsideração da personalidade jurídica – que não se confunde com os procedimentos para *recomposição* da massa falida objetiva disciplinados nos arts. 82, 129 e 130 da Lei nº 11.101, de 2005, pela falta de identidade entre suas causas, pressupostos, finalidades e efeitos – constitui importante instrumento de combate ao abuso da personalidade jurídica, especialmente por meio de fraude e de confusão patrimonial, e é admissível no âmbito da falência, limitada à hipótese geral definida no art. 50 do Código Civil e desde que efetivamente demonstrados os pressupostos estabelecidos em referido dispositivo.

Isso porque a legitimidade do administrador judicial na falência se restringe à desconsideração apta a beneficiar a generalidade dos credores, uma vez que aquele não pode atuar exclusivamente no interesse de determinadas classes de credores, subvertendo a ordem estabelecida no art. 83 da Lei nº 11.101, de 2005.

Como esclarecido neste estudo, algumas hipóteses de desconsideração estão acessíveis apenas a credores de certas classes, como ocorre, por exemplo, no caso de consumidores e credores trabalhistas, as quais, portanto, somente poderão ser perseguidas em ações e execuções individuais. Não é admissível, por exemplo, que um fornecedor da sociedade falida se beneficie de medida para a qual o legitimado exclusivo é o consumidor desta.

A perseguição da satisfação do crédito desses credores contra os terceiros por meio da desconsideração da pessoa jurídica em execuções individuais desonera, ainda que parcialmente, a sociedade e, conseqüentemente, atua como método útil e eficiente para promover a preservação da empresa, mesmo no caso em que a falência já tenha sido decretada, porque, em tese, pode proporcionar melhores condições para a alienação conjunta dos bens necessários à atividade empresarial, além de reduzir o passivo da massa falida, eventualmente, viabilizando o pagamento de credores sociais que, de outro modo, nada receberiam.

Os efeitos da desconsideração no âmbito da falência, entretanto, limitam-se à formação de título judicial condenatório contra os terceiros afetados pela desconsideração

(sejam eles sócios, administradores, ou outras sociedades integrantes do mesmo grupo econômico da falida).

Seu objeto constitui obrigação autônoma dos terceiros em relação à dívida da sociedade, cuja definição dos limites depende, sempre que possível, da verificação do prejuízo sofrido pelos credores e dos benefícios auferidos por cada um dos terceiros contra os quais se opera a desconsideração, não havendo, pois, relação de subsidiariedade ou solidariedade passiva entre a sociedade e os terceiros.

Quanto a estes terceiros, reciprocamente considerados, se demonstrada a coautoria no abuso da personalidade jurídica, haverá solidariedade apenas entre os coautores, por força das disposições contidas no art. 942, *in fine*, do Código Civil.³⁴²

4.3.3 A quebra de terceiros relacionados à sociedade originalmente falida

A falência desses terceiros não é consequência automática da desconsideração da personalidade jurídica. Depende de pedido específico de quebra contra eles dirigido, ou seja, de ação autônoma, com prévia citação para resposta, além da demonstração do preenchimento dos pressupostos objetivos, subjetivos e formais estabelecidos na legislação falimentar, em especial, o enquadramento em uma das hipóteses do art. 94 (ou no art. 105) da Lei nº 11.101, de 2005.

Tal pedido, evidentemente, pode ser formalizado pelo administrador judicial da falência da sociedade tendo por base título judicial condenatório – obtido a partir dos remédios previstos nos arts. 82, 129 e 130 da Lei nº 11.101, de 2005, ou da desconsideração da personalidade jurídica – não pago e não garantido por depósito ou penhora, conforme inciso II do mencionado art. 94.

Referida exigência decorre das garantias positivadas nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal e ainda se harmoniza com o ideal de preservação da empresa instituído no âmbito da legislação falimentar, haja vista que a falência somente será decretada mediante a observância do devido processo legal para a verificação da insolvência empresarial, o que não ocorreria caso se admitisse a quebra por extensão, pela simples verificação dos pressupostos autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica.

³⁴² Relembre-se a reflexão das págs. 122-124 *supra*.

Em qualquer caso no qual se pretenda, no âmbito de processo de falência contra sociedade empresária, a responsabilização de terceiros, seja por meio das ações especificamente disciplinadas na legislação falimentar ou pela via da desconsideração da personalidade jurídica, é possível a utilização de tutelas de urgência, tendo por objeto o arresto e a indisponibilidade de bens de modo a evitar a dilapidação, pelos terceiros, de seu patrimônio pessoal.

4.3.4 O tratamento das diversas massas falidas

A legislação em vigor não contém regras sobre a consolidação material de massas falidas, assim entendida a hipótese em que os ativos e passivos de vários devedores são consolidados de modo a resultar em uma única massa falida objetiva envolvendo todos os direitos e obrigações em questão, além de uma única massa falida subjetiva, composta por todos os credores de todos os devedores. Não havendo na legislação falimentar atual norma semelhante àquela anteriormente prevista no art. 128 do Decreto-lei nº 7.661, de 1945, o tratamento de diversas massas em um mesmo processo de falência deve levar em consideração o regime societário aplicável em função da tipificação da sociedade falida, que determinará se a obrigação dos sócios e administradores é subsidiária ou solidária, bem como o disposto no art. 127 da Lei nº 11.101, de 2005, em especial na hipótese do art. 81 dessa mesma lei, tendo como resultado ordinariamente esperado o tratamento separado de referidas massas mesmo em se tratando de um único processo.

Excepcionalmente, quando se verificar confusão patrimonial inextrincável que não permita a separação dos ativos e passivos da sociedade e daquele afetado pela desconsideração da personalidade jurídica (ou que tal separação se mostre economicamente irracional), e referido terceiro também tiver sido declarado falido após regular citação para responder a tal pedido específico (tenha este sido objeto de cumulação com o requerimento de falência da sociedade ou sido formalizado posteriormente), desde que as ações possam correr perante o mesmo juízo, respeitadas, portanto, as normas que fixam a competência para apreciação e julgamento de cada um dos pedidos de quebra, poder-se-á, em decorrência da especificidade das condições materiais verificadas (de confusão patrimonial inextrincável), decretar-se a consolidação substancial das massas, decisão que, obviamente, ficará sujeita à impugnação pelas partes, notadamente pelos credores que se sentirem prejudicados.

4.3.5 A extinção das obrigações na falência

Sócios ilimitadamente responsáveis estarão sempre legitimados a pleitear a extinção das obrigações na falência, nos termos do art. 160 da Lei nº 11.101, de 2005. Outros terceiros aos quais a falência tenha sido eventualmente “estendida” nos estritos termos aqui admitidos somente poderão pleitear a extinção das obrigações inseridas no âmbito da própria quebra, tendo em vista a filiação deste estudo à *teoria das obrigações autônomas*.³⁴³

4.4 A necessária evolução legislativa

A despeito do modelo acima proposto, que, como dito, leva em consideração a legislação atual, o tema em estudo poderia constituir objeto de novos esforços legislativos.

No Brasil, como visto, pela falta de previsões legais específicas adequadas, os exemplos de inovação jurisprudencial sobre a “extensão de efeitos da falência”, com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, têm acarretado significativa insegurança jurídica, deletéria para o ambiente negócios. Pela própria dinâmica da evolução do entendimento dos Tribunais, que ficam atados às limitações das discussões em concreto e ao longo processo de pacificação da jurisprudência, ainda não se pode identificar um conjunto preciso de critérios, com aplicação geral, sobre a matéria.

O caminho mais orgânico para a resolução das controvérsias existentes parece apontar para alterações legislativas dedicadas a procedimentos de insolvência conjuntos (em litisconsórcio) e à consolidação substantiva de ativos e de passivos, em hipóteses bastante restritas, com pressupostos claros e bem definidos, inclusive com regras referentes ao ônus e à produção das provas necessárias para sua decretação, afastando-se das construções essencialmente baseadas na desconsideração da personalidade jurídica. No âmbito da falência, esta última deve, como previamente sustentado, ficar restrita à responsabilização patrimonial, jamais autorizando a “extensão de efeitos da falência”.

Também já se destacou que o problema da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas e da limitação de responsabilidade dos sócios e administradores se apresenta como tema chave em direito empresarial e a opção política sobre um regime de

³⁴³ Relembre-se a ressalva da pág. 149 *supra*, caso seja adotada a *teoria dualista da obrigação*.

responsabilidade limitada ou ilimitada gera consequências relevantíssimas para o ambiente de negócios.

No Brasil, como discutido em linhas transatas, referida opção já foi feita e, portanto, eventual regulação sobre procedimentos de insolvência conjuntos e consolidação substancial deve buscar a harmonização com essa escolha, inclusive por meio do aperfeiçoamento de mecanismos que assegurem aos credores e aos sócios minoritários informações adequadas sobre condutas dos controladores que possam ensejar a consolidação. Acredita-se, pois, que estratégias *ex ante* de controle fiscalizatório sejam importantes para que a autonomia patrimonial das sociedades e a limitação de responsabilidade de sócios e administradores se mantenham, afinal, preservadas.

Os efeitos da consolidação também devem ser bem delineados, em especial, no que concerne à falência da pessoa atingida por aquela, sendo recomendável a não utilização de conceitos ou expressões que remetam à imprecisa, controversa e desnecessária ideia de “extensão de efeitos da falência”.

As discussões parlamentares em torno do assunto não poderão se furtar de profundas reflexões sobre abrangência da regra da *par condicio creditorum* e do princípio da preservação da empresa envolvendo a multiplicidade de credores e de empresas potencialmente atingidas pela consolidação substancial.

Não se deve prescindir, ademais, de um teste de eficiência econômica para justificar a consolidação, levando-se em consideração, fundamentalmente, o tempo e os custos para eventual separação dos ativos e passivos que tenham sido objeto de confusão patrimonial e a minimização dos prejuízos a serem suportados pelos credores.

As exceções relativas a ativos ou passivos que não participam da consolidação também devem ser bem delimitadas, tudo para que se obtenha o maior grau de segurança possível acerca das regras do jogo antes que a empresa ingresse em situação de crise.

Seria oportuno, ademais, que o debate sobre a consolidação não se restringisse à hipótese de falência, mas tratasse também da possibilidade na recuperação judicial e seus desdobramentos.

Por fim, deve haver previsão de instrumentos processuais para a defesa das partes afetadas pela ordem de consolidação, quer se trate das empresas envolvidas no procedimento, de seus sócios ou de seus credores.

A justificativa para esse caminho está essencialmente atrelada ao fato de já existir alguma massa crítica em torno dos procedimentos envolvendo vários devedores de um mesmo grupo em litisconsórcio e da consolidação substancial.

As experiências mais significativas que poderiam servir de modelo para reflexão sobre a consolidação na falência se concentram em outros países. Entretanto, eventual apropriação da experiência estrangeira somente poderia ocorrer depois de detido exame sobre a compatibilidade com o sistema e a cultura jurídica nacionais.

As recomendações trazidas no Guia Legislativo elaborado pela UNCITRAL³⁴⁴ seriam um ponto de partida interessante.

Outras referências úteis para reflexão são os arts. 160, 161, 167 e 168 da atual *Ley de Concursos y Quiebras* argentina (Lei nº 24.522, de 20 de julho de 1995) e os critérios identificados por BLUMBERG (1985) para a consolidação substancial nos Estados Unidos da América,³⁴⁵ sinteticamente descritos nas páginas 33 e 34 *supra*.

No Brasil, os estudos sobre a consolidação de ativos e passivos no âmbito da recuperação judicial também têm avançado nos últimos anos.³⁴⁶ Demais disso, o artigo 78 do abandonado Projeto de Lei nº 4.376, de 1993, do Poder Executivo, continha disposições que poderiam ser aperfeiçoadas.³⁴⁷

Além de, esperançosamente, conferir maior segurança jurídica ao tratamento reservado a determinadas situações de fraude ou de impossibilidade material ou econômica de separação de ativos e passivos, essa disciplina poderia ser particularmente útil para uma melhor regulação da responsabilidade no âmbito dos grupos empresariais, ajudando a coibir determinados abusos e estimulando a conduta ética, leal e responsável de controladores e de administradores das sociedades integrantes desses grupos.

Acrescente-se, finalmente, que, a partir das discussões aqui desenvolvidas, fica claro que também a regulação sobre a simples desconsideração da personalidade jurídica mereceria ser aperfeiçoada.

³⁴⁴ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Legislative guide on insolvency law - Part three: treatment of enterprise groups in insolvency*. New York: United Nations, 2012, p. 71-74. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-E.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

³⁴⁵ BLUMBERG, P. *The law of corporate groups: problems in the bankruptcy or reorganization of parent and subsidiary corporations, including the law of corporate guaranties*. Boston: Little, Brown and Company, 1985, p. 418-440.

³⁴⁶ Em especial: CEREZETTI, S.C.N. Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal. In: YARSHELL, F.L.; PEREIRA, G.S.J. (Coords.) *Processo societário II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 735-789, além de outros citados no presente estudo.

³⁴⁷ Cf. pág. 65, nota de rodapé nº 141 *supra*.

5. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Sem ter a pretensão de esgotar a problemática envolvendo o tema proposto, que continua a ser bastante controvertido, com margem para múltiplas discussões e desdobramentos, merecendo até mesmo uma reflexão sobre a criação de dispositivos legais específicos para solucionar divergências relevantes encontradas na doutrina e na jurisprudência, o estudo se propôs à elaboração de um modelo interpretativo, buscando dar coerência às diversas normas que atualmente concorrem para formar a disciplina do que se convencionou chamar de “extensão de efeitos da falência” ou simplesmente de “extensão da falência”, terminologia, aliás, criticada.

A proposta se baseou, essencialmente, na conclusão de que, com exceção da falência automática dos sócios ilimitadamente responsáveis (art. 81 da Lei nº 11.101, de 2005), a “extensão da falência” a pessoas relacionadas à sociedade originalmente falida (sócios, administradores, sociedades do mesmo grupo ou quaisquer outros terceiros) somente será possível se demonstrados, concomitantemente: (1) a condição de empresário do terceiro; (2) pelo menos um dos pressupostos específicos previstos no art. 94 (ou no art. 105) do mesmo diploma; e (3) a sentença formal de quebra, precedida do devido processo legal, do contraditório e do direito à ampla defesa, nos termos especialmente disciplinados na legislação falimentar.

Rejeitou-se, assim, a ideia de que, presentes os pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica em processo falimentar, estaria autorizada a “extensão da falência” ao terceiro afetado por referida desconsideração, o que acarretaria problemas de complexa resolução tanto na esfera do direito societário quanto no direito falimentar, com especial destaque para a possível violação do princípio da preservação da empresa, produzindo-se, ademais, efeitos econômicos adversos tanto pelo desequilíbrio nas relações contratuais e societárias em concreto como pela insegurança jurídica gerada pela escolha de tal solução, não se mostrando adequada a equiparação do terceiro afetado pela desconsideração à figura do sócio ilimitadamente responsável.

Destacou-se que essa rejeição não implica prejuízo aos credores da sociedade originalmente falida que obtiveram a desconsideração da personalidade jurídica no processo de falência, pois, além de a “extensão” desta ao terceiro ser admissível pelo modelo proposto (desde que observados os pressupostos ordinários para a decretação da quebra), há possibilidade do uso de tutelas de urgência para salvaguardar o interesse de

referidos credores, preservando o resultado útil do processo correspondente ao pedido de falência do terceiro.

Acredita-se que esse modelo poderia contribuir para a investigação de soluções mais efetivas e coerentes para o problema da insolvência empresarial, em circunstâncias nas quais se vislumbre a possibilidade de recomposição ou ampliação da massa falida objetiva, assegurando melhores resultados aos credores da falência, sem, todavia, prejudicar o equilíbrio das relações de mercado, além do estímulo ao empreendedorismo e aos investimentos necessários ao desenvolvimento do país.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, C.H. In: TOLEDO, P.F.C.S.; ABRÃO, C.H. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 173-283.
- ADAMEK, M.V. *Abuso de minoria em direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- AGUIAR JÚNIOR, R.R. A desconsideração da pessoa jurídica e a falência. In: ESTEVEZ, A.F.; JOBIM, M.F. (Orgs.). *Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 561-574.
- AQUINO, D.C. Dos efeitos da decretação da falência em relação aos bens e pessoas do devedor e administradores. In: PAIVA, L.F.V. (Coord.) *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 381-412.
- ASCARELLI, T. *Probemi giuridici*. Milano: Giuffrè, 1959, v.2.
- _____. *Saggi di diritto commerciale*. Milano: A. Giuffrè, 1955.
- ASQUINI, A. Profili dell'impresa. *Rivista del Diritto Commerciale*. Milano, 1943, v. 41.
- Primeira Parte, p. 1-20.
- _____. Perfis da empresa (trad. Fábio Konder Comparato). *RDM*, nº 104, p. 109-126, out.-dez. 1996.
- AZZOLINA, U. *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*. 2ª ed. Torino: UTET, 1961, v. 1.
- BAIRD, D.G. Bankruptcy's uncontested axioms. *The Yale Law Journal*, v. 108, nº 3. The Yale Law Journal Company: New Haven, p. 573-599, 1998. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/797497>>. Acesso em: 08 mar. 2009.
- _____. The future of Chapter 11: a symposium cosponsored by the American College of Bankruptcy: substantive consolidation today. *Boston College Law Review*. Vol. 5, Dec. 2005. Disponível em: <http://www.lexisnexis.com/lxacui2api/results/docview/docview.do?docLinkInd=true&risb=21_T26411019734&format=GNBFI&sort=RELEVANCE&startDocNo=1&resultsUrlKey=29_T26411019738&cisb=22_T26411019737&treeMax=true&treeWidth=0&csi=142668&docNo=8>. Acesso em: 24 ago. 2017.
- BERLE, A.A.; MEANS, G.C. *The modern corporation and private property*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1991.
- BEZERRA FILHO, M.J. Extensão dos efeitos da falência. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. Ano 101, nº 915, p. 450-452, jan. 2012.

- _____. *Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo*. 13ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018.
- BIANQUI, P.H.T. *Desconsideração judicial da personalidade jurídica pela óptica processual*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.
- BLUMBERG, P. *The law of corporate groups: problems in the bankruptcy or reorganization of parent and subsidiary corporations, including the law of corporate guaranties*. Boston: Little, Brown and Company, 1985.
- BRUNSTAD, E. The US Bankruptcy Courts as equitable problem solving tribunals. *Who'sWhoLegal.com*. Disponível em: <<http://whoswholegal.com/news/features/article/31637/us-bankruptcy-courts-equitable-problem-solving-tribunals>>. Acesso em: 14 out. 2017.
- BRUSCHI, G.G. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BUZAID, A. *Do concurso de credores no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1952.
- CALÇAS, M.Q.P. Reflexões sobre o litisconsórcio ativo entre empresas componentes de grupo econômico na recuperação judicial. In: YARSHELL, F.L.; PEREIRA, G.S.J. (Coords.) *Processo societário II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 467-483.
- _____. Segurança jurídica é fator de desenvolvimento. *Revista Diálogos & Debates*. Escola Paulista da Magistratura. São Paulo. Ano 12, nº 3, ed. 45, mar. 2012. (entrevista).
- _____; COELHO, F.U. A reforma da lei de recuperação de empresas: a mudança que tem sido lembrada como a mais urgente é a relativa à chamada “trava bancária”. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 02 nov. 2017. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,a-reforma-da-lei-de-recuperacao-de-empresas,70002069726>>. Acesso em: 03 nov. 2017.
- CAMPINHO, S. A responsabilidade do sócio da EIRELI na falência. In: TOLEDO, P.F.C.S.; SATIRO, F. (Coords.). *Direito das empresas em crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 343-364.
- _____. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- CARVALHO DE MENDONÇA, J.X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 6ª ed. (at. por Roberto Carvalho de Mendonça). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, v. VIII.
- CEREZETTI, S.C.N. *A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência*. Malheiros: São Paulo, 2012.

- _____. Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal. In: YARSHELL, F.L.; PEREIRA, G.S.J. (Coords.) *Processo societário II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 735-789.
- COASE, R. The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics*. Vol. III, p. 1-44, oct. 1960.
- COELHO, F.U. *Curso de direito comercial*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 1.
- COMMITTEE ON STRUCTURED FINANCE AND THE COMMITTEE ON BANKRUPTCY AND CORPORATE REORGANIZATION OF THE ASSOCIATION OF THE BAR OF THE CITY OF NEW YORK. Special report on the preparation of substantive consolidation opinions. *The Business Lawyer* (American Bar Association), Vol. 64, nº 2, p. 413-414, February, 2009. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/41552798>>. Acesso em: 25 ago. 2017.
- COMPARATO, F.K. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970.
- _____. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- _____. Função social da propriedade dos bens de produção. *RDM*, nº 63, Ano XXV, jul.-set. 1986.
- _____. *O seguro de crédito*. São Paulo: Max Limonad, 1968.
- _____; SALOMÃO FILHO, C. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____; _____. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book. Versão Kobo. Livraria Cultura. Formato E-pub. ISBN 978-85-309-5130-6.
- CONTI, J.F. An analytical model for substantive consolidation of bankruptcy cases. *The Business Lawyer* (American Bar Association). Vol. 38, Nº 3, p. 855-865, (May 1983). Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40686486>>. Acesso em: 25 ago. 2017.
- COOTER, R.; ULEN, T. *Law and economics*. 6th ed. Boston: Addison-Wesley, 2011.
- COSTA, D.C. A responsabilidade patrimonial primária e secundária do sócio pelas dívidas da empresa. In BRUSCHI, G.G.; COUTO, M.B.; et al. *Direito processual empresarial: estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 170-184.
- DEZEM, R.M.M.M. *A extensão da competência do juízo da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

- DIDIER Jr., F. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/aspectos-processuais-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.
- DINAMARCO, C.R. *Instituições de direito processual civil*. 6ª ed. rev. et. at. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 2.
- DINIZ, G.S. Falência de grupos societários: critérios de extensão de efeitos da falência. In: CERZETTI, S.C.N.; MAFFIOLETTI, E.U. *Dez anos da Lei n.º 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 528-547.
- _____. *Grupos societários: da formação à falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DOBSON, J.M. *El abuso de la personalidad jurídica (em el derecho privado)*. Buenos Aires: Depalma, 1985.
- _____. “Lifting the veil” in four countries: the law of Argentina, England, France and the United States. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, p. 839-863, Oct. 1986.
- DWORKIN, R. Is wealth a value? *Journal of Legal Studies*, vol. 9, nº 2, p. 191-226, March, 1980. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/legstud9&div=20&g_sent=1&casa_token=&collection=journals#>. Acesso em: 10 out. 2017.
- _____. Why efficiency? A response to Professors Calabresi and Posner. *Hofstra Law Review*, vol. 8, nº 3, p. 563-590, Spring, 1980. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hoflr8&g_sent=1&casa_token=_NPe_5nh-y0AAAAA:s6Wr1naQnVKoTqoHiyA1K97OMvsMkEfu-lKkKIV0ooABD6snSCGrwa_Bs5meL8a3bGQxm5jpNw&collection=journals&id=589>. Acesso em: 10 out. 2017.
- FAZZIO JÚNIOR, W. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- FERRAZ JÚNIOR, T.S. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977.
- FRANÇA, E.V.A.N. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A. e outros escritos sobre conflito de interesses*. 2ª ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014.
- FRANCO, V.H.M. A função social da empresa. *Revista do Advogado*. Ano XXVIII, nº 96, p. 125-136, mar. 2008.
- _____; SZTAJN, R. A recuperação e função social da empresa: reavaliando antigos temas. *Revista dos Tribunais*. Ano 100, vol. 913, p. 177-191, 2011.

- _____; _____. *Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as proposições do direito europeu*. 2ª tir. Elsevier: Rio de Janeiro, 2008.
- GAGGINI, F.S. *A responsabilidade dos sócios nas sociedades empresárias*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2013.
- GORGA, E. *Direito societário atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- HALPERN, P.; TREBILCOCK, M. e TURNBULL, S. An economic analysis of limited liability in corporation law. *The University of Toronto Law Journal*. Vol. 30, Nº 2, p. 117-150, Spring, 1980. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/825483>>. Acesso em: 30 ago. 2017.
- HANSMANN, H.; KRAAKMAN, R. SQUIRE, R. Law and the rise of the firm. *ECGI Working Paper Series in Law*. Working Paper Nº 57/2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=873507>>. Acesso em: 15 mai. 2015.
- HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, THE. Piercing the corporate law veil: the alter ego doctrine under Federal Common Law. *Harvard Law Review*. Vol. 95, Nº 4, p. 853-871, Feb. 1982. Disponível em: <www.jstor.org/stable/1340779>. Acesso em: 15 mar. 2016.
- HASKELL, W.R. The relationship of directors of a close corporation to its creditors. *Cumberland-Samford Law Review*, Vol. 1, p. 209-219, 1970. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cumlrl1&div=18&id=&page=>>>. Acesso em: 15 abr. 2016.
- JENSEN, M.C.; MECKLING, W.H. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, v. 3, nº 4, p. 305-360, October, 1976. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=94043>>. Acesso em: 30 set. 2017.
- JUPETIPE, F.K.N. *et al.* Custos de falência no Brasil comparativamente aos estudos norte-americanos. *Revista Direito GV*, vol. 13, nº 1, São Paulo, p. 20-48, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201702>>. Acesso em: 25 out. 2017.
- JUSTEN FILHO, M. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.
- KAPLAN, G.M.; PHINNEY, T.R. Hot topics in insolvency law: alter ego claims. *Business Law News*. The State Bar of California. p. 16-28, Issue 1-2012. Disponível em: <<http://www.fbm.com/files/Publication/c7bbfcc5-c504-4e2c-92fb-fcf57addce48/Present>>

ation/PublicationAttachment/275d12eb-9994-4290-9509-ff41eb7369c9/4-1-12%20-%20BLN%20Issue%201%202012%20online%20Kaplan.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2016.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito* (trad. João Baptista Machado). São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KORDANA, K.A.; POSNER, E.A. A positive theory of Chapter 11. *John M. Olin Law & Economics Working Paper n° 61*. 2nd series. University of Chicago Law School, oct. 1998. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=137897>. Acesso em: 10 set. 2016.

KRIEGER, M.S. The Bankruptcy Court is a court of equity: what does that mean? *South Carolina Law Review*, vol 50:275-312, p. 275-311, 1999. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/sclr50&collection=journals&id=285&startid=&end=322>>. Acesso em: 13 out. 2017.

LANDERS, J.M. A unified approach to parent, subsidiary, and affiliate questions in bankruptcy. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 42, N° 4, p. 589-652 (Summer, 1975).

LAUTENSCHLEGER Jr., N. Relato sobre Walther Rathenau e sua obra: “A teoria da empresa em si”. *RDM*, n° 128, Ano XLI, p. 199-223, out.-dez. 2002.

LEEBRON, D.W. Limited Liability, tort victims, and creditors. *Columbia Law Review*. Vol. 91, p. 1.565-1.650, Nov. 1991. Disponível em: <http://www.lexisnexis.com/lncui2api/results/docview/docview.do?docLinkInd=true&risb=21_T26411019786&format=GNBFI&sort=RELEVANCE&startDocNo=26&resultsUrlKey=29_T26411019790&cisb=22_T26411019789&treeMax=true&treeWidth=0&csi=7332&docNo=49>. Acesso em: 25 ago. 2017.

LEVITIN, A.J. *Toward a federal common law of bankruptcy: judicial lawmaking in a statutory regime*, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=879774>>. Acesso em: 14 out. 2017.

LOBO, J. A desconsideração da personalidade jurídica no Código Nacional de Defesa do Consumidor. In: GUSMÃO, P.D.; GLANZ, S. (Coords.). *O direito na década de 1990: novos aspectos – estudos em homenagem ao Prof. Arnaldo Wald*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Direito concursal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Extensão da falência por abuso de controle. In: TOLEDO, P.F.C.S.; SATIRO, F. (Coords.). *Direito das empresas em crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 141-172.

- LoPUCKI, L.M. The death of liability. *The Yale Law Journal*. Vol. 106, Nº 1, p. 1-92, Oct., 1996. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/797267>>. Acesso em: 07 mai. 2009.
- _____. The irrefutable logic of judgment proofing: a reply to Professor Schwarcz. *Stanford Law Review*, Vol. 52, Nº 1, p. 55-71, Nov. 1999. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1229455>>. Acesso em: 30 ago. 2017.
- LUCCA, N. In: _____; SIMÃO FILHO, A. (Coords.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 72-96.
- _____; DEZEM, R.M.M.M. A desconsideração da personalidade jurídica na falência: equívocos na busca da responsabilização dos sócios pelo estado de insolvência da sociedade empresária. In FACHIN, E., ABRÃO, C.H.; REQUIÃO, R.E. (Coords.). *O moderno direito empresarial do século XXI: estudos em homenagem ao centenário do Professor Rubens Requião*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 269-287.
- MACEY, J.R.; MITTS, J. Finding order in the morass: the three real justifications for piercing the corporate veil. *Cornell Law Review*. Vol. 100, Issue 1, p. 99-156, Nov. 2014. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4647&context=clr>>. Acesso em: 16 out. 2014.
- MACHADO, S.M. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Max Limonad, 1956.
- MACKAAY, E; ROUSSEAU, S. *Análise econômica do direito*. 2ª ed. (Trad. Rachel Sztajn). São Paulo: Atlas, 2015.
- MAGRO, M. STJ julga falência da Petroforte. *Valor Econômico*. Caderno Legislação. 24 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/985628/stj-julga-falencia-da-petroforte>>. Acesso em: 10 out. 2016.
- MARTIN, N. The role of history and culture in developing bankruptcy and insolvency systems: the perils of legal transplantation. *Boston College International and Comparative Law Review*. Vol. 28:1. Article 2, 2005. Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol28/iss1/2/>. Acesso em: 17 ago. 2015.
- MATIAS, J.L.N. *A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.
- MILANI, M.S. *A lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MUNHOZ, E.S. *Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupos de sociedades*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

- NIGRO, A. *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.
- NUNES, M.T.G. *Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- NUNES, S.L.; BIANQUI, P.H.T. A desconsideração da personalidade jurídica: considerações sobre a origem do princípio, sua posituação e a aplicação no Brasil. *In: FRANÇA, E.V.A.N. (Coord.). Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 299-328.
- OLIVEIRA, J.L.C. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- PARENTONI, L.N. *Desconsideração contemporânea da personalidade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- PENALVA SANTOS, J.A. A aplicação do princípio da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. *In: GUSMÃO, P.D.; GLANZ, S. (Coords.). O direito na década de 1990: novos aspectos – estudos em homenagem ao Prof. Arnaldo Wald*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 64-79.
- PENTEADO, M.R. *In: SOUZA Jr., F.S.S; PITOMBO, A.S.A.M. (Coords.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 88-116.
- PEREIRA, T.H.J.A. *Princípios do direito falimentar e recuperacional brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2009.
- PINHEIRO, A.C. Segurança jurídica, crescimento e exportações. *Texto para discussão nº 1125*. Rio de Janeiro: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2005. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11058/2700>>. Acesso em: 08 set. 2017.
- POSNER, R. A. *Economic analysis of law*. 7th ed. New York: Aspen Publishers, 2007.
- _____. Some uses and abuses in economics in law. *The University of Chicago Law Review*. V. 46, nº 2, p. 281-306, Winter, 1979. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1599454>>. Acesso em: 12 mar. 2016.
- _____. The rights of creditors of affiliated corporations. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 43, Nº 3, p. 499-526, Spring, 1976. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1599230>>. Acesso em: 25 ago. 2017.
- PRESSER, S.B. Thwarting the killing of the corporation: limited liability, democracy, and economics. *Northwestern University Law Review*. Nº 87, p. 148-179, Fall, 1992. Disponível em: <<http://www.lexisnexis.com/hottopics/lnacademic/?v>

erb=sr&csi=7350&sr=AUTHOR(Presser)%2BAND%2BTITLE(THWARTING+THE+KILLING+OF+THE+CORPORATION+LIMITED+LIABILITY%2C+DEMOCRACY%2C+AND+ECONOMICS)%2BAND%2BDATE%2BIS%2B1992>. Acesso em: 25 ago. 2017.

PROVINCIALI, R. *Trattato di diritto fallimentare*. Milano: Giuffrè, 1974.

_____; MAGGIORE, G. R. *Instituzioni di diritto fallimentare*. Padova: CEDAM, 1988.

PUGLIESI, A.V. A responsabilidade patrimonial do falido, a extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. In: CEREZETTI, S.C.N.; MAFFIOLETTI, E.U. *Dez anos da Lei n.º 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 493-547.

RATHENAU, W. Do sistema acionário: uma análise negocial (trad. Nilson Lautenschleger Jr.). *RDM*, nº 128, Ano XLI, p. 199-223, out.-dez. 2002.

REQUIÃO, R. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*Disregard Doctrine*). *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 58, v. 410, p. 12-24, dez. 1969.

_____. *Curso de direito comercial*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 1.

REZENDE, C. Aspectos da desconsideração da personalidade societária em matéria fiscal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 178, p. 128-139, out.-dez. 1989.

RICUPERO, R. A falência da sociedade não atinge o sócio da sociedade limitada ou controlador da sociedade anônima. In BRUSCHI, G.G.; COUTO, M.B.; et al. *Direito processual empresarial: estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 828-839.

SACRAMONE, M.B. A extensão da falência e a desconsideração da personalidade jurídica. In LUCCA, N.; VASCONCELOS, M.P. (Coords.). *Falência, insolvência e recuperação de empresas: estudos luso-brasileiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 201-219.

SALAMA, B.M. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SALOMÃO FILHO, C. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *O novo direito societário*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Recuperação de empresas e interesse social. In: SOUZA Jr., F.S.S; PITOMBO, A.S.A.M. (Coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 43-54.

- SAMPAIO, M.V.A. IDPJ – Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *In: WAMBIER, L.R.; WAMBIER, T.A.A. (Coords.). Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro – de acordo com a Lei 13.256/2016. 2ª tir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 139-150.*
- SCHIAVI, M. *Manual de direito processual do trabalho. 5ª ed. São Paulo: LTr Editora, 2012.*
- SCHWARCZ, S.L. Collapsing corporate structures: resolving the tension between form and substance. *The Business Lawyer*, vol. 60, nº 1, p. 109-145, Nov. 2004. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40688263>>. Acesso em: 25 ago. 2017.
- _____. The inherent irrationality of judgment proofing. *Stanford Law Review*, vol. 52, nº 1, p. 1-53, Nov. 1999. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1229454>>. Acesso em: 30 ago. 2017.
- SERICK, R. *Forma e realtà dela persona giuridica. Milano: Giuffrè, 1966.*
- SILVA, F.C.N.M. *Incentivos à decisão de recuperação da empresa em crise: análise à luz da teoria dos jogos. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2009.*
- SOUSA, M.D. Equitable powers of a Bankruptcy Court Federal All Writs Act and 105 of the Code Part I. *American Bankruptcy Institute Journal*, jun. 2006. Disponível em: <<https://www.abi.org/abi-journal/equitable-powers-of-a-bankruptcy-court-federal-all-writs-act-and-105-of-the-code-part-i>>. Acesso em: 14 out. 2017.
- STRASSER, K.A. Piercing the veil in corporate groups (Symposium: The changing face of parent and subsidiary corporations: entity vs. enterprise liability). *Connecticut Law Review*, 37, p. 367-665, Spring 2005. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/conlr37&collection=journals&id=655&startid=&end=684>>. Acesso em: 25 jul. 2017.
- SZTAJN, R. *In: SOUZA Jr., F.S.S; PITOMBO, A.S.A.M. (Coords.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 219-269.*
- _____. *In: TOLEDO, P.F.C.S.; ABRÃO, C.H. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 371-428.*
- _____. Law and economics. *In: ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. (Orgs.). Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações. 2ª tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74-83.*

- THEODORO JÚNIOR, H. Partes e terceiros na execução: responsabilidade patrimonial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 25, nº 100, p. 139-165, out.-dez. 2000.
- TOLEDO, P.F.C.S. In: _____; ABRÃO, C.H. (Coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1-83.
- _____. A preservação da empresa, mesmo na falência. In: LUCCA, N.; DOMINGUES, A.A. (Coords.). *Direito recuperacional: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 517-534.
- _____. Extensão da falência a sócios ou controladores de sociedades falidas. *Revista do Advogado*. Ano XXIX, nº 105, p. 153-158, set. 2009.
- _____. Da caracterização da insolvabilidade civil: pressupostos objetivos e subjetivos do processo de execução concursal. *RDM* nº 57, p. 42-50, 1985.
- UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Legislative guide on insolvency law - Part three: treatment of enterprise groups in insolvency*. New York: United Nations, 2012. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-E.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2018.
- VALVERDE, T.M. *Comentários à lei de falências*. 4ª ed. (rev. e at. por J.A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos). Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- VERÇOSA, H.M.D. *Curso de direito comercial: teoria geral das sociedades – as sociedades em espécie do Código Civil*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- VERRUCOLI, P. *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*. Milano: Giuffrè, 1964.
- VIDOTE, M.C. Comentários aos artigos 70 a 82 da Lei nº 11.101, de 2005. In LUCCA, N.; SIMÃO FILHO, A. (Coords.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 329-348.
- VIO, D.A. *Grupos societários: ensaios sobre os grupos de subordinação, de direito e de fato, no direito societário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- WARDE JÚNIOR, W.J. *A crise da limitação da responsabilidade dos sócios e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004.
- WEITNAUER, J.C. Substantive consolidation of non-debtors: another perspective. *American Bankruptcy Institute Journal*, May 2004. Disponível em: <<https://www.abi.org/abi-journal/substantive-consolidation-of-non-debtors-another-perspective#9a>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

- WIDEN, W.H. Report to American Bankruptcy Institute: prevalence of substantive consolidation in large bankruptcies from 2000 to 2005. *American Bankruptcy Institute Law Review*. Vol. 16, Issue 1, p. 1-36, Jan. 2008. Disponível em: <http://commission.abi.org/sites/default/files/Law_Review_Substantive_Consolidation.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2017.
- WILLIAMSON, O. Por que direito, economia e organizações? In: ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. (Orgs.). *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. 2ª tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 16-59.
- WORLD BANK. *Doing business 2018: reforming to create jobs (economy profile: Brazil)*. Disponível em: <<http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/brazil#resolving-insolvency#s%C3%A3o-paulo>>. Acesso em: 02 jan. 2018.
- _____. *Doing business 2013: smarter regulations for small and medium-size enterprises*. Washington: World Bank Group, 2013 (economy profile: Brazil). Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/791421468014397984/pdf/NonAsciiFileName0.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2018.
- WORMSER, I.M. Piercing the veil of corporate entity. *Columbia Law Review*, Vol. 12, nº 6, p. 496-518, Jun. 1912.
- ZANINI, C.K. In: SOUZA Jr., F.S.S.; PITOMBO, A.S.A.M. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 320-356.
- ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. Análise econômica do direito e das organizações. In: _____; _____. (Orgs.). *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. 2ª tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 1-15.

DOCUMENTOS E JURISPRUDÊNCIA

ARGENTINA. *Ley 19.551, de 04 de abril de 1972*. Ley de Concursos y Quiebras. Disponível em: <<http://www.saij.gob.ar/19551-nacional-ley-concurso-preventivo-quebra-Ins0000744-1984-08-13/123456789-0abc-defg-g44-70000scanyel>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

_____. *Ley 24.522, de Julio 20 de 1995*. Ley de Concursos y Quiebras. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25379/texact.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. *Diário do Congresso Nacional*. Ano XLIX. Nº 23. Brasília, 22 fev. 1994. (Projeto de Lei nº 4.376, do Poder Executivo).

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.593, de 2016*. Autor: Deputado Carlos Bezerra. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2078554>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____. Senado Federal. Comissão de Assuntos Econômicos. *Parecer (SF) nº 46, de 2017*. Rel. Senador Dalirio Beber, 27 jun. 2017. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5371446&disposition=inline>>. Acesso em: 02 jan 2018.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara nº 191, de 2015*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4431964&disposition=inline>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 61.903/ES. Agravante: Gemas Comércio e Indústria Ltda. – Massa Falida. Agravado: Laboratório Landsteiner Ltda. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Julg.: 22 nov. 2006. Public.: DJ 07 dez. 2006. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600930306&dt_publicacao=07/12/2006>. Acesso em: 25 jul. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 86.094/MG. Agravante: Tarcísio Resende. Agravado: José Roseito dos Reis. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Julg.: 08 ago. 2007. Public.: DJ 20 ago. 2007. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. (Ementa, item 4). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701307136&dt_publicacao=20/08/2007>. Acesso em: 25 jul. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. Conflito de Competência nº 59.940/SP. Suscitante: Antônio Fernandes Borges Filho. Suscitados: Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Campinas-SP; Juízo de Direito da 25ª Vara Cível de São Paulo-SP. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Julg.: 09 ago. 2006. Public.: DJ 21 ago. 2006. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600537446&dt_publicacao=21/08/2006>. Acesso em: 25 jul. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 53.215/SP. Embargante: Mario Roberto Jablonski. Embargada: Henisa Hidroeletromecânica Empresa Nacional de Instalações Ltda. – Massa Falida. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Julg.: 13 jun. 2007. Public.: DJ 02 ago. 2007. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501322132&dt_publicacao=02/08/2007>. Acesso em: 25 jul. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 228.357/SP. Recorrente: Garavelo e Companhia – Massa Falida. Recorridos: Garavelo e Companhia Massa Falida e outro. Rel. Min. Castro Filho. Julg.: 09 dez. 2003. Public.: DJ, 02 fev. 2004. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199900776640&dt_publicacao=02/02/2004>. Acesso em: 06 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 401.081/TO. Recorrente: Edgar Carlos da Silva. Recorrida: Gurumáquinas - Gurupi Máquinas Agrícolas Ltda. Julg.: 06 abr. 2006. Public.: DJ 15 mar. 2006. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200101502868&dt_publicacao=15/05/2006>. Consulta em: 20 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1.211.823/SP. Recorrente: Agroindustrial Espírito Santo do Turvo Ltda. – Falida. Recorrida: Petroforte Brasileiro de Petróleo Ltda. – Massa Falida. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julg.: 09 ago. 2011. Public.: DJe, 04 out. 2011. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001677764&dt_publicacao=04/10/2011>. Acesso em: 06 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1.258.751/SP. Recorrente: Kiaparack - Participações e Serviços Ltda. Recorrida: Petroforte Brasileiro

de Petróleo Ltda. – Massa Falida. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julg.: 15 dez. 2011. Public.: DJe 28 jun. 2012. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100982327&dt_publicacao=28/06/2012>. Acesso em: 06 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1.259.018/SP. Recorrente: Agrícola Rio Turvo Ltda. Recorrida: Petroforte Brasileiro de Petróleo Ltda. – Massa Falida. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julg.: 09 ago. 2011. Public.: DJe 25 ago. 2011. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000659254&dt_publicacao=25/08/2011>. Acesso em: 06 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1.259.020. Recorrente: Securinvest Holdings S/A. Recorrida: Petroforte Brasileiro de Petróleo Ltda. – Massa Falida. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julg.: 09 ago. 2011. Public.: DJe 28 out. 2011. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001345577&dt_publicacao=28/10/2011>. Acesso em: 06 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1.266.666/SP. Recorrente: Carlos Masetti Júnior e Outro. Recorrida: Petroforte Brasileiro Petróleo Ltda. – Massa Falida e outros. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julg.: 09 ago. 2011. Public.: DJ 25 ago. 2011. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901969409&dt_publicacao=25/08/2011>. Acesso em: 06 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 16.105/GO. Recorrente: Planalto Negócios Industriais e Comerciais Ltda. e outro. Recorrido: Estado de Goiás. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julg.: 19 ago. 2003. Public.: DJ, 22 set. 2003. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300450750&dt_publicacao=22/09/2003>. Acesso em: 06 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.229.579/MG. Agravante: União Patrimonial Ltda. Agravada: Uniauto Administradora de Consórcios Ltda. – Massa Falida. Rel. Min. Raul Araújo. Julg.: 18 dez. 2012. Public.: DJ 08 fev. 2013. *Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201002236856&dt_publicacao=08/02/2013>. Acesso em: 06 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. *Apelação nº 1043568-24.2015.8.26.0002*. Apelante: Maurício de Nobrega. Apelado: Lisandro Lauretti. Rel. Des. Cesar Ciampolini. Julg.: 22 jun. 2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaSimples.do>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. *Processo nº 0026864-81.2014.8.26.0100*. Pedido de extensão da falência. Requerente: Massa Falida de Fazenda Reunidas Boi Gordo S/A; Requeridos: Satcar do Brasil Monitoramento e Rastreamento Ltda. ME e outros. Juiz Marcelo Barbosa Sacramone. Julg.: 26 jun. 2015. Public. DJ 30 jun. 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=0026864-81.2014.8.26.0100&cdProcesso=2S000DBF20000&cdForo=100&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5JMDS&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&ticket=xv4ji7TxiJGs1yTIIYCUzco7DbaRQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlv9aZeTjJWtw0kj k23T18zh301dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwE4ZYwx65w7OX4pS93VVORsBZpiHhBJhukReAZVN0TXLT5xLC%2BI7YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka6G%2BR7zn1kzFYoS6oauhVUSS9QCNwPomGcDqZqkogsGRqMwUhcBiiFVy3%2FBqT1%2BrV1mGGiP%2Fqli7qmdzl7p5lGm1s3xPWIRfd04%3D>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. *Processo nº 0171131-69.2002.8.26.0100*. Requerente: Fazendas Reunidas Boi Gordo S/A; Requerida: Fazendas Reunidas Boi Gordo S/A; Juiz: Paulo Furtado de Oliveira Filho; Julg.: 20 abr. 2006. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=0171131-69.2002.8.26.0100&cdProcesso=2SZX41H4R0000&cdForo=100&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5JMDS&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&ticket=zQhNJhpHqEeeEtbI1XX%2F0so7DbaRQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvQ6aKgE3lS9JnsLO9m%2F7YNn01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwE4ZYwx65w7OX4pS93VVORsBZpiHhBJhukReAZVN0TXLT5xLC%2BI7YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka6G%2BR7zn1kzFYoQyugo74u97dthBnvXYljbzujnLQX%2FAMds%2BMFF13UcA4zmgObA637K7oxGO2C6RAWdZl7p5lGm1s3xPWIRfd04%3D>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 9ª Câmara de Direito Privado. *Apelação nº 0070310-74.2013.8.26.0002*. Apelantes/Apelados: Gerson Luiz Candido de Azevedo e Outro; Carlos Eduardo Casagrande. Rel. Des. Piva Rodrigues. Julg.: 23 mai.

2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaSimples.do>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 22ª Câmara de Direito Privado. *Agravo de Instrumento nº 0287358-39.2011.8.26.0000*. Agravante: Companhia de Bebidas Ipiranga. Agravada: Comercial Alimentos Irmãos Melo Ltda. Me. Rel. Des. Roberto MacCracken. Julg.: 08 mar. 2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaSimples.do>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 25ª Câmara de Direito Privado. *Agravo de Instrumento nº 1201609-0/8*. Agravante: Albino Francisco Moleiro. Agravada: Air Liquide Brasil Ltda. Rel. Des. Antônio Benedito Ribeiro Pinto. Julg.: 05 dez. 2008. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaSimples.do>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

FRANCE. *Code de Commerce*. (atualizado até 21 out. 2017). Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20180401>>. Acesso em: 24 out. 2017.

ITALIA. *R.D. 16 marzo 1942, nº 262*. Codice Civile. (atualizado até 16 nov. 2015). Disponível em: <<https://www.studiocataldi.it/codicecivile/codice-civile.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

_____. *R.D. 16 marzo 1942, nº 267*. Legge fallimentare. (redação original). Disponível em: <http://www.infonetfree.com/giulio/leggi/lex/RD0267_16-03-1942.html>. Acesso em: 15 ago. 2017.

_____. *R.D. 16 marzo 1942, nº 267*. Legge fallimentare. (atualizada até 11 dez. 2016). Disponível em: <<https://www.studiocataldi.it/normativa/testoleggefallimentare/legge-fallimentare.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

UNITED STATES OF AMERICA. State of Delaware. *Delaware Code*. Title 6 – Commerce and Trade. (atualizado até 15 set. 2017).

_____. State of Delaware. *Delaware Code*. Title 8 – Corporations. (atualizado até 15 set. 2017).

_____. State of Virginia. United States Bankruptcy Court, N.D. West Virginia. *In re: John Stewart Custom Woodworking, Inc., Chapter 7, Debtor, Case Nº. 16-bk-0816*. 20 jul. 2017. Disponível em: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-wvnb-1_16-bk-00816/pdf/USCOURTS-wvnb-1_16-bk-00816-0.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. Supreme Court. *517 U.S. 535 (1996)*. Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/535bv.pdf>>. Acesso em: 14 out 2017.

_____. Supreme Court. *571 U.S. ____ (2014)*. Docket nº 12-5196, 04 mar. 2014. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-5196_8mjp.pdf>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. US Court of Appeals for the D.C. Circuit. *Drabkin v. Midland-Ross Corp. (In re Auto-Train Corp., Inc.)*, *810 E2d 270, 276* (D.C. Cir. 1987).

_____. US Court of Appeals for the Second Circuit. *Union Sav. Bank v. Augie/Restivo Baking Co., Ltd. (In re Augie/Restivo Baking Co., Ltd.)*, *860 E2d 515, 518* (2d Cir. 1988).

_____. US Court of Appeals for the Third Circuit. *Owens Corning*, *419 F.3d 195* (3d Cir. 2005).

_____. *11 U.S.C.* Disponível em: <<http://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title11&edition=prelim>>. Acesso em: 15 set 2017.

_____. *28 U.S.C.* Disponível em: <<http://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title28&edition=prelim>>. Acesso em: 30 set 2017.

* * *