

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO – UFPE
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE – FDR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ



FERNANDO ANTÔNIO SILVESTRE RIBEIRO FILHO

INSEGURANÇA JURÍDICA NOS PEDIDOS DE AUTOFALÊNCIA

RECIFE
2019

FERNANDO ANTÔNIO SILVESTRE RIBEIRO FILHO

INSEGURANÇA JURÍDICA NOS PEDIDOS DE AUTOFALÊNCIA

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal de
Pernambuco como requisito para
obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof. Sílvio Romero
Beltrão

RECIFE

2019

FERNANDO ANTÔNIO SILVESTRE RIBEIRO FILHO

INSEGURANÇA JURÍDICA NOS PEDIDOS DE AUTOFALÊNCIA

Monografia apresentada como Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

Recife, ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Sílvio Romero Beltrão
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Prof. Dr.
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Prof. Dr.
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

RESUMO

A presente monografia tem o intuito de trazer um panorama geral do processo de insolvência no Brasil, abordando os principais princípios que o norteiam e sua aplicação na Lei 11.101/05. Versa também sobre a importância da separação patrimonial entre pessoa física e jurídica e como ela tem papel essencial no mundo dos negócios e em um sistema capitalista de mercado. No entanto, essa separação não é absoluta, ela é relativa e através do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, a autonomia patrimonial pode ser afastada, levando os bens particulares à execução concursal, no intuito de coibir fraudes. Contudo, quando mal aplicado, acarreta uma relevante insegurança jurídica que dificulta os pedidos de autofalência por parte dos devedores de boa-fé, fazendo com que empresas irrecuperáveis permaneçam por mais tempo na ativa, do que deveriam. Por fim, será analisado também a responsabilidade pessoal dos sócios, no processo de falência, dos diversos tipos societários existentes no ordenamento jurídico nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Falência. Desconsideração da personalidade jurídica. Insegurança jurídica. Responsabilidade.

ABSTRACT

The present monograph has the intent of bring a general view of the insolvency process in Brasil addressing the main principles that guide him and their application in the Law 11.101/05. It deals also about the importance of the ownership unbundling between the private individual and the legal entity and how it is essential in the business world and in a free market capitalist system. However, this separation it is not absolute, it is relative and through the institute of the disregard doctrine the ownership unbundling could be removed taking the private goods to the bankrupt execution, in the intent of curb frauds. Although, when it is bad implemented entail in a significant legal uncertainty that hamper the requests of the self-bankruptcy, from the part of the good faith, debtors making that irrecoverable companies remains for more time in the market, than it should. Finally, it also be analyzed the partners' personal responsibility, in the bankruptcy process, across the different corporates types that exist in national's legal order.

Keywords: Bankruptcy. Disregard doctrine. Legal uncertainty. Responsibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. DO PROCESSO FALIMENTAR BRASILEIRO	9
1.1 Breves Noções sobre a Lei 11.101/05.....	9
1.2 O estado de insolvência.....	14
1.3 O pedido de autofalência.....	16
1.4 A falta de sanção no art. 105 da Lei de Falências.....	19
2. DA SEPARAÇÃO PATRIMONIAL	20
2.1 A separação pessoa jurídica x pessoa física.....	20
2.2 A importância da separação patrimonial no direito empresarial.....	22
3. DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	25
3.1 Perspectiva Histórica.....	25
3.2 Hipóteses de Cabimento.....	27
3.3 Da Competência do Juízo Falimentar.....	30
3.4 Das execuções incidentes no patrimônio individual dos sócios e sua insegurança jurídica.....	33
4. DA RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS E ADMINISTRADORES.....	39
4.1 A responsabilidade civil.....	39
4.2 Aspectos do direito comparado.....	43
4.3 Responsabilidade à luz do art. 82 da Lei 11.101/05.....	49
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

INTRODUÇÃO

O processo falimentar brasileiro é provavelmente o procedimento mais longo e exaustivo que existe no direito processual pátrio. Muitas das falências se arrastam por mais de duas décadas, causando prejuízos, tanto financeiro quanto emocionais, a devedores e credores.

O próprio falido que é entendido como o “culpado” da história é, talvez, o que recebe os piores prejuízos. Desde a famigerada inabilitação para exercer atividade empresarial, até as constrições em seu patrimônio pessoal, mediante os incidentes de desconsideração da personalidade jurídica.

É sabido que, em regra, o patrimônio da pessoa física não se mistura com o da pessoa jurídica, no entanto, existe tal incidente para que, em situações de fraude, os patrimônios se misturem, coibindo, portanto, condutas ilícitas.

O pior de isso tudo, apesar de existir uma boa Lei que regula o processo falimentar, a Lei 11.101/05, todo o processo é rondado de incertezas, acarretando a chamada insegurança jurídica, tão frequentemente falada no nosso país.

Nesse diapasão, dificilmente se verifica o chamado pedido de autofalência, em que o devedor, munido dos documentos preestabelecidos por lei, diante da verificação da irreversibilidade da situação de insolvência jurídica, requer ao juízo competente o seu próprio pedido de falência.

É bem verdade que, muitas vezes, os sócios agem de má-fé e buscam tão somente postergar a quebra da empresa, adiando o inevitável. Também praticam fraudes contra os credores e tentam sair quase que ilesos do processo falimentar.

Contudo, há também sócios de boa-fé que, com o receio que a insegurança jurídica provoca, ainda que não tenham praticado fraudes, preferem não pedir a autofalência, devido a este justificado temor.

Diante disso, fundamental é propor medidas que busquem reduzir essa insegurança jurídica, apurando, devidamente, a responsabilidade dos sócios, facilitando o processo falimentar e mitigando os seus riscos.

No tocante à responsabilidade dos sócios e administradores, importante apurar as condutas temerárias, que, por muitas vezes, acarretam em um agravamento da situação de insolvência, trazendo ainda mais danos para o processo falimentar e todas as partes envolvidas.

1. DO PROCESSO FALIMENTAR BRASILEIRO

1.1 Breves noções sobre a Lei 11.101/05

1.1.1 Da reforma da legislação falimentar

Em 09 de fevereiro de 2005, foi sancionada a Lei 11.101/05 que regula o processo falimentar e recuperacional brasileiro. Após 11 anos de tramitação no Congresso Brasileiro, veio para substituir o arcaico Decreto Lei nº 7.661/45 que por 60 anos disciplinou as falências no Brasil.¹

Entre as principais mudanças que tal lei trouxe está a da substituição do instituto da concordata, pelo mais moderno processo de Recuperação Judicial. A concordata, por só possuir efeitos perante os credores quirografários, se revelou como ineficiente. Já a Recuperação Judicial, por só ser deferida quando a empresa tem reais condições de se recuperar, além de se sujeitar a um maior leque de credores, mostrou-se, mais eficaz.² Vejamos o que destaca o ilustríssimo professor Fábio Ulhôa:

“A medida judicial de preservação do devedor relativamente à falência deixa de ser a concordata (preventiva ou suspensiva) e passa a ser a recuperação judicial. As principais diferenças entre elas são: a) concordata é um direito a que tinha acesso todo empresário que preenchesse as condições da lei, independentemente da viabilidade de sua recuperação econômica, mas à recuperação judicial só tem acesso o empresário que preenchesse as condições da lei, independentemente da viabilidade de sua recuperação econômica, mas à recuperação judicial só tem acesso o empresário cuja atividade econômica possa ser reorganizada; b) enquanto a concordata produz efeitos somente em relação aos credores quirografários, a recuperação judicial sujeita todos os credores, inclusive os que titularizam privilégio ou preferência (a única limitação legal é o pagamento das dívidas trabalhistas em no máximo 1 ano), exceto os fiscais (que devem ser pagos ou parcelados antes da concessão do benefício); c) o sacrifício imposto aos

¹ PEREIRA, Clovis Brasil. **Principais mudanças na nova Lei de Falência**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6747/principais-mudancas-na-nova-lei-de-falencia>. Acesso em: 23/05/2019

² COLMANN, Isabella Maria. **Um breve comparativo entre a nova e a velha Lei de Falências e seus aspectos positivos e negativos**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,um-breve-comparativo-entre-a-nova-e-a-velha-lei-de-falencias-e-seus-aspectos-positivos-e-negativos,55985.html>. Acesso em 23/05/2019

credores, na concordata, já vem definido na lei (dividendo mínimo) e é da unilateral escolha do devedor, ao passo que, na recuperação judicial, o sacrifício, se houver, deve ser delimitado no plano da recuperação, sem qualquer limitação legal, e deve ser aprovado por todas as classes de credores. Atente: se o devedor é microempresário ou empresário de pequeno porte, a recuperação judicial segue rito simplificado³.”

Dentre as significativas alterações no processo falimentar, podemos destacar a não necessidade de se consolidar o quadro de credores, para dar início a alienação dos ativos da massa falida, trazendo uma série de benefícios para a universalidade de credores.

“A venda dos bens do falido (realização do ativo) pode ser feita desde logo. Não está, como na lei de 1945, condicionada à conclusão da fase cognitiva (verificação dos créditos e investigação dos crimes falimentares). A venda dos bens perecíveis, sujeitos a considerável desvalorização, de conservação arriscada ou dispendiosa pode ser feita antecipadamente⁴.”

Outra grande mudança trazida é que antigamente os pedidos de falência eram bastante utilizados como meio coercitivo de cobrança. Atualmente, apesar de continuar com esse desvirtuamento, ele foi reduzido na medida em que a Lei 11.101/05 preceitua que o valor mínimo para pedido de falências é de 40 salários mínimos, o pedido de recuperação judicial extingue a ação e o prazo para o depósito elisivo passou a ser de 10 dias. Observe tais artigos:

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;

Art. 95. Dentro do prazo de contestação, o devedor poderá pleitear sua recuperação judicial.

Art. 98. Citado, o devedor poderá apresentar contestação no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. Nos pedidos baseados nos incisos I e II do caput do art. 94 desta Lei, o devedor poderá, no prazo da contestação, depositar o valor correspondente ao total do crédito, acrescido de correção monetária, juros e

³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários a Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, página 42

⁴ Id. Ibid. Página 42

honorários advocatícios, hipótese em que a falência não será decretada e, caso julgado procedente o pedido de falência, o juiz ordenará o levantamento do valor pelo autor.

Vale destacar também que a jurisprudência vem atentando aos pedidos de falência que tão somente buscam uma cobrança coercitiva do devedor, desvirtuando, portanto, a finalidade do instituto:

APELAÇÃO CÍVEL. REQUERIMENTO DE FALÊNCIA FUNDAMENTADO EM EXECUÇÃO FRUSTRADA NA JUSTIÇA DO TRABALHO. PEDIDO DE QUEBRA BASEADO EM CERTIDÃO DE CRÉDITO TRABALHISTA. ARTIGO 94, INCISO II, DA LEI 11.101/2005. SENTENÇA QUE RECONHECEU A PRESCRIÇÃO DO TÍTULO QUE EMBASOU O PEDIDO. APELO DA AUTORA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. O PRAZO PRESCRICIONAL SE INICIA QUANDO NASCE O DIREITO DE RECEBER O CRÉDITO, QUE OCORRE COM O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. **DESVIRTUAMENTO DO INSTITUTO DA FALÊNCIA. PEDIDO UTILIZADO COMO MEIO COERCITIVO DE COBRANÇA DA DÍVIDA. INADMISSIBILIDADE.** MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. Pedido de falência fundamentado no art. 94, II da Lei nº 11.101/2005, tendo em vista a execução frustrada do crédito trabalhista. O julgador pode reconhecer, de ofício, a prescrição do título, eis que matéria de ordem pública. Prazo prescricional que se inicia quando nasce o direito de receber o crédito, que ocorre com o trânsito em julgado da sentença que o fixou. Ausência de marco interruptivo da prescrição. O requerimento de falência não pode se tornar instrumento de coação para cobrança de dívida, conforme a jurisprudência do STJ. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO.

(TJ-RJ - APL: 02837952420148190001, Relator: Des(a). WILSON DO NASCIMENTO REIS, Data de Julgamento: 09/05/2019, VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL)

1.1.2 Princípios da Lei 11.101/05

Diversos são os princípios norteadores da Lei de Recuperações e Falências, aqui, iremos destacar alguns, como o princípio da preservação da empresa e sua função social, o tratamento paritário aos credores e a proteção aos trabalhadores.

O princípio da preservação da empresa pode ser observado no art. 47 da Lei 11.101/05, artigo este que dá início ao estudo sobre a Recuperação Judicial e que explicita a importância da função social no direito recuperacional brasileiro:

Art. 47 - A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

O autor Gledson Mamede também destaca a importância deste princípio e sua função social:

“Ora, compreendendo a empresa como algo mais do que, apesar da insolvência do empresário ou sociedade empresária. Isto é possível pela transferência da empresa a outrem, que, pagando por ela, manterá seu funcionamento, atendendo à sua função social. O ex-titular mantém falido e o valor da alienação ingressa para a massa. A liquidação do patrimônio empresarial não mais se confunde com a extinção da empresa. Isso é viável pois se transfere apenas do ativo, sem o respectivo passivo, que será mantido na massa falida, e simplesmente um conjunto de bens, a liquidação do patrimônio do falido pode fazer-se com a preservação da empresa, ou seja, alienação do somatório de estabelecimento (conjunto organizado de bens para o exercício da empresa) e atividade⁵.

Também disserta sobre o tema Fábio Ulhoa ao afirmar que a empresa é uma imagem de três círculos, como se fosse a elipse dos planetas ao redor do sol, no qual no círculo mais próximo estariam os empresários, no segundo os trabalhadores, o fisco, os fornecedores, consumidores e os vizinhos do estabelecimento empresarial e no mais distante, os interesses metaindividuais difusos da coletividade:

“Esta imagem ajuda a entender o princípio jurídico do impacto social da crise da empresa. Ele justifica que os mecanismos jurídicos de prevenção e solução da crise são destinados não somente à proteção dos interesses dos empresários, mas também, quando pertinentes à dos interesses metaindividuais relacionados à continuidade da atividade empresarial. A formulação deste princípio, no direito positivo brasileiro, deriva do art. 47 da LF⁶.

⁵ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**, 5ª edição. São Paulo: Atlas S.A., página 212.

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial- volume 3**. 17ª Edição São Paulo-SP. Editora Revista dos Tribunais 2016. Página 232

Já o tratamento paritário aos credores, mais conhecidos também como o *par conditio creditorum* é um princípio secular que norteia o direito falimentar brasileiro. É a forma isonômica de tratar os credores, não podendo beneficiar um determinado credor, em detrimento de outros, sem uma justificativa plausível. Para Fábio Ulhoa, o tratamento paritário aos credores é inclusive o principal objetivo do processo falimentar, sendo a falência, a rigor, a tentativa de justa distribuição dos insuficientes bens do devedor entre os credores.⁷

Por exemplo, no caso de credores estratégicos, a jurisprudência entende que seria uma justificativa plausível o tratamento mais benéfico aos credores que colaborem com o soerguimento da empresa em crise, podendo ser oferecida a estes uma melhor proposta econômica⁸:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – HOMOLOGAÇÃO DO PLANO RECUPERACIONAL APROVADO PELA MAIORIA DE CREDORES PRESENTES – DEMONSTRAÇÃO DA VIABILIDADE ECONÔMICA DAS RECUPERANDAS – CONTROLE JUDICIAL – IMPOSSIBILIDADE – SOBERANIA DA DECISÃO ASSEMBLEAR – ALEGAÇÃO DE DESCABIDA SUPRESSÃO DE RESPONSABILIDADE FIDEJUSSÓRIA E DE DEMAIS COOBRIGADOS – INOCORRÊNCIA – FALTA DE INTERESSE – DIFERENCIAÇÃO ENTRE CREDORES DE UMA MESMA CLASSE – PRIVILÉGIO DE CREDORES “FINANCIADORES” E “ESTRATÉGICOS” – CLASSE EM QUE FOI OBTIDA A APROVAÇÃO DO PLANO – POSSIBILIDADE – UTILIZAÇÃO DA TJLP PARA FINS DE ATUALIZAÇÃO DA DÍVIDA – AMPLA NEGOCIAÇÃO – POSSIBILIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. (...) 3. **“É possível o estabelecimento de diferenciação entre credores no Plano de Recuperação Judicial, desde que fundada em fator legítimo, com a finalidade de amparar o soerguimento das empresas ‘recuperandas’, e, ainda, desde que o tratamento diferenciado não se dê entre credores da classe que houver rejeitado o plano. (...)**

(TJ-MT - AI: 00369628320168110000 36962/2016, Relator: DES. JOÃO FERREIRA FILHO, Data de Julgamento: 14/02/2017, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 17/02/2017)

⁷ Id. **Comentários à Lei de Falência e de Recuperação de Empresas**. 11ª Edição São Paulo- SP. Editora Revista dos Tribunais 2014. Página 305

⁸ MENGARDO, Bárbara. **Justiça aceita credor amigo em planos de recuperação**. Valor Econômico 2013. Disponível em: <https://www.valor.com.br/legislacao/3376378/justica-aceita-credor-amigo-em-planos-de-recuperacao>. Acesso em: 29/05/2019

Por fim, um outro princípio que deriva do *par conditio creditorum* é o da proteção aos trabalhadores, pelo qual tal classe, devido a sua condição de hipossuficiência, é considerada privilegiada, tendo direito de preferência ao recebimento de seus créditos, limitados ao montante de 150 salários mínimos, consoante a ordem legal dos arts. 83 e 84 da Lei 11.101/05.

1.2O estado de insolvência.

Há diversos tipos de crises que uma empresa pode passar, tanto das mais leves, como simples problemas de fluxo de caixa, como a mais acentuada, que é a verificação do estado de insolvência.

Para sistematizar tal assunto, o professor Fábio Ulhoa⁹, em sua obra, supracitada, “Comentários a Lei de Falências”, distingue a crise da empresa em três diferentes espécies.

A crise econômica é a retratação considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária, podendo ser generalizada, segmentada, ou até mesmo atacar uma só empresa, em suma é quando os consumidores deixam de adquirir, significativamente, os produtos da empresa, de modo que influa no faturamento da empresa, até verificar uma situação de crise.

Generalizada é quando afeta toda uma região, um país, como foi visto nos Estados Unidos com a quebra da bolsa de Wall Street em 1929. Já a segmentada, afeta um setor do negócio daquela região, como a que vemos hoje em dia com a construção civil brasileira. Por fim, a individualizada, ataca uma empresa específica, o que se dá, normalmente, por incompetência dos administradores daquela.

O segundo tipo de crise é a crise financeira, também conhecida como a crise de liquidez, que se dá quando a sociedade não tem caixa para honrar os compromissos. O faturamento pode estar elevado, mas a empresa se encontra em dificuldade para honrar seus compromissos, pois ainda não amortizou capital suficiente. Geralmente, quando tal situação é verificada, os administradores

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. Cit. p. 223-224

recorrem aos bancos para conseguir linhas de crédito e honrar com suas obrigações.

Por último, a crise patrimonial consubstancia-se quando há insuficiência de bens no ativo para atender ao passivo. O montante da dívida é tão elevado que nem mesmo todo o patrimônio da empresa a consegue pagá-la.

A essa situação, dá-se o nome de estado de insolvência, pelo qual, os administradores terão de buscar saídas para reverter tal cenário, caso contrário, será decretada a falência da empresa.

Atualmente, é muito comum as empresas buscarem a Recuperação Judicial como mecanismo de soerguer a empresa. No entanto, esta não deve ser a primeira atitude dos sócios, mas sim a busca por uma solução de mercado.

A solução de mercado consiste em uma prática não-interventiva jurisdicional, pela qual, o empresário buscará uma maneira de sair da crise. Por exemplo, o empréstimo bancário, a entrada de um novo investidor, a renegociação do passivo com os principais credores, a alienação de filiais não lucrativas, ou até mesmo, o instituto da Recuperação Extrajudicial.

Quando a sociedade empresária não almeja os resultados obtidos para se livrar do estado de insolvência, nem com a solução de mercado, nem com a intervenção do Poder Judiciário, a empresa não tem outro caminho que não seja ter sua falência decretada.

Apesar do, já visto, importante papel das empresas em uma sociedade, seja como geradora de empregos, de impostos, de riquezas, nem toda empresa deve permanecer aberta, ou seja, nem toda falência é um mal.

É do sistema capitalista de mercado o constante avanço tecnológico e as mudanças que os consumidores esperam das empresas. Empresas tecnologicamente atrasadas devem fechar, para que outras mais modernas ocupem seu lugar. Vejamos um exemplo emblemático como o da Kodak. A gigante no ramo de fotografias foi um sucesso no mercado por muitos anos, mas com o advento dos

smartphones e demais tecnologias, a empresa, apesar de ser mundialmente renomada, teve sua falência decretada.

E, não há nada de errado nisso, muito pelo contrário, tal ramo de mercado tornou-se arcaico, inútil, praticamente, as demandas dos consumidores, justamente, por isso, a situação da empresa virou insustentável, chegando ao estado de insolvência.

1.3O pedido de autofalência

Apesar de que muitas vezes é o estado de insolvência patrimonial que termina por acarretar uma falência, não é ele que importa para o direito falimentar, mas sim o de insolvência jurídica, pelo qual a sociedade empresária se submeterá à execução concursal.

De acordo com a Lei 11.101/05, há quatro diferentes maneiras de uma empresa ter sua falência decretada. Três delas estão em seu art. 94 e a última, no art. 105. Destrincharemos, a seguir, todas elas.

a) Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;

Tal hipótese é a denominada “falência por impontualidade injustificada”, e se refere a obrigação líquida representada por título judicial devidamente protestado. O protesto do título é requisito essencial para que o juiz possa decretar a falência, nos termos do art. 94§3º da Lei de Falências.

Como já dito no primeiro tópico deste capítulo, o valor mínimo para instruir tal pedido é o de 40 salários mínimos, podendo, inclusive, os credores formarem um litisconsorte ativo para perfazerem o valor mínimo necessário no intuito de requererem a decretação da quebra.

b) II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal;

A segunda das quatro hipóteses é denominada pela doutrina como “execução frustrada” ou ainda “tríplice omissão”.

O fato da sociedade empresária, que sofre uma execução, não pagar, não depositar em juízo o valor necessário, nem nomear bens à penhora, denuncia o estado de insolvência pelo qual passa aquela empresa.

Sua caracterização é mediante a comprovação de certidão de objeto e pé expedida pelo juízo ao qual se promove a execução, nos termos do art. 94, §4º da Lei 11.101/05 e, ao contrário, do que preceitua o art. 94, I, aqui não se faz necessário o valor mínimo de 40 salários, bastando tão somente a prova de que a execução, por qualquer valor que seja, restou-se frustrada.

Vale lembrar que, como mecanismo de defesa, nesses dois primeiros exemplos, a sociedade empresária pode proceder com o chamado depósito elisivo. Que nada mais é do que o depósito da quantia questionada que servirá como garantia enquanto a ação tramita. Caso seja julgada procedente, o credor fica com aquele montante, e, caso contrário, o sócio recebe novamente o dinheiro que deixou depositado e a ação é extinta com resolução de mérito.

c) III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

Tal inciso cita sete diferentes tipos de situações que podem ensejar a decretação da falência. São os denominados “atos de falência”, mas não cabe aqui analisá-los minuciosamente, por não ser o real objeto deste projeto.

Recebem esse nome por ser veemente indícios que a empresa se encontra em estado de insolvência e busca, de algum modo, burlar determinada situação, como a alienação de todo seu ativo indispensável ao funcionamento da empresa, a fraude contra credores, a transferência simulada, o abandono do estabelecimento empresarial, o descumprimento de obrigação assumida em Plano de Recuperação Judicial etc.

Em suma, trata-se de mecanismos de fraude que mostra que, os sócios, preocupados com o tamanho do passivo, tentam se desfazer do patrimônio da

sociedade empresária de uma maneira que expõe claramente o estado de insolvência.

d) Art. 105. O devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência, expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial, acompanhadas dos seguintes documentos:

Por fim, estamos diante da última hipótese de decretação de falência. Trata-se do pedido de autofalência, que é um pedido bastante peculiar em diversos aspectos.

Especialmente no que toca a sua legitimidade ativa. O art. 97 explicita quem são os legitimados para os diversos pedidos de falência, como seus credores, o cônjuge sobrevivente, os acionistas.

No entanto, nessa hipótese agora estudada só há um legitimado ativo, que nada mais é do que o próprio devedor, conforme o art. 97, I da lei 11.101/05.

Obviamente, trata-se de hipótese raríssima de ser verificada, posto que, muitas das vezes, os sócios estão agindo de má-fé e ao perceberem a irreversibilidade da situação financeira ou pleiteiam uma recuperação judicial que sabem que não será bem sucedida ou ficam postergando, ao máximo, a quebra ao praticarem atos de falência, no intuito de se safarem.

Entretanto, a lei, em tese, concede a oportunidade ao empresário de boa-fé que, ao julgar não atender aos requisitos para pleitear a sua recuperação judicial ou, de algum outro modo, recuperar a sociedade empresária, requeira o seu pedido de autofalência, munido dos documentos ilustrados na lei.

Como já dito, trata-se de hipótese não muito frequente, até mesmo entre os empresários de boa-fé, já que a insegurança jurídica é muito grande, posto que, com certa frequência, após a arrecadação do ativo e a verificação de que não suprirá o passivo, se instaure incidentes de desconsideração da personalidade jurídica sobre o patrimônio pessoal do sócio, o qual, muitas vezes, só não obteve sucesso devido a risco de toda atividade empresarial e que, agora, ainda que tenha sido honesto

durante seus anos de trabalho, terá seu patrimônio atingido por execuções fiscais e trabalhistas.

1.4 A falta de sanção no art. 105 da Lei de Falências

De acordo com Hans Kelsen, a norma jurídica perfeita há de ter, necessariamente, a coação nela representada pela sanção como seu elemento fundamental, essencial. As normas que não fixem uma sanção para a hipótese de violação da norma jurídica, não podem ser consideradas como tal, mas sim meros preceitos auxiliares.¹⁰

Após uma breve leitura do art. 105 da Lei de Falência, pode-se, evidentemente, constatar que não há qualquer tipo de sanção em referida norma. Diante disto, ela torna-se uma espécie normativa sem eficácia, já que não traz nenhuma consequência ao devedor que julgou não atender os requisitos para pleitear sua Recuperação Judicial.

Assim também entende Fábio Ulhoa, vejamos:

“Nenhuma é a consequência da falta do pedido de autofalência. Embora o dispositivo legal sugira uma ordem ao devedor empresário, inexistente qualquer tipo de sanção. Na lei anterior, a falta do pedido de autofalência importava consequências relativamente à concordata, mas a jurisprudência se encarregava de tornar letra morta o dispositivo em que se assentavam.”¹¹

No mesmo sentido, entende a jurisprudência:

EMENTA : APELAÇÃO CÍVEL - PEDIDO DE AUTOFALÊNCIA – INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL - DOCUMENTOS INSUFICIENTES – INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 105 DA LEI 11.101/05 – RECURSO IMPROVIDO. 1. O requerimento de autofalência surge como dever imposto à empresa que enfrenta crise econômico-financeira e que não se adequa às condições exigidas para pleitear a recuperação judicial. **Trata-se de medida imperiosa a ser adotada pela empresa devedora, mas que cuja inobservância não resulta imposição de qualquer sanção, ante a falta de previsão legal nesse sentido.** 2. Para autorizar o processamento do pedido de autofalência, deve o devedor declinar as razões pelas quais não seria cabível a recuperação judicial e instruir a petição inicial com os documentos elencados no artigo 105 da Lei n.º 11.101/05. 3. A inobservância aos requisitos formais

¹⁰ BARBOSA, José Olindo. **A norma em Kelsen**: sanção como fundamento da norma. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44659/a-norma-em-kelsen>. Acesso em 02/06/19

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. Cit.. Página 399

estipulados no art. 105 da Lei n.º 11.101/05, mesmo após a concessão de prazo para emenda, enseja o indeferimento liminar da petição inicial, a teor do disposto no art. 284, parágrafo único, do CPC c/c art. 189 da Lei de Falências. 4. Recurso improvido.

(TJ-ES - APL: 00015774020088080032, Relator: TELEMACO ANTUNES DE ABREU FILHO, Data de Julgamento: 24/02/2014, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 10/03/2014)

Ora, ao ser comprovada a falta de sanção, fundamento básico para que a norma tenha eficácia e produza todos seus efeitos, na visão kelseniana, mostra-se que de nada adianta impor um dever aos sócios e administradores, sem que haja consequências para o descumprimento de tal preceito.

Tal artigo deve ser reformado, com a inclusão de uma punição ao devedor. Talvez assim, ele seja aplicado e possamos ver mais pedidos de autofalência e não diversas empresas que postergam, até o último momento, suas inevitáveis falências.

2. DA SEPARAÇÃO PATRIMONIAL

2.1 A separação pessoa jurídica x pessoa física

Em primeiro lugar, vale trazer uma concepção histórica de quando começou a dar-se a separação entre pessoa jurídica e pessoa física.

Com o final da Idade Média e advento da Idade Moderna, surge, no homem tipicamente burguês, a vontade de explorar o planeta e sair do velho continente em direção ao chamado “Novo Mundo”.

Foram as Grandes Navegações que descobriram e começaram a explorar as Américas, surgindo assim, a necessidade de grandes empreendimentos comerciais. Diante do alto risco que traria a exploração de comércio no novo mundo, foi necessária a separação patrimonial entre pessoa jurídica e pessoa física.

O mercador, ao se lançar em novos desafios econômicos, necessitava separar e colocar a salvo os seus bens individuais para não acabar sem nada, caso os negócios na América não prosperassem.

Foi nesse contexto que surgiu a ideia de pessoa jurídica e os contornos de separação do patrimônio social daquele particular dos sócios.

Com isso, ao separar os patrimônios, por meio da pessoa jurídica, poderia o mercador empreender no Novo Mundo, sem ter que comprometer seus bens particulares.

No Brasil, para conseguir se tornar uma pessoa jurídica é necessário obter um contrato social ou na Junta Comercial ou em um Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas. Após a elaboração do contrato é necessário obter o CNPJ da empresa junto à Receita Federal.¹²

Conforme o art. 45 caput do Código Civil, a existência da pessoa jurídica começa a se dar a partir da inscrição do seu ato constitutivo no respectivo registro. Assim preceitua tal artigo:

“Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.”

Vale ressaltar também que, de acordo com o art. 52 do Código Civil, aplica-se no que couber, às pessoas jurídicas, os direitos de personalidade, dispostos entre os arts. 11-21 CC. Inclusive, conforme entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, pode ser vítima de dano moral: “*Súmula 227 STJ: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.*”

Por isso, é possível de se verificar que a constituição da pessoa jurídica para os sócios é de todo benéfica, posto que, ao mesmo tempo, continua garantindo proteção contra abusos à personalidade e promove uma proteção ao patrimônio deles.

No entanto, como veremos a seguir há diversos tipos societários no país e a proteção ao patrimônio dos sócios varia.

¹²Investimentos e Notícias. **O que é necessário para se tornar PJ.** Disponível em: <http://investimentosenoticias.com.br/financas-pessoais/carreiras-e-cursos/o-que-e-necessario-para-se-tornar-pj> Acesso em: 13/06/2019

2.2 A importância da separação patrimonial no direito empresarial

Sabemos que no direito brasileiro, há, especialmente, os sócios de responsabilidade ilimitada e os de responsabilidade limitada. Sobre eles, dispõe Requião:

“Todos sabem que o sócio de responsabilidade ilimitada é solidário com os demais companheiros dessa categoria, respondendo igualmente pelas obrigações sociais. Essa responsabilidade não mais se discute, é subsidiária, no sentido de que somente se efetiva quando faltarem bens suficientes para a sociedade cumprir integralmente suas obrigações (...) Os sócios de responsabilidade limitada, comanditários ou cotistas têm responsabilidade circunscrita: os primeiros, à sua parte-capital; os segundos, ao capital social; e o acionista, apenas ao valor de sua contribuição representada na ação.”¹³

No ordenamento jurídico pátrio, existem o total de 9 diferentes espécies de sociedade empresárias, são elas: Sociedade em Conta de Participação, Sociedade Simples, Sociedade em Nome Coletivo, Sociedade em Comandita Simples, Sociedade em Comandita por Ações, Sociedade Cooperativa, Sociedade de Propósito Específico, Sociedade Limitada e Sociedade Anônima.

A maioria dentre elas está caindo em desuso, sendo grande parte das sociedades empresárias brasileiras de dois tipos: Limitada ou Anônima.

Como já vimos nas palavras do ilustre Requião, há sócios que respondem subsidiariamente com seu patrimônio e há sócios que o seu patrimônio pessoal praticamente não responde pelas dívidas da sociedade empresária.

Nos sócios do primeiro tipo, se verifica o que chamamos de “benefício de ordem”, que nada mais é do que a prerrogativa de que primeiro será executado o patrimônio da empresa para depois, caso persista a inadimplência, se alcançar o patrimônio individual deles.

¹³ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 29ª Ed. São Paulo-SP. Saraiva. Página 435

Pode-se notar a importância da separação patrimonial, pois, à priori, responde pelas dívidas o patrimônio da pessoa jurídica, para depois, em caso de insolvência, alcançar a pessoa física.

No entanto, devido à grande insegurança jurídica que há no país e os riscos inerentes à atividade empresarial, apenas o benefício de ordem confere pouquíssima proteção aos sócios que, caso a atividade vier a dar errado pelo motivo que seja, terá seus bens executados para saldar as dívidas que a sociedade, pessoa jurídica, conferiu.

Vejamos um exemplo: Em uma sociedade por comandita simples, os sócios comanditados são necessariamente pessoas físicas que respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais. Digamos que houve um aporte de R\$ 500.000,00 por cada um dos dois sócios.

Caso passado um tempo, e os negócios não terem prosperados, acarretando em um débito de R\$ 2 milhões, os sócios responderão ilimitadamente e solidariamente, primeiro sendo executado o patrimônio da empresa, que digamos fosse de R\$ 500.000,00 e o restante R\$1,5 milhões dos bens dos sócios e, com detalhe, de ser uma obrigação solidária, podendo o credor eleger qual sócio quer executar, resguardado, obviamente, o direito de regresso.

Ora, pode-se perceber que os sócios estão praticamente desprotegidos nesse tipo societário e pode, muito bem, seu patrimônio pessoal ficar à mercê dos credores, sendo, portanto, o benefício de ordem, ainda que já seja uma espécie de proteção, muito pouco em relação aos riscos que uma atividade empresarial proporciona.

Essa é a razão pela qual, praticamente, só são escolhidos como tipos societários a Sociedade Limitada e a Sociedade Anônima.

Conforme o art. 1.052 do Código Civil brasileiro, na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, com todos respondendo pela integralização do capital social.

Como pode-se perceber, a regra é a não responsabilidade dos sócios, com a total autonomia patrimonial entre os patrimônios da pessoa física e da pessoa jurídica.

Assim leciona Fábio Ulhoa:

“Da personalização das sociedades empresárias decorre o princípio da autonomia patrimonial, que é um dos elementos fundamentais do direito societário. Em razão desse princípio, os sócios não respondem, em regra pelas obrigações da sociedade”¹⁴.

No entanto, tal regra, possui exceções. A primeira delas, como o próprio artigo supracitado já diz, é a responsabilidade até a integralização do capital social. Caso a integralização do capital social não ocorra, todos os sócios responderão, com seu patrimônio pessoal, solidariamente pela quantia não integralizada, até mesmo aqueles sócios que já integralizaram suas quotas.

O Código Civil, em seu art. 1.055 §1º também dispõe que os sócios respondem pela exata estimação dos bens conferidos ao capital social, pelo prazo de cinco anos. Por exemplo, se um sócio integraliza um bem imóvel atribuindo a este um valor de R\$ 100 mil, mas o valor real é de R\$ 50 mil. Com isso, durante o período quinquenal, caso a sociedade seja cobrada por obrigação para a qual não tenha patrimônio suficiente para cumprir, qualquer dos sócios poderá ser cobrado pessoalmente pelos R\$ 50.000,00 de diferença entre o valor atribuído ao bem imóvel e o valor real dele¹⁵.

Os sócios também respondem pelas ilegalidades e abusividades que infringirem o contrato social da sociedade empresária e a lei brasileira. Também há a questão do sócio remisso que, ao estar em falta com a integralização do capital social, pode, até mesmo, ser expulso da sociedade pelos demais sócios.

Na sociedade anônima, a lógica permanece a mesma. A responsabilidade dos acionistas está limitada ao preço de emissão das ações subscritas. No caso de

¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito de empresa. São Paulo-SP Ed: Saraiva 2010 Página 16

¹⁵ CORREA, Rodolfo Rubens Martins. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10205&revista_caderno=8 Acesso em: 30/06/2019

insucesso do empreendimento, o sócio estará liberado de qualquer responsabilidade patrimonial.¹⁶

Vale ressaltar que há diferença entre a responsabilidade dos quotistas e dos acionistas. Assim leciona Fran Martins:

“Os quotistas possuem, nas sociedades, apenas a responsabilidade principal, ou seja, a obrigação de responder pela importância com que entram para a formação do capital social, como os sócios na limitada. Já os acionistas, que nada prometeram, não são obrigados a entrar com qualquer importância, pois se responsabilizaram apenas pelo montante de suas ações”.¹⁷

Portanto, dá para se perceber o porquê, atualmente, só existem dois tipos societários em pleno uso no Brasil: A limitada e a anônima, posto que, são as únicas que conferem -com exceção das hipóteses de fraude- proteção ao patrimônio individual dos sócios.

Entretanto, como veremos a seguir, há um instituto que pode afetar o patrimônio individual dos sócios nos casos de fraude. Apesar da suma importância, quando mal aplicado, pode acarretar sérios danos a segurança jurídica e ao empreendedorismo brasileiro.

3. DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

3.1 Perspectiva Histórica

Como já dito, em caso de abuso da personalidade jurídica, cometidos pelos sócios, é possível que ocorra o “levantamento do véu” que protege o patrimônio da pessoa física do sócio, no intuito de saldar as dívidas da companhia com os seus credores.

Tal instituto surge no direito alemão, na tese apresentada pelo Prof. Rolf Serick da Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg. Dita tese repercutiu

¹⁶ GUIOTTO, Gustavo Carreires. **A sociedade anônima**. Disponível em: <https://gustavoguiotto.jusbrasil.com.br/artigos/342624502/a-sociedade-anonima>. Acesso em: 30/06/2019

¹⁷ MARTINS, Fran. Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio. Ed. Ver. E atual- Rio de Janeiro, RJ Página 286/287

fortemente na Itália e na Espanha, trazidas pelos professores Piero Verrucoli da Universidade de Pisa e Antonio Polo, da Universidade de Barcelona.

Há alguns julgamentos emblemáticos sobre tal assunto, como por exemplo, na Inglaterra o caso *Salomon vs Salomon & Co.* (1897) e o caso *State vs Standard Oil Co.*, este julgado pela Corte Suprema do Estado de Ohio.¹⁸

No primeiro caso, o comerciante Aaron Salomon foi condenado pela justiça de primeiro grau por fraude e por isso, a sociedade na qual era sócio, teve sua personalidade jurídica desconsiderada. Contudo, a Câmara dos Lordes reformou tal decisão, afastando a hipótese de fraude. Apesar disto, a primeira decisão serviu como um forte precedente.

Já a *Standard Oil Co.*, fundada pelo conhecido John Rockefeller, foi um grupo econômico que controlava entre 90-95% da produção refinada de petróleo nos Estados Unidos. Em 1892, a Corte de Ohio, criou então outro precedente da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ao decidir desconsiderar a personalidade e declarar ilegal o monopólio exercido pela *Standard Oil*.¹⁹

Baseada nesta decisão, em 1911, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu pelo desmantelamento do monopólio e ordenando a criação de 34 novas empresas menores.

No direito positivo brasileiro, a “*disregard doctrine*” se encontra por todo ordenamento jurídico brasileiro. Seja na CLT²⁰; no CDC²¹, no Código Civil²², na Lei de Crimes Ambientais²³ e na Lei Antitruste²⁴.

¹⁸ TARTUCE, Flavio. **A desconsideração da personalidade jurídica e suas aplicações ao Direito de Família e Sucessões**. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI267804,51045-A+desconsideracao+da+personalidade+juridica+e+suas+aplicacoes+ao> Acesso em: 13/08/2019

¹⁹ REALI, Ronaldo Roberto. **A desconsideração da personalidade jurídica no direito positivo brasileiro**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigo/s/5008/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-direito-positivo-brasileiro/3> Acesso em: 14/08/2019

²⁰ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

No tocante ao que dispõe o Código de Defesa do Consumidor, fica aqui um adendo ao quinto parágrafo do art. 28: “Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

Uma interpretação literal de tal parágrafo poderia levar ao equívoco de que o simples estado de insolvência ensejaria em um motivo para o afastamento da personalidade jurídica e a consequente responsabilização da pessoa física.

No entanto, como dito, tal ideia não prospera, posto que vai totalmente contra tudo o que preza a teoria do “*piercing the veil*” que serve justamente para proteger a autonomia da personalidade jurídica de fraudes e abusos de direito e não de acabar com ela.

3.2 Hipóteses de Cabimento

Conforme Jônatas Milhomens, a desconsideração da pessoa jurídica se caracteriza quando a pessoa jurídica serve de biombo para ocultar o interesse escuso de seus sócios, em detrimento do direito de terceiro.

Nesta hipótese, desconsidera-se sua personificação, por se confundir com as pessoas naturais que a integram, incidindo a responsabilidade patrimonial

²¹ 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.

²² **Art. 50.** Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Medida Provisória nº 881, de 2019)

²³ **Art. 4º** Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

²⁴ **Art. 18.** A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste 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.

secundária da sociedade, quando os patrimônios individuais dos sócios não forem suficientes para garantia da dívida.²⁵

Contudo, é uníssono, na doutrina e na jurisprudência, que a aplicação da teoria da desconsideração deve ser realizada com cautela, diante da previsão de autonomia e existência de patrimônios distintos entre as pessoas físicas e jurídicas.

Isso porque não foi adotada pelo direito brasileiro a chamada “teoria menor” da desconsideração da personalidade jurídica, segundo a qual bastaria a insuficiência de bens da sociedade para que os sócios fossem chamados a responder pessoalmente pelo passivo da pessoa jurídica.

Adota-se, assim, no âmbito da aplicação prática no direito brasileiro, a “teoria maior” da desconsideração da personalidade jurídica, que exige a ocorrência objetiva e subjetiva de alguns requisitos para sua configuração.

De outra parte, a desconsideração da pessoa jurídica opera-se de forma episódica, não havendo, verdadeiramente, um desfazimento da personalidade jurídica, tampouco anulação ou nulidade de sua constituição.

Somente após a análise dos vícios do caso concreto, o juiz pode desconsiderar a pessoa jurídica e atingir a pessoa natural dos sócios.²⁶

Vale ressaltar que a desconsideração da personalidade jurídica não se opõe a separação patrimonial, muito pelo contrário, ele visa preservar tal instituto, combatendo os eventuais desvirtuamentos dele, mantendo a credibilidade e a importância da autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

A teoria da desconsideração, portanto, só pode ser invocada nos casos em que a personalidade jurídica da sociedade se torna obstáculo à justiça. Em outras palavras, só se deve aplicá-la quando a observação da personalidade da pessoa

²⁵ MILHOMENS, Jônatas. ALVES, Geraldo Magela. **Vocabulário prático de direito**. Rio de Janeiro-RJ. Ed. Forense 2000. Página 35

²⁶ SALOMÃO, Luis Felipe. SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, Teoria e Prática**. Rio de Janeiro-RJ. Ed. Forense 2012 Páginas 103-104.

jurídica acarretará algum tipo de ilicitude dos atos praticados. Devendo, com isso, tal personalidade ser afastada e envolvendo o patrimônio da pessoa física.

Cumpra observar que só haverá desconconsideração da personalidade jurídica quando há o uso fraudulento do instituto da autonomia patrimonial, ou seja, trata-se de um subjetivismo que só é caracterizada quando há fraude. Isso implica em dificuldades no lastro probatório do processo, já que há que se comprovar a vontade do réu em violar o interesse dos credores, em seu benefício.

Tentando diminuir esse problema, Fábio Konder Comparato formulou a Teoria Objetiva da Desconconsideração²⁷. Conforme tal teoria, quando se percebe, seja a partir da escritura contábil, seja a partir da movimentação bancária, que a empresa paga contas do sócio, recebe créditos dele, não há como distinguir o patrimônio da pessoa física e da pessoa jurídica, se caracterizando, portanto, a confusão patrimonial, sendo este, um pressuposto para aplicar a teoria da desconconsideração.

Em suma, como se pode perceber, a principal diferença entre a teoria objetiva e a subjetiva se encontra na questão da vontade do sócio. Enquanto na primeira, ela é presumida, na segunda haveria que ser provada tal intuito de fraude.

O direito brasileiro deveria, assim, utilizar uma espécie de mistura entre os dois institutos, com a teoria objetiva auxiliando na facilitação das provas e a subjetiva sendo aplicada à teoria da desconconsideração, posto que não se deve deixar de lado a importância que a fraude, que a má-fé do sócio possui para se caracterizar uma condenação.

Outro ponto que merece destaque é quanto a aplicação incorreta da teoria da desconconsideração por alguns juízes brasileiros. Está sendo adotada a famigerada ideia de que o simples estado de insolvência da empresa, e solvência do sócio, seria o suficiente para desconconsiderar a personalidade jurídica e responsabilizar o sócio, sem fazer a diferença da conduta fraudulenta para a conduta de boa-fé.

²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. São Paulo-SP Editora Revista dos Tribunais 1977. Página 283

Tal linha de pensamento representa um risco enorme não só aos empresários do Brasil, como também reflete diretamente na economia pátria, na medida em que isso acarretaria na falência do instituto da autonomia patrimonial, que, como foi visto no capítulo anterior, possui uma importância tremenda ao dar o mínimo de segurança jurídica para aqueles que entram na grande aventura que é empreender no Brasil.

3.3 Da Competência do Juízo Falimentar

Conforme o art. 82 da Lei 11.101/05, já consegue se notar que, em casos de falências, é do juízo universal a competência para apurar eventuais responsabilizações aos sócios. Vejamos:

“**Art. 82.** A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, **será apurada no próprio juízo da falência**, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil”.

Contudo, infelizmente, não é assim que entende todos os magistrados brasileiros, especialmente os juízes do trabalho, acarretando uma ainda maior insegurança jurídica e também na propositura de Conflitos de Competência, sobrecarregando os Tribunais Superiores brasileiros. Vejamos jurisprudência neste sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. EXECUÇÃO. **COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. FALÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA OS SÓCIOS DA EMPRESA FALIDA.** Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896, da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para melhor análise da arguição de violação do art. 114, I, da Constituição Federal, suscitada no recurso de revista. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. EXECUÇÃO. **COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. FALÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA OS SÓCIOS DA EMPRESA FALIDA.** A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que, **na hipótese de decretação de falência, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica, com o redirecionamento da execução para os bens dos sócios da empresa**, na medida em que tais bens não se confundem com os bens da

massa falida. Julgados de todas as Turmas desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - RR: 3829420125110016, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 25/10/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/10/2017)

Ora, percebe-se aqui que, até mesmo o Tribunal Superior do Trabalho, na intenção de proteção aos trabalhadores, acaba firmando um entendimento *contra legem*, posto que, como já visto a lei é clara no sentido de que é o juízo universal da falência o competente para processar e julgar a desconsideração da personalidade jurídica e que os eventuais bens particulares dos sócios irão fazer parte da execução concursal, servindo para a quitação dos créditos, de acordo com o que estabelece a Lei 11.101/05.

Além disso, apesar da boa intenção dos magistrados trabalhistas, tais entendimentos podem, até mesmo, prejudicar os próprios trabalhadores, posto que, como mencionado, acarretará em conflito de competência, possível suspensão do processo e tudo isso trará uma ainda maior morosidade ao já demorado processo falimentar, fazendo com que os credores, inclusive os trabalhistas, tardem mais a receber seus créditos.

E isto não é uma crítica a Justiça do Trabalho ou aos direitos trabalhistas, em verdade a Lei 11.101/05 abarca e satisfaz plenamente os interesses dos trabalhadores, já que a classe trabalhista é a primeira classe concursal a receber seus créditos e, os créditos de natureza salarial vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência, até o limite de cinco salários mínimos, serão pagos, antes mesmo, dos credores extraconcursais, conforme o que preceitua o art. 151²⁸ da Lei de Recuperações e Falências.

Vale ressaltar também que, quando em sede de execução individual ocorre uma desconsideração da personalidade jurídica e, posteriormente, advém uma recuperação judicial, ou uma falência, os bens particulares, os quais eram alvos daquela execução, devem ser levados ao juízo universal, no intuito de preservar o tratamento paritário de credores.

²⁸ Art. 151. Os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa.

De acordo com Fábio Ulhoa, a desconsideração da personalidade jurídica deve ser feita por ação autônoma, vejamos:

“O pressuposto inafastável da desconsideração é o uso fraudulento ou abusivo da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, únicas situações em que a personalização das sociedades empresárias deve ser abstraída para fins de coibição dos ilícitos por ela ocultados. Ora, se assim é, o juiz não pode desconsiderar a separação entre a pessoa jurídica e seus integrantes senão por meio de ação judicial própria, de caráter cognitivo, movida pelo credor da sociedade contra os sócios ou seus controladores. Nessa ação, o credor deverá demonstrar a presença do pressuposto fraudulento.”²⁹

Aduz também que, em uma execução individual, a desconsideração operada por simples despacho do juiz não é suficiente para conferir, ao credor, título executivo contra o responsável pela fraude, posto que a determinação de penhora de bens do sócio ou administrador, na execução, transferindo para eventuais embargos de terceiro a discussão sobre a fraude, significaria uma inversão do ônus probatório, logo, não deveria ser admitido, em respeito ao contraditório, a ampla defesa e ao devido processo legal.

Devendo, portanto, o autor, desde o início, incluir como litisconsortes passivos, tanto a sociedade empresária quanto a pessoa física que foi a responsável pela conduta fraudulenta.

No entanto, a jurisprudência brasileira vem entendendo por desnecessária a proposição de ação autônoma e que não fere os princípios supracitados, especialmente nas ações de falência.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO PARA EXTENSÃO DOS EFEITOS DA FALÊNCIA ÀS EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. JUÍZO UNIVERSAL DA FALÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. DESNECESSIDADE DE PROPOSIÇÃO DE AÇÃO AUTÔNOMA OU DE INCIDENTE PROCESSUAL. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA QUEBRA A EMPRESA DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. POSSIBILIDADE JURÍDICA. REQUISITOS LEGAIS. MEDIDA EXCEPCIONAL. (...) (Agravado de Instrumento Nº 70073301749, Quinta Câmara

²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. Cit.. Página 78

Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 25/10/2017).

(TJ-RS - AI: 70073301749 RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Data de Julgamento: 25/10/2017, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/10/2017)

O Ilustríssimo professor Fábio Ulhoa, mais uma vez, está certo com o que pensa. A desconsideração da personalidade jurídica é algo muito sério e não pode ser banalizada ao ponto de que, por mera decisão interlocutória o magistrado afaste a autonomia patrimonial e inclua os bens dos sócios na execução concursal.

E isso não quer dizer que as fraudes têm que ser acobertadas, muito pelo contrário, devem, elas, serem processadas e julgadas, conforme o devido processo legal, e, para isso, o melhor caminho é a abertura de um incidente apenso ao processo de falência para apurar a eventual responsabilização das pessoas físicas envolvidas.

3.4 Das execuções incidentes no patrimônio individual dos sócios e sua insegurança jurídica

Todas essas situações já abordadas acarretam uma significativa insegurança jurídica àqueles que resolvem empreender no país. Ora, se nem ao menos se sabe como será o aspecto processual da desconsideração, se será no bojo do processo, autuado aparte, quem dirá o fim que ela tomará.

Tal situação necessita mudar, uniformizando a jurisprudência, nem que seja para que a decisão de desconsideração se dê por mero despacho do juiz, pois, assim, ao menos, se conhecerá as regras do jogo e terá certeza de sua aplicabilidade.

O termo “fraude” também é um pouco amplo, e não está especificado em lei o que faz com que, se crie uma lacuna muito grande para que o juiz atue, até mesmo, com um certo ativismo, algumas vezes, como ocorre na Justiça do Trabalho, conforme mencionado no tópico anterior.

A atuação do Legislativo pode vir a ser fundamental para reverter tal situação. A promulgação da Lei da Liberdade Econômica, que acrescentou o 2º³⁰ ao art. 50 do CC tenta, na medida do possível, delimitar as situações que caracterizariam a confusão patrimonial, o que ensejaria na desconsideração da personalidade jurídica.

Importante frisar o termo “outros atos” do inciso III, posto que o mundo dos negócios está em constante mudança e, fica quase impossível de prever todas as situações de fraude e “pôr em um papel”.

Sem esse termo o rol seria entendido como taxativo, facilitando a vida dos burladores, já que, sempre aparece novos mecanismos de fraudar o sistema e não se pode, portanto, usar dos mecanismos do Legislativo e do Judiciário para proteger os interesses daqueles que atuam contrariamente à Lei.

Dito isto, vamos aclarar, através de exemplos, as situações em que os patrimônios dos sócios serão utilizados para solver os interesses dos credores, seja em execuções individuais, seja na execução concursal, busca-se, para isso, mais uma vez a expertise do Professor Ulhoa³¹.

Suponha-se que Antônio organize em seu nome um estabelecimento para a exploração de atividade industrial, evidentemente, tal bem, é propriedade da pessoa física. Posteriormente constitua uma sociedade limitada com outro sócio que só tenha pequena participação no capital social. Antônio, com isso, pega tal parque fabril e vende a nova pessoa jurídica o referido bem, ao invés de integralizar, com ele, o capital social.

Com isso, Antônio virará credor da dita sociedade e não apenas terá os seus direitos de sócio, caso tivesse integralizado o capital social com o bem. Assim,

³⁰ § 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

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

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

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. Cit. Páginas 55-58

caso tal sociedade venha a falir, Antônio, em tese, poderá reaver tal bem para si, através de pedido de restituição, posto que dito bem integra a propriedade dele.

Tal atitude de Antônio, a priori não é ilícita, posto que é plenamente possível optar por vender o bem à pessoa jurídica ao invés de integralizar o capital social, sendo este um ato jurídico válido. No entanto, com a sobrevinda da falência, tal ato torna-se fraudulento, posto que, o sócio não teria nenhum prejuízo e sairia ileso deixando a mercê o interesse dos credores.

Assim, haveria a propositura de uma desconsideração da pessoa jurídica para que tal bem seja levado a execução concursal, posto que os interesses dos credores foram fraudados, ainda que o ato jurídico cometido por Antônio seja, em tese, lícito. Contudo, como há claramente, neste exemplo, o interesse subjetivo de fraude, deve ser afastada aqui a autonomia patrimonial.

Outra situação exemplificativa é a de que Benedito e Carlos sócios de uma sociedade anônima, provocam sérios danos ambientais que estão sendo apurados em ação de conhecimento e que eventual indenização levará a insolvência dela. Diante disto, decidem constituir nova sociedade e transferir todos os bens para o patrimônio da nova pessoa jurídica.

Sobrevindo a indenização, não se encontrará mais nenhum patrimônio em nome da antiga sociedade. Observa-se aqui que o ato jurídico de constituir nova sociedade e transferir seus bens é perfeito e produz todos os seus efeitos. No entanto, é claro que tal operação só foi produzida com o intuito de fraudar os interesses dos credores, no caso aqui a União. Por isso, opera-se, mais uma vez, a desconsideração da personalidade jurídica, mas, nesse caso, não é a pessoa física que terá seus bens atingidos, mas sim a nova sociedade, a qual foi constituída com o intuito de fraude.

Já o terceiro e último exemplo é inspirado no caso “State vs Standard Oil.Co”, mencionado no início do capítulo. Imaginemos que quatro companhias, cada uma com seu quadro societário, compitam entre si, em determinado segmento do mercado. Imaginemos que o controlador da empresa mais forte proponha aos concorrentes um acordo, mediante o qual, ele passa a ter o direito

de escolher seus administradores e ofereça, em troca, a garantia da rentabilidade mínima.

Feito o acordo, é escolhido os administradores, não sendo alterado, portanto, o quadro societário das empresas. Nesse cenário, considerar as sociedades como pessoas jurídicas distintas, em obediência ao princípio da autonomia, importa identificar, no referido segmento de mercado, mais de uma sociedade empresária em competição. Quer dizer, se há quatro concorrentes, descabe cogitar monopólio.

No entanto, é inegável que o controlador da maior companhia, por meio do dito acordo, domina o mercado, podendo, determinar aos administradores que indicou para cada companhia a majorada dos preços sem risco de perda de clientela, sendo isso considerado, um “monopólio as escondidas”, posto que, apesar de não existir monopólio formalmente, há um monopólio de fato.

Entre tais exemplos, o que há em comum é que a manipulação da autonomia das pessoas jurídicas foi o instrumento para a realização de fraude contra os credores ou, ao menos, abuso de direito. A solução para isso não é abolir a autonomia da pessoa jurídica, mas sim identificar os usos de fraude e, nesses casos, desconsiderar a personalidade jurídica.

Essas são apenas algumas das hipóteses em que a personalidade jurídica pode ser afastada e a execução incidir no patrimônio pessoal dos sócios, procedendo com a penhora de seus bens, trazendo-os para satisfazer os interesses dos credores.

Mas não é com essa boa aplicação do instituto que nos preocupamos. Como já dito várias vezes aqui, a desconsideração da personalidade jurídica serve para proteger o instituto da autonomia patrimonial da fraude e de abusos. O que traz preocupação é a má-aplicação dele por parte de alguns magistrados brasileiros.

A pior hipótese é quando, diante da simples insolvência, sem estar caracterizada a indispensável presença do elemento fraudulento, é decretada a desconsideração da personalidade jurídica e o sócio, que sempre atuou de boa-fé,

verá o seu patrimônio, construído através de árduo trabalho, sendo dissipado injustamente.

Não há nenhum crime em ter ido mal nos negócios, toda atividade econômica possui seus perigos, e o risco é inerente ao ramo. Há que se pensar em mecanismos eficazes na proteção aos sócios, para garantir uma maior segurança jurídica aos empreendedores brasileiros.

Normas mais concretas e menos vagas, como tenta a Lei 13.874/19, é uma boa tentativa de amenizar o problema, o termo “fraude” deixa tudo muito aberto, nas mãos do juiz. Não é que ele não vá decidir de acordo com seu livre convencimento, mas sim que haja meios básicos de lhe orientá-lo em sua decisão, para que tudo não entre numa grande onda cinzenta em que não se sabe o desfecho do processo.

O sócio, hoje em dia, ainda que atuando, conforme a lei, e de boa-fé, sobrevivendo a falência de sua empresa, não possui a segurança de que seu patrimônio pessoal permanecerá intacto. Muito pelo contrário, a própria falência, em si, já é um dano emocional muito grande, ver aquele negócio, que demandou tantos anos de esforço, ruir, causa um desgaste emocional elevadíssimo, isso somado as incertezas de que seus bens poderão ser levados à execução concursal. Não é à toa que, nos noticiários, vez ou outra aparece sócios de empresa que estão mal economicamente que cometem suicídio.

Tal insegurança jurídica não é preocupante apenas nesse aspecto, mas também para a economia brasileira como um todo. Empreender já é uma tarefa árdua em qualquer lugar do mundo, no Brasil, tal dificuldade é multiplicada em algumas vezes.

A alta carga tributária, as diversas quantidades de normas, o ativismo judicial são alguns dos exemplos que agravam a situação brasileira. Em matéria recente a Revista Veja³² assim dispôs:

“A falta de nitidez em relação a direitos e deveres das empresas, além das constantes alterações em leis e marcos regulatórios, mina a competitividade da economia, o que causa prejuízos às empresas, aos trabalhadores e à nação como um todo. Num panorama de incerteza quanto à estabilidade dos negócios e à validade de contratos, investimentos são cancelados, projetos, engavetados, vagas de trabalho deixam de ser criadas e a retomada do desenvolvimento econômico e social é adiada.

Nossos legisladores aprovam leis cujo texto não tem a clareza necessária e, muitas vezes, não contam com base constitucional. As regras são modificadas sem a verificação do impacto econômico dessas alterações e sem que se estabeleça um regime de transição, indispensável para que empresas e contribuintes façam as adaptações exigidas. Há uma produção exagerada de leis, códigos, medidas provisórias, regulamentos, decretos e outras regras que se amontoam diante dos cidadãos e das empresas. Muitas são sobrepostas e tratam dos mesmos assuntos. Para se ter uma ideia, levantamento feito pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT) revela que a quantidade de normas editadas no Brasil aumentou de 3,3 milhões em 2003 para 5,7 milhões em 2017 – um acréscimo de 73%.

Considerado o principal guardião da estabilidade da legislação, promotor da pacificação social e garantidor da ordem, o Poder Judiciário tem se tornado um fator de insegurança jurídica, ao questionar leis aprovadas pelo Congresso Nacional. Julgamentos díspares em casos similares, interpretações erradas, mudanças bruscas de entendimento, morosidade e o excesso de processos pioram o quadro. Em muitos casos, as sentenças são aleatórias, arbitrárias ou mostram a preferência do magistrado. Em muitas decisões, o interesse de burocratas e governantes se sobrepõe aos direitos dos indivíduos e das empresas.”

É fato notório que a competitividade e a economia de mercado trazem inovação e avanço tecnológico ao mundo. Para estimular tais atividades é necessário criar um ambiente propício, em que a busca sadia ao lucro seja incentivada.

No entanto, a insegurança jurídica brasileira na verdade mina e desestimula a busca pelo empreendedorismo. Por isso, é fundamental amenizar tal situação, buscando garantir o maior grau de certeza possível a todas as partes envolvidas no processo.

³² ANDRADE, Robson Braga. **Os danos da insegurança jurídica para o Brasil**. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/os-danos-da-inseguranca-juridica-para-o-brasil/> Acessado em: 24/08/2019

Em conclusão, não é aqui uma crítica ao tão importante instituto da desconsideração da personalidade jurídica, mas sim uma tentativa de aperfeiçoá-lo. Conhecer as regras do jogo é fundamental em qualquer aspecto, por isso, faz-se necessário elucidar situações mais claras em que a autonomia patrimonial será afastada e não continuar na completa vagueza que existe atualmente.

4. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS E DOS ADMINISTRADORES

4.1 A responsabilidade civil

De acordo com os ensinamentos de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, a noção jurídica de responsabilidade civil pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente, subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato, a obrigação de reparar.³³

Nesse mesmo diapasão, leciona Caio Mário³⁴ que a responsabilidade civil nada mais é do que a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outra. Sérgio Cavalieri³⁵ também trilha o mesmo caminho se referindo à responsabilidade como sendo uma exigência da própria convivência social, aduz que não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido à inteligência e à vontade dos indivíduos, de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações.

Percebe-se, portanto, que a responsabilidade civil é inerente ao convívio humano. No cotidiano ocorre conflitos e as pessoas cometem danos a outros. De tais danos, surge o dever de reparar.

³³ STOLZE, Pablo e PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil- Responsabilidade Civil**. São Paulo-SP Editora Saraiva 2005 Página 09

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro-RJ: Editora Forense, 1998, pg. 7.

³⁵ CAVALIERI, Sérgio Filho, **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo-SP Editora Malheiros, 2005, pg. 23.

No processo de insolvência, não é diferente, os danos causados pela sociedade empresária devem ser reparados.

Quando uma empresa começa a atrasar o pagamento aos funcionários, a deixar de efetuar negócios com os fornecedores, enfim, começa a não cumprir com suas obrigações, deixando de captar recursos, ela entra em um ciclo vicioso que, no futuro, acarretará em um colapso financeiro, chegando ao estado de insolvência jurídica e tendo sua falência decretada.

Por esse motivo, a sociedade empresária é responsabilizada pelas despesas que ficaram em aberto, tendo o seu patrimônio restante executado para solver, da melhor maneira que seja possível, os interesses dos credores.

Sabemos que a personalidade jurídica nada mais é do que uma ficção, por trás dela, sempre estão pessoas físicas e os bens patrimoniais que serão executados, apesar de estarem no nome da sociedade empresária, pertencem, de fato, aos sócios, que, apesar de, em via de regra, não terem seus bens pessoais tocados, verão o patrimônio que construíram sendo dissipado. É possível dizer, portanto, que os sócios também sofrem as consequências da responsabilidade civil.

Contudo, juridicamente falando, a responsabilidade dos sócios, nas pouco utilizadas sociedades ilimitadas, é subsidiária, apenas após esgotar o patrimônio da empresa. Já nas sociedades anônimas e limitadas a regra é a da não-responsabilização, salvo nos casos em que se configura preenchidos os requisitos para a propositura do incidente de descon sideração da personalidade jurídica.

Em uma falência não são apenas possíveis consequências econômicas que sofrem os sócios. A seção V da Lei 11.101/05 trata justamente, acerca dessas consequências.

Conforme Almeida, decretada a falência, sofre o falido sérias restrições a sua capacidade processual, não podendo, por via de consequência, figurar como autor ou réu em ações patrimoniais de interesse de massa.”.³⁶

Quem fará a defesa dos interesses da massa falida é o Administrador Judicial. Frise-se que é a defesa dos interesses da massa e não da empresa falida. A massa é uma ficção jurídica que representa a coletividade envolvida naquele processo.

Deve, o representante da massa, buscar maneiras de maximizar e preservar o ativo para que possam ser quitados a maior quantidade de débitos possíveis.

Talvez, a mais importante das limitações, é a do art. 102³⁷ da LRF que afirma que o falido ficará impedido de exercer atividade empresarial, a partir da decretação da falência, até a sentença que extingue suas obrigações.

Outra limitação que sofre o falido é de, conforme o art. 104, III da Lei de Falências, não se ausentar do local onde processa a falência, sem justo motivo e comunicação expressa ao juiz e sem deixar procurador.

Mister salientar que essa restrição se difere, bastante, da proibição de se ausentar da comarca, que vemos no Direito Processual Penal.

O falido não é um criminoso, nem está, tão somente com a sentença da falência, sendo investigado por crime, trata-se, de fato, de boa-fé processual, posto que, o sócio, não pode, tendo a sua empresa quebrado, simplesmente sumir, sem deixar paradeiro.

Há que se averiguar a responsabilidade dele, como se observa na Lei, se o sócio deixa advogado constituído, pode ele, livremente, se ausentar da comarca, já que tal situação não seria caracterizada como uma fuga.

³⁶ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e concordata. São Paulo-SP. Editora Saraiva 2002**

³⁷ Art. 102. O falido fica inhabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência e até a sentença que extingue suas obrigações, respeitado o disposto no § 1º do art. 181 desta Lei.

Já foi dito que a sentença de falência acarreta uma série de obrigações perante o falido. O art. 158³⁸ da Lei 11.101/05 traz as hipóteses pelo qual tais obrigações são extintas.

O inciso I é hipótese meramente utópica, que nada mais é do que o pagamento de todo o crédito. O inciso II dificilmente é visto, que é o pagamento até a metade da classe VI, sendo facultado ao falido o depósito da quantia faltante.

Já os incisos III e IV tratam de hipóteses mais factíveis. A falência é um processo muito demorado que chega a durar até décadas, no entanto, com a sobrevinda da sentença de encerramento da falência, o falido não condenado em crime falimentar terá a sua obrigação extinta em 5 anos, sendo este prazo, dobrado, caso o sócio condenado criminalmente.

Configurada quaisquer dessas hipóteses, poderá o falido requerer ao juízo universal sua reabilitação que será autuado apartado, conforme o art. 159³⁹ da Lei 11.101/05.

Vale lembrar que, recentemente, a justiça de São Paulo entendeu que o sócio falido pode exercer atividade comercial, mesmo que não tenha se encerrado o processo de falência o qual ele era sócio.⁴⁰

Os argumentos utilizados pelo juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações do TJSP foram de que a espera até o encerramento da falência fere direitos fundamentais, posto que se alastram por décadas, sem perspectiva de fim, aplicando ao empresário uma pena de inabilitação muito longa.

³⁸ Art. 158. Extingue as obrigações do falido:

I – o pagamento de todos os créditos;

II – o pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários, sendo facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir essa porcentagem se para tanto não bastou a integral liquidação do ativo;

III – o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado do encerramento da falência, se o falido não tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei;

IV – o decurso do prazo de 10 (dez) anos, contado do encerramento da falência, se o falido tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei.

³⁹ Art. 159. Configurada qualquer das hipóteses do art. 158 desta Lei, o falido poderá requerer ao juízo da falência que suas obrigações sejam declaradas extintas por sentença.

⁴⁰ BAETA, Zínia. **Sócio falido pode voltar ao mercado** Disponível em:

<https://www.valor.com.br/legislacao/5772461/socio-falido-pode-voltar-ao-mercado> Acesso em: 03/09/2019

4.2 Aspectos do direito comparado

Tal decisão retratada no último parágrafo do tópico anterior foi espelhada no conceito do *fresh start* do direito norte-americano, cujo cerne é incentivar que o devedor retorne ao mercado após a falência, trazendo uma cultura de empreendedorismo e livre mercado, servindo a crise até mesmo como um duro aprendizado, mas não como algo que o torne um pária da sociedade.

Para se ter uma ideia como tal decisão, inspirada no modelo norte americano, foi acertada, no Brasil, um condenado por homicídio doloso dificilmente completa duas décadas preso, já, um sócio falido, não condenado por crime falimentar, tem que esperar 05 anos após o encerramento da falência, que, por vezes, dura 20 anos.

Logo, percebe-se que a “pena” para um sócio fracassado em seus negócios chega a ser “mais gravosa” do que um assassino. Não é que o sócio irá para a cadeia, mas sim que ele terá um direito fundamental seu, a saber o de livre iniciativa, afetado, tão como teve o criminoso um direito fundamental cerceado, nesse caso, o da liberdade, sendo que por ainda mais tempo.

A *Lei Borloo*, ou a lei segunda chance, que entrou em vigor em 2003, na França, criou um procedimento de reestabelecimento pessoal, implicando em um perdão total das dívidas quando o devedor não tem bens passíveis para a liquidação.⁴¹ A lei falimentar germânica também contém disposição nesse sentido.⁴²

Desse modo, percebe-se que a tendência é que, cada vez mais, as legislações falimentares modernas permitam a rápida reinserção do sócio falido no mercado.

A responsabilidade dos sócios, no direito francês⁴³, prescreve, tal como no ordenamento jurídico pátrio, a extensão da falência aos ilimitadamente e

⁴¹ http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_fra_pt.htm

⁴² https://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_ger_pt.htm

⁴³ Art. L624-1. Le jugement qui ouvre le redressement ou la liquidation judiciaires de la personne morale produit ses effets à l'égard de toutes les personnes membres ou associées de la personne morale et indéfiniment et solidairement responsables du passif social. Le tribunal ouvre à l'égard de chacune

solidariamente responsáveis determinando a abertura de um procedimento específico para cada um⁴⁴.

Já a lei de quebras espanhola, contemporânea a brasileira, determina que a quebra da sociedade importa na quebra de seus sócios com responsabilidade ilimitada.⁴⁵

Do mesmo modo, a lei italiana⁴⁶ dispõe que a sentença que decreta a falência da sociedade com os sócios de responsabilidade ilimitada produz também a falência dos sócios ilimitadamente responsáveis.⁴⁷

A lei brasileira em seu art. 82 faz referência ao controlador e administrador. No entanto, há que se tomar cuidado para não cometer injustiças, posto que pode ser que determinado acionista sem participar formalmente da administração determina, de fato, o rumo que a empresa deve tomar.

Para evitar tais distorções, surge, no direito comparado, a figura do administrador de fato que não goza de outorga legal de administração, contudo, envolve-se efetivamente nas decisões chaves daquela sociedade empresária.

Sobre o administrador de fato, assim leciona Villamizar:

“O sistema de administradores de fato, tomado no Direito Comparado de sociedades, aponta no sentido de tornar extensíveis as responsabilidades legais aplicáveis aos administradores a outros indivíduos que, sem ocupar cargos formais dentro da companhia, exerçam atividades positivas de administração ou gestão.”⁴⁸

d'elles une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire selon le cas”.

⁴⁴ V. RIPERT, Georges, e ROBLOT, René. **Traité de droit commercial**, v. 2, p. 872

⁴⁵ *Ley de Quiebras*, de 16.05.2002, art. 160.

⁴⁶ 147. *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”.

⁴⁷ SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro, PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo-SP. Editora Revista dos Tribunais 2007. Página 350

⁴⁸ VILLAMIZAR, Francisco Reyes. **Responsabilidade dos Administradores na Sociedades por ações Simplificada**. In: Revista de Direito Mercantil, São Paulo-SP: Ed: Malheiros, 2011, Página 122.

Portanto, bastante interessante a ideia utilizada da figura do administrador de fato, posto que a responsabilização recairá sobre àqueles que, de fato, possuem culpa, ainda que, formalmente, não estejam figurados como administradores

Outro tema que já é muito comum, nas legislações europeias, mas não é tão dissertado aqui no Brasil é no tocante a responsabilidade dos administradores e dos sócios, acerca do agravamento da situação de insolvência.

Como sabido, a Lei 11.101/05 não implica nenhum tipo de sanção ao devedor que julgando estar diante de uma situação de insolvência deixa de pedir a autofalência ou, ao menos, os benefícios da Recuperação Judicial. Agravando, ainda mais, a situação de crise que refletirá não só naquela sociedade empresária, mas em toda comunidade que o cerca.

Assim, o art. 105 da lei de falências se torna uma espécie de letra morta, com pouca aplicação prática, posto que, apesar de ordenar que o devedor requeira a autofalência, não impõe nenhuma sanção.

Em contramão a legislação brasileira, a maioria dos países europeus determina que os administradores da companhia sejam obrigados a iniciar um processo de insolvência em caso de crise.

Apenas 09 países na Comunidade Europeia não possuem, em seu regime legal, sanções que impõem à administração, o início do processo falimentar, são eles: Chipre, Dinamarca, Itália, Suécia, Malta, Hungria Irlanda e Reino Unido.⁴⁹

Inclusive, nesses quatro últimos, apesar de não haver punição, os administradores, ao ter ciência da situação da crise, responderão por operações temerárias ou que levem ao prejuízo contra os credores.

Em alguns países, a situação é tratada com tamanha seriedade que, além das responsabilidades civis e criminais, os administradores podem vir a ficar

⁴⁹ SATIRO, Francisco. **As abordagens dos países da União Europeia sobre temas estratégicos da insolvência**. Disponível em: https://www.dropbox.com/s/ckb1phf63k768bi/lbajud_Lisboa17.pptx?dl=0# Acesso em: 15/10/2019

impedidos de exercer a função, por alguns anos, como é o caso de Portugal e França.

Nessa toada, percebe-se que a legislação pátria segue o caminho contrário dos ordenamentos jurídicos dos principais países europeus.

Assim sendo, mister se faz a necessidade de uma reforma ao art. 105 da Lei de Recuperações e Falências, incluindo uma sanção aos administradores e sócios que, por tardarem em fazer o pedido, agravam a situação de insolvência.

Tal agravamento não produz efeitos apenas em relação a própria devedora, muito pelo contrário, a empresa é entendida como um nicho que envolve toda a comunidade ao seu redor.

A crise de uma empresa afeta também aos seus fornecedores, aos consumidores, aos trabalhadores que necessitam daquele emprego para sustentarem suas famílias. Além do impacto que possui ao movimentar uma parte da economia local.

Como se sabe, um dos principais fatores para que uma empresa se torne irrecuperável é o não enfrentamento da crise, de maneira tempestiva, na medida em que ainda seja possível a sua recuperação, ou que, a eventual falência não seja tão trágica para todos, restando ainda ativos, de maneira conservada, para saldar parte do débito.

Quando o administrador não enfrenta a situação com a prudência devida, tudo se torna um caos. A situação de crise vira irreversível, a falência é decretada, mas o que se encontra é uma sociedade empresária com um débito impagável e com ativos desvalorizados e que não suprirá, nem de longe, as pretensões dos credores.

Tudo isso, poderia ser evitado, caso a administração da companhia tivesse atuado, como sugere os ditames legais.

Nesse sentido, é notório os efeitos negativos que o agravamento da situação de insolvência traz para toda a sociedade. Por isso que é fundamental a presença

de uma punição, para responsabilizar os sócios e administradores que, deixaram a situação aumentar, por negligência, já que, ao decidirem não enfrentar a crise, da maneira que sugere a legislação, atuaram de maneira irresponsável, indo contra o princípio da função social da empresa.

Tal punição aumentaria também a segurança jurídica do processo falimentar, posto que, seria esperado que os administradores passassem a requerer, mais vezes, a autofalência, diante da possibilidade de aplicação de sanção.

Ademais, tal pedido se daria enquanto há uma variedade de ativos que poderá ser liquidado de maneira satisfatória para, na medida do possível, satisfazer boa parte das dívidas.

Garantindo assim, uma maior previsibilidade ao processo, além de conseguir adimplir uma maior quantidade de débitos.

No entanto, uma alternativa a se pensar é o de, além do viés punitivista, conceder, aos empresários de boa-fé- e somente a eles-, uma segunda oportunidade.

Em finais de 2018, a União Europeia aprovou novas regras sobre a insolvência das empresas, dando uma segunda oportunidade aos empresários falidos e honestos, facilitando o acesso das empresas viáveis, com dificuldades financeiras, a quadros jurídicos de reestruturação preventiva, numa fase precoce para evitar a situação de insolvência

Sobre esse projeto, assim dispôs o ministro da Justiça austríaco, Josef Moser⁵⁰:

“Todos os anos, 1,7 milhões de pessoas perdem os seus empregos porque a empresa onde trabalham vai à falência. Temos, por isso, de ter em vigor em toda a UE regras sólidas em matéria de insolvência, a fim de reduzir o número de falências e assegurar que os empresários honestos tenham uma segunda

⁵⁰ SADET, Romain. **UE aprova novas regras sobre insolvência das empresas**. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2018/12/19/eu-agrees-new-rules-on-business-insolvency/> Acesso em: 16/10/2019

oportunidade. Regozijo-me por termos alcançado tão rapidamente um acordo com o Parlamento, pelo que as novas regras poderão ser adotadas antes das eleições europeias.”

Dentre as medidas tomadas, a de maior destaque foi a introdução de disposições sobre as obrigações dos administradores. Essas disposições preveem que se tenham devidamente em conta os interesses dos credores, das partes envolvidas, que se busquem soluções para evitar a insolvência e qualquer ação negligente.

Essas obrigações são fundamentais para verificar a boa-fé dos administradores e sócios. Aqueles que as descumprirem, já não mais poderão ser caracterizados assim, portanto, seguramente as autoridades judiciárias as levarão em consideração ao avaliarem a responsabilidade dos administradores, em casos de violação ao dever de diligência.

Dá para se notar uma significativa relação entre essas medidas tomadas e o conceito de *fresh start*, do direito norteamericano, introduzido no início do tópico.

Percebe-se que cada vez mais, o direito falimentar ocidental está alinhado com os princípios da preservação da empresa e da livre iniciativa, buscando garantir, aos empresários de boa-fé, uma segunda oportunidade, para que se reinsiram no mercado, como indivíduos produtivos, e colaborem com o crescimento da economia.

No entanto, para os empresários de má-fé, a conduta deve ser a oposta. Agindo de maneira fraudulenta, eles subvertem o sistema, trazendo uma série de malefícios junto com eles.

Fundamental elencar uma série de obrigações, para os sócios e administradores seguirem, de maneira que traga mais objetividade para distinguir aqueles que são os empresários de boa-fé, dos que não são, separando, o joio do trigo, garantindo assim uma maior objetividade e celeridade ao processo, acarretando, por conseguinte, em um aumento da segurança jurídica.

4.3 Responsabilidade à luz do art. 82 da Lei 11.101/05

Assim dispõe o art. 82 da Lei de Falências e Recuperações:

“A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil”.

§ 1º Prescreverá em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, a ação de responsabilização prevista no caput deste artigo.

§ 2º O juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização.

Como já dito no tópico sobre a competência do juízo falimentar, será o próprio juízo universal quem irá apurar e julgar as eventuais responsabilizações dos sócios, independentemente de realização do ativo e da prova da insuficiência para cobrir o passivo, ou seja, não é só porque não há patrimônio suficiente para saldar as dívidas que será apurada a responsabilidade dos sócios e administradores.

Também, na raríssima hipótese, de que haja montante suficiente para o adimplemento dos débitos, também se investigará a responsabilidade dos sócios, sendo certo que o prazo prescricional da pretensão da massa falida encerra-se em dois anos a contar do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência.

Vale ressaltar que tal artigo, como seu próprio caput menciona, só se aplica aos sócios e administradores/controladores das sociedades anônimas/limitadas.

O sócio da sociedade por cotas de responsabilidade limitada responderá pessoalmente pelas obrigações sociais e, por isso, poderá ser responsabilizado no processo falimentar em duas hipóteses: quando participar de deliberação social

contrária à lei ou contrato social (art. 1080, CC⁵¹) e, juntamente com os demais sócios, pela integralização do capital social anteriormente subscrito (art. 1052, CC⁵²). O administrador das limitadas, a seu turno, responderá pessoalmente pelas obrigações sociais quando descumprir os deveres inerentes a seu cargo (art. 1011, CC⁵³), sendo a responsabilidade sempre subjetiva.⁵⁴

Cumpra ressaltar que tais disposições só se aplicam aos sócios que participam da administração da empresa, posto que os sócios não participantes não poderão sofrer quaisquer consequências no caso de dolo pois a responsabilização poderá ocorrer somente quando o mesmo participar dos atos da administração e infringir os termos contratuais ou estatutários que regem a sociedade, ou à norma tributária posta e tais atos resultem no inadimplemento das obrigações tributárias.⁵⁵

Sobre tal tema elucida Requião:

“na Sociedade por quotas de responsabilidade Limitada em caso a sociedade venha a ser declarada falida, os sócios não terão nenhuma responsabilidade se as quotas estiverem integralizadas e o capital social constituído, pouco importando que a sociedade venha a dar prejuízos aos credores. Porém, caso não estejam, responderão solidariamente pela parte que faltar para preencher o pagamento das quotas não liberadas, mesmo que as suas já estejam. Caso não ocorra a falência os sócios obrigam-se pela totalidade do capital social e não somente por suas quotas. Porém, se integralizadas as quotas e constituído o capital social, nenhuma responsabilidade subsiste, quer para com a sociedade,

⁵¹ Art. 1.080. As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram.

⁵² Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

⁵³ Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

⁵⁴ SANTOS, Pablo Francisco. **Responsabilidade dos sócios no Direito Falimentar Brasileiro**. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/responsabilidade-socios-direito-falimentar-brasileiro-desconsideracao-personalidade-juridica-falencia/> Acesso em: 28/08/2019

⁵⁵ DELAMURA, Natan. **A responsabilidade Civil no processo falimentar dos diversos tipos societários**. Disponível em: <https://natandelamura.jusbrasil.com.br/artigos/236785915/a-responsabilidade-civil-no-processo-de-falencia-dos-diversos-tipos-societarios> Acesso em: 03/09/2019

quer para com terceiros, permanecendo seu patrimônio particular inteiramente a salvo dos compromissos decorrentes das obrigações sociais “.⁵⁶

Já o controlador da sociedade por ações responderá pelas obrigações sociais quando proceder com abuso do poder de controle, conforme o art. 117 da Lei de Sociedades Anônimas⁵⁷.

Por último, o administrador da sociedade anônima será responsabilizado sempre que praticar conduta ilícita no tocante aos negócios sociais, tal como dispõe o art. 158 da LSA.⁵⁸

Também vale uma ressalva de que a lei 11.101/05, substituiu o termo “diretores das sociedades anônimas e gerentes das sociedades por cotas de responsabilidade limitada” por “administradores” de maneira correta, posto que pode-se entender por administradores todos os encarregados da administração das sociedades limitadas e anônimas, como os diretores, os membros do Conselho de Administração, ou seja, garantiu uma maior amplitude na tentativa de coibição de fraudes. A redação antes empregada se explicava pelo fato de que o Decreto Lei 766/45 foi editado antes da introdução do Conselho de Administração, enquanto órgão responsável pela gestão das sociedades anônimas, no direito brasileiro.⁵⁹

De todo modo, a regra geral é a de não-responsabilidade pessoal dos administradores, abrangendo tanto os conselheiros quanto os diretores das sociedades limitadas e anônimas.

Vale ressaltar que até quando se verifica a responsabilidade, ela sempre terá natureza subjetiva, fazendo necessária a presença de uma conduta dolosa ou

⁵⁶ REQUIÃO, E. Rubens. A situação dos sócios da sociedade com responsabilidade ilimitada e com responsabilidade limitada e a falência da sociedade. Disponível em: <http://www.reguiaomiro.adv.br/artigo21.html> Acesso em: 03/09/2019

⁵⁷ Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

⁵⁸ Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II- Com violação da Lei ou Estatuto

⁵⁹ TOLEDO, Paulo Fernando Campos de Salles. **O conselho de administração na sociedade anônima**. São Paulo-SP, Editora Atlas 1999 Página 24

culposa por parte do administrador, na sua tarefa de direção daquela sociedade empresária.

No mais, quanto à forma de apuração de eventual responsabilidade, deve-se observar o disposto nas respectivas leis. Mais uma vez, como não poderia deixar de ser, a melhor regulação existente é a da Lei das Sociedades por Ações, prevendo duas espécies de ações de responsabilidade do administrador: a ação originária (ação social), proposta pela própria Companhia contra o administrador; e a ação derivada, ajuizada pelo acionista contra o administrador, na condição de substituto processual da sociedade, ambas reguladas no art. 159⁶⁰ da Lei das Sociedades por Ações⁶¹.

Vale lembrar que tanto os administradores, sócios, acionistas das sociedades anônimas e limitadas possuem uma proteção, graças a autonomia patrimonial, posto que são limitadamente responsáveis até a integralização do capital social ou valor das ações subscritas.

Já nas sociedades ilimitadas, a sentença de quebra não produz seus efeitos tão somente na sociedade empresária, mas também acarreta a falência de seus sócios, conforme o art. 81 da LRF.⁶² Vale ressaltar que tal artigo possui uma aplicabilidade prática quase que irrisória, devido ao baixíssimo número de sociedades em que os sócios sejam ilimitadamente responsáveis, devido aos motivos já expostos no capítulo 2 deste projeto.⁶³

⁶⁰ Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.

⁶¹ SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro, PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Op. Cit. Página 355

⁶² 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.

⁶³ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **A extensão da falência e o art. 82-A da lei 11.101/05.**

Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI302702,21048-A+extensao+da+falencia+e+o+art+82+A+da+lei+1110105> Acesso em: 03/09/2019

CONCLUSÃO

A lei 11.101/05 trouxe diversas inovações e melhorias ao processo falimentar brasileiro, especialmente no surgimento do instituto da Recuperação Judicial e na não necessidade de consolidação do quadro geral de credores para a arrecadação e alienação dos ativos.

Contudo, a situação segue longe de ser a ideal. A insegurança jurídica no Brasil é um problema significativo, trazendo incertezas e não atraindo investidores para o mercado nacional. Tal obstáculo não será superado apenas com a atuação do poder Legislativo, na tentativa de aperfeiçoar as leis, deixando-as as mais claras possíveis.

É necessária uma uniformização da jurisprudência, aplicando a Lei de maneira coesa e racional. Como por exemplo, uma decisão recente do TJSP que, inspirada no conceito do *fresh start* permitiu, a um ex-sócio de uma companhia falida, o retorno as atividades empresarias antes da sentença de encerramento da falência.

No tocante ao Poder Legislativo, a Lei da Liberdade Econômica, que exemplificou hipóteses de confusão patrimonial, nas quais incidirá a desconsideração da personalidade jurídica, poderá ser bastante importante para amenizar o problema. Adicionar sanção ao artigo 105 da Lei de Quebras, fazendo com que o pedido de autofalência vire um verdadeiro dever aos sócios e administradores, também pode ser uma medida que melhore o processo falimentar, garantindo uma maior segurança, a todas as partes envolvidas, e celeridade às falências que geralmente são custosas, demoradas e que trazem prejuízos para todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e concordata**. São Paulo-SP. Editora Saraiva 2002

ANDRADE, Robson Braga. **Os danos da insegurança jurídica para o Brasil**. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/os-danos-da-inseguranca-juridica-para-o-brasil/>

BAETA, Zínia. **Sócio falido pode voltar ao mercado** Disponível em: <https://www.valor.com.br/legislacao/5772461/socio-falido-pode-voltar-ao-mercado>

BARBOSA, José Olindo. **A norma em Kelsen: sanção como fundamento da norma**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44659/a-norma-em-kelsen>

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm

BRASIL. **Consolidações das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

BRASIL. **Lei Antitruste**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm

BRASIL. **Lei da Liberdade Econômica**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm

BRASIL. **Lei das Sociedades Anônimas**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm

BRASIL. **Lei De Crimes Ambientais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm

BRASIL. **Lei de Recuperações e Falência**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm

CAVALIERI, Sérgio Filho, **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo-SP Editora Malheiros, 2005, pg. 23.

COELHO, Fábio Ulhoa **Comentários à Lei de Falência e de Recuperação de Empresas**. 11ª Edição São Paulo- SP. Editora Revista dos Tribunais 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários a Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial- volume 3.** 17ª Edição São Paulo-SP. Editora Revista dos Tribunais 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa.** São Paulo-SP Ed: Saraiva 2010

COLMANN, Isabella Maria. **Um breve comparativo entre a nova e a velha Lei de Falências e seus aspectos positivos e negativos.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,um-breve-comparativo-entre-a-nova-e-a-velha-lei-de-falencias-e-seus-aspectos-positivos-e-negativos,55985.html>.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima.** São Paulo-SP Editora Revista dos Tribunais 1977.

CORREA, Rodolfo Rubens Martins. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10205&revista_caderno=8

DELAMURA, Natan. **A responsabilidade Civil no processo falimentar dos diversos tipos societários.** Disponível em: <https://natandelamura.jusbrasil.com.br/artigos/236785915/a-responsabilidade-civil-no-processo-de-falencia-dos-diversos-tipos-societarios>

ESPAÑA, **Ley de quiebras.** Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-13813-consolidado.pdf>

FRANÇA. **Code de Commerce.** Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006236907&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20000921>

GUIOTTO, Gustavo Carreires. **A sociedade anônima.** Disponível em: <https://gustavoguiotto.jusbrasil.com.br/artigos/342624502/a-sociedade-anonima>.

Investimentos e Notícias. **O que é necessário para se tornar PJ.** Disponível em: <http://investimentosenoticias.com.br/financas-pessoais/carreiras-e-cursos/o-que-e-necessario-para-se-tornar-pj>

ITALIA. **LEGGE FALIMENTARE.** Disponível em: <https://www.brocardi.it/legge-fallimentare/titolo-ii/capo-x/art147.html>

MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**, 5º edição. São Paulo: Atlas S.A.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio.** Ed. Ver. E atual- Rio de Janeiro, RJ

MENGARDO, Bárbara. **Justiça aceita credor amigo em planos de recuperação.** Valor Econômico 2013. Disponível em:

<https://www.valor.com.br/legislacao/3376378/justica-aceita-credor-amigo-em-planos-de-recuperacao>

MILHOMENS, Jônatas. ALVES, Geraldo Magela. **Vocabulário prático de direito**. Rio de Janeiro-RJ. Ed. Forense 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro-RJ: Editora Forense, 1998, pg. 7.

PEREIRA, Clovis Brasil. **Principais mudanças na nova Lei de Falência**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6747/principais-mudancas-na-nova-lei-de-falencia>. Acesso em: 23/05/2019

REALI, Ronaldo Roberto. **A desconsideração da personalidade jurídica no direito positivo brasileiro**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigo/s/5008/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-direito-positivo-brasileiro/3>

REQUIÃO, E. Rubens. **A situação dos sócios da sociedade com responsabilidade ilimitada e com responsabilidade limitada e a falência da sociedade**. Disponível em: <http://www.requiaomiro.adv.br/artigo21.html>

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 29ª Ed. São Paulo-SP. Saraiva.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **A extensão da falência e o art. 82-A da lei 11.101/05**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI302702,21048-A+extensao+da+falencia+e+o+art+82+A+da+lei+1110105>

SADET, Romain. **UE aprova novas regras sobre insolvência das empresas**. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2018/12/19/eu-agrees-new-rules-on-business-insolvency/>

SALOMÃO, Luis Felipe. SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, Teoria e Prática**. Rio de Janeiro-RJ. Ed. Forense 2012

SANTOS, Pablo Francisco. **Responsabilidade dos sócios no Direito Falimentar Brasileiro**. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/responsabilidade-socios-direito-falimentar-brasileiro-desconsideracao-personalidade-juridica-falencia/>

SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro, PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo-SP. Editora Revista dos Tribunais 2007.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro. **As abordagens dos países da União Europeia sobre temas estratégicos da insolvência**. Disponível em: https://www.dropbox.com/s/ckb1phf63k768bi/lbajud_Lisboa17.pptx?dl=0#

STOLZE, Pablo e PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil-Responsabilidade Civil**. São Paulo-SP Editora Saraiva 2005

TARTUCE, Flavio. **A desconsideração da personalidade jurídica e suas aplicações ao Direito de Família e Sucessões.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI267804,51045-A+desconsideracao+da+personalidade+juridica+e+suas+aplicacoes+ao>

TOLEDO, Paulo Fernando Campos de Salles. **O conselho de administração na sociedade anônima.** São Paulo-SP, Editora Atlas 1999

V. RIPERT, Georges, e ROBLOT, René. **Traité de droit commercial**, v. 2

VILLAMIZAR, Francisco Reyes. **Responsabilidade dos Administradores na Sociedades por ações Simplificada.** In: Revista de Direito Mercantil, São Paulo-SP: Ed: Malheiros, 2011