

Opinião: Personalidade jurídica na falência e Lei 11.101/2005

No último dia 23 de janeiro, visando a atualizar a legislação brasileira referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária, entrou em vigor a Lei nº 14.112/2020. Entre as mudanças promovidas, destaca-se a norma do artigo 82-A, parágrafo único, da Lei



Segundo o dispositivo, a desconsideração da personalidade

jurídica da sociedade falida, para fins de responsabilização de terceiros, grupo, sócio ou administrador por obrigação desta, somente pode ser decretada pelo juízo falimentar com a observância do artigo 50 do Código Civil e dos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil, não se aplicando, porém, a suspensão de que trata o §3º do artigo 134 do CPC.

Como se vê, o legislador toma partido de antiga discussão doutrinária e jurisprudencial, admitindo a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito falimentar e, mais ainda, condicionando sua aplicação à instauração de um incidente cognitivo, apto a viabilizar contraditório ao terceiro que se pretende responsabilizar.

Sobre o tema, uma rápida digressão histórica.

Desde sua redação original, o artigo 82 da Lei 11.101/2005 prevê que 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 CPC.

Nesse momento, conquanto houvesse certa oscilação a respeito da aplicabilidade da teoria da desconsideração no âmbito do procedimento falimentar, acabou prevalecendo o entendimento segundo o qual caberia ao magistrado, nos próprios autos da falência, desconsiderar a personalidade jurídica da empresa por simples decisão interlocutória, sendo, pois, desnecessário o ajuizamento de ação autônoma para esse fim [\[1\]](#).

Sucedem que esse posicionamento, a despeito de bem admitir a descon sideração da personalidade jurídica no terreno falimentar, era criticado por dispensar a observância de um contraditório prévio e efetivo para responsabilização do sócio da falida. Já em 2014, aliás, percebendo o ponto, embora em voto vencido, o ministro Raúl Araújo entendeu não ser possível estender a sócio que não foi citado para integrar a lide os efeitos da sentença que declarou a falência de sociedade empresária, descon siderou a personalidade jurídica da sociedade falida e, ainda, aplicou a regra de ineficácia de alguns negócios [2].

Em 2015, o novo CPC passou a disciplinar, entre os artigos 133 a 137, o incidente de descon sideração da personalidade jurídica. Conquanto o STJ tenha se mantido resistente [3], a nova legislação impactou algumas decisões sobre o tema no ambiente falimentar. Veja esse exemplo do TJSP, de 2017:

"Pretendendo o administrador judicial a extensão dos efeitos da quebra aos sócios e ex-sócios da empresa, diante da presença dos requisitos do artigo 50, do Código Civil em vigor (desvio de finalidade ou confusão patrimonial), deve apresentar o pedido incidental ao d. juízo que preside a falência, que deverá, por sua vez, providenciar a citação dos réus para que apresentem defesa e as provas que possuam para impugnar o pedido" [4].

Em 2019, a Medida Provisória nº 881 acrescentou à Lei de Falência e Recuperação o artigo 82-A, prevendo que *"a extensão dos efeitos da falência somente será admitida quando estiverem presentes os requisitos da descon sideração da personalidade jurídica de que trata o art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 — Código Civil"*. O texto, porém, não foi mantido com a conversão da MP na Lei da Liberdade Econômica.

Mais recentemente, com a Lei 14.112/2020, o artigo 82-A da Lei de Falência e Recuperação passa a estabelecer que *"é vedada a extensão da falência ou de seus efeitos, no todo ou em parte, aos sócios de responsabilidade limitada, aos controladores e aos administradores da sociedade falida, admitida, contudo, a descon sideração da personalidade jurídica"*, seguido do parágrafo único, já transcrito, segundo o qual deve ser observado, para tanto, o respectivo incidente de descon sideração previsto no CPC.

Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, tratado pelo CPC como uma modalidade de intervenção de terceiros, representa autêntico pedido de tutela jurisdicional em face do sujeito cujo patrimônio se busca atingir. A pretensão dirigida ao terceiro envolve exercício do direito de ação, sendo que o juiz, ao acolher o pedido, reconhece a responsabilidade patrimonial do interveniente, liberando os meios executivos sobre seu patrimônio. Cuida-se, em suma, de ação incidental, ajuizada em processo cujo objeto é outro, razão pela qual se pode afirmar que essa forma de intervenção de terceiros amplia o objeto litigioso da causa [5].

É possível, ademais, que a descon sideração seja requerida logo na petição inicial, ocasião em que o sócio ou a pessoa jurídica (no caso de descon sideração inversa) deverão ser citados, desde logo, como réus, formando-se um litisconsórcio passivo com o devedor principal. É o caso de se constatar, já no início do processo falimentar, indícios de formação de grupo econômico que tenha sido usado de maneira fraudulenta para prejudicar credores.

Pois bem. Na doutrina e na jurisprudência, é comum haver certa confusão entre desconsideração da personalidade jurídica da empresa falida, ação de responsabilidade de sócios e, até mesmo, extensão dos efeitos da falência aos sócios.

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

Mais recentemente, enfrentando a discussão, afirmou o STJ que *"a ação de responsabilidade emoldurada pelo artigo 82 da Lei n. 11.101/05 destina-se precipuamente à responsabilização pessoal dos sócios, controladores e administradores, independentemente da realização do ativo e de prova de sua insuficiência para cobrir o passivo, pelo pagamento dos créditos constantes no quadro geral de credores da massa falida, não se prestando à desconstituição da personalidade jurídica da sociedade nem se confundindo com a extensão da falência, notadamente porque a responsabilização pessoal do gestor independe da superação da autonomia patrimonial, derivando da subsistência da prática de ato ilícito ou que infringe o contrato social (CC, art. 1.080)"* [7].

Ainda nesse último caso, pontuou-se que *"a ação de responsabilidade não se afigura a via adequada para aplicação da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica indireta, porquanto engendrada como instrumento apto a viabilizar a apuração se a conduta dos sócios de responsabilidade limitada, dos administradores e dos controladores contribuiu para o estado falimentar, legitimando sua responsabilização, não encerrando, pois, instrumento adequado para aferição da existência de ingerência comum em relação a dois empreendimentos a caracterizar eventual grupo econômico em razão da identidade de sócios, localização no mesmo endereço comercial e, ainda, confusão patrimonial, porquanto matéria afeta à doutrina da desconsideração indireta da personalidade"*.

Nessa linha distintiva, o Enunciado 48 da I Jornada de Direito Comercial do CJF confirma que *"a apuração da responsabilidade pessoal dos sócios, controladores e administradores feita independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, prevista no art. 82 da Lei n. 11.101/2005, não se refere aos casos de desconsideração da personalidade jurídica"*.

No mais, já se afirmou também que a extensão dos efeitos da falência aos sócios não se confunde com a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, uma vez que a primeira vai além dos efeitos meramente patrimoniais, sujeitando os terceiros atingidos a obrigações de outra natureza, além de diversas restrições de direito, como a de não se ausentar do lugar da falência sem autorização judicial [8].

Pois para nós, em primeiro lugar, a extensão dos efeitos da falência aos sócios somente pode ser aplicada no campo da responsabilidade ilimitada, o que foi reforçado pelo *caput* do artigo 82-A da Lei 11.101/2005. Aqui, a repercussão da falência da sociedade sobre a pessoa dos sócios é tão relevante que a lei determina que eles também devem ser citados quanto aos termos da ação falimentar [9]. Como se vê, não parece correto falarmos em extensão da quebra a sócios de empresa com limitação de responsabilidade. Nesse terreno das sociedades com limitação de responsabilidade, temos o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, contemplado no artigo 82-A da Lei de Falência e Recuperação, e a ação para responsabilização dos sócios, controladores e administradores, prevista no artigo 82 da mesma legislação.

O foco da desconsideração da personalidade jurídica é a extensão da responsabilidade patrimonial a um terceiro que, originariamente, não é o devedor. Busca-se, aqui, atingir o patrimônio de sócio, administrador ou grupo por dívida contraída pela sociedade falida. Já a ação de responsabilização envolve algo além da mera responsabilidade patrimonial secundária, sendo apta a tornar o sócio legítimo devedor, com todas as consequências daí decorrentes. Na sociedade limitada, isso pode ocorrer em duas hipóteses: falta de integralização do capital social (artigo 1.052, CC) e participação de deliberação social infringente da lei ou contrato social (artigo 1.080, CC). Se for administrador, a lei ainda prevê a responsabilização em caso de descumprimento do dever de diligência que cause prejuízo à empresa (artigo 1.011, CC). No campo das sociedades anônimas, haverá responsabilidade do acionista controlador por danos à sociedade que decorram do abuso de poder de controle (artigo 117, Lei 6.404/1976), assim como do administrador, em caso de ato ilícito praticado na condução dos negócios da sociedade (artigo 158, Lei da SA).

Seja como for, o que nos parece crucial é perceber que, nas sociedades com limitação de responsabilidade, para que os bens dos sócios, controladores ou administradores se sujeitem ao pagamento de dívidas da sociedade falida, é necessário que se observe, ao menos, o incidente processual previsto nos artigos 133 a 137 do CPC. Mais do que isso: mesmo que se admita, nesse campo, a extensão de certos efeitos da falência a terceiros (como a inabilitação do próprio sócio para exercício de atividade empresarial), a existência de prévia cognição sobre o ponto, mediante incidente ou ação autônoma, mostra-se imprescindível para validade do processo.

É que a busca pelo patrimônio do sócio, administrador, controlador, ou mesmo de uma empresa coligada, traduz verdadeiro pedido de tutela jurisdicional, objetiva e subjetivamente mais amplo do que o pedido falimentar, fundado em fatos específicos capazes de deflagrar a responsabilidade do terceiro. Assim, para que ocorra a modificação subjetiva, na linha do que já se defendeu em outros contextos, como no "redirecionamento da execução fiscal", mostra-se necessária a instauração de um incidente cognitivo dentro do processo falimentar, culminando-se numa decisão de mérito acerca dessa nova pretensão formulada, desde que após contraditório prévio (citação) outorgado ao sujeito a quem se imputa a responsabilidade [10].

Naturalmente, é possível o requerimento de tutela provisória cautelar já no momento da instauração do pedido, visando, por exemplo, a afastar determinado sócio do controle societário ou, então, bloquear seu patrimônio particular, considerando indícios de administração fraudulenta e risco de dilapidação de bens. Mas isso não significa, frise-se, que seja o incidente dispensado.

A partir desse novo artigo 82-A, parágrafo único, da Lei de Falência e Recuperação, portanto, espera-se que a jurisprudência, em especial o STJ, não mais resista à aplicação do incidente de desconsideração no processo falimentar. Eis a razão de ser do recente dispositivo aprovado.

Há, por fim, uma peculiaridade digna de nota.

Estabeleceu o legislador que não se aplica à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida o disposto no § 3º do artigo 134 do CPC. Ou seja: no âmbito da falência, a instauração do incidente não suspende o processo. De fato, andou bem o legislador nesse ponto, já que a razão de ser do procedimento especial previsto na Lei 11.101/2005 é, essencialmente, permitir a liquidação célere das empresas inviáveis, com vistas à realocação eficiente de recursos na economia.

Sucede que a instauração de um incidente predominantemente cognitivo, somada à essa inexistência de suspensão processual, pode gerar, por vezes, tumulto processual. Assim, parece possível que, em algumas causas mais complexas, o juízo falimentar remeta a discussão sobre a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida para a via ordinária, analogicamente ao que se dá no âmbito do processo de inventário e partilha, em que o juiz decidirá as questões no próprio bojo do processo, remetendo para as vias ordinárias as questões de alta indagação (artigo 612, CPC). Trata-se, aliás, de interessante exemplo de intercâmbio de técnicas processuais entre procedimentos especiais. Mas isto é assunto para um próximo texto.

[1] STJ, REsp n. 881.330, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 10.11.2008.

[2] STJ, REsp n. 476.452, Rel. p/ acórdão Min. Luís Felipe Salomão, DJe 11.02.2014.

[3] STJ, AREsp n. 1.108.142, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 16.08.2017.

[4] TJ-SP, AI 2193650-85.2017.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 11.12.2017

[5] RODRIGUES, Daniel Colnago. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: RT, 2017, p. 100.

[6] STJ, REsp 1.180.191, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 09.06.2011.

[7] STJ, AREsp n. 1.563.824, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 08.11.2019.

[8] STJ, REsp n. 1.293.636, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 08.09.2014.

[9] SANTA CRUZ, André. *Direito empresarial*. 10. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 785.

[10] Assim, de maneira ampla: SANTOS, Silas Silva. *Modificações subjetivas na execução e o objeto litigioso*. Tese (Doutorado). São Paulo: USP, 2016. p. 146-147.

Date Created

09/02/2021