

A Desconsideração da Personalidade Jurídica não se aplica à Recuperação Judicial

Márcio Souza Guimarães¹

Sumário

I. O instituto da desconsideração da personalidade jurídica. A. Os mecanismos de responsabilização dos sócios e administradores. B. A fraude coibida no art. 50 do Código Civil. II. Impossibilidade do manejo da desconsideração da personalidade jurídica no processo de recuperação judicial. A. A persecução da fraude nos processos de insolvência. B. Da inutilidade da desconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial.

Introdução

O direito das empresas em dificuldade tem por função responder ao risco inerente à atividade empresária. Inúmeros fatores econômicos, sociais, financeiros, jurídicos, sociais, dentre outros, podem levar o empresário (ou a sociedade empresária) ao enfrentamento de uma crise, de maior ou menor proporção. Diante de cada caso, o diagnóstico pode levar ao seu encerramento, com a falência, ou seu reerguimento, com a recuperação judicial ou extrajudicial. Entretanto, o manejo de tais institutos não acarretará, em regra, na incidência da desconsideração da personalidade jurídica, alcançando sócios e administradores, os quais não se confundem com a sociedade.

I. O instituto da desconsideração da personalidade jurídica

Mesmo passados muitos anos da previsão legal dos institutos de responsabilização, verifica-se ainda certa

¹ Professor de Direito Comercial e Coordenador do Núcleo de Direito de Empresa e Arbitragem da Escola de Direito Rio da FGV - Fundação Getúlio Vargas. Doutor pela Université Toulouse 1 Capitole (Centre de Droit des Affaires). Professor visitante da Université Paris 2 Panthéon-Assas. Max Schmidheiny professor da Universidade de Saint Gallen (Suíça). Professor visitante (FGV) na Harvard Law School. Acadêmico fundador da Academia Brasileira de Direito Civil. Foi vice-presidente da Comissão Especial de Arbitragem da OAB Nacional. Ex-membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

dificuldade em diferenciar o instituto da responsabilização dos sócios (**a**) e administradores de uma sociedade empresária (**b**), da desconsideração da personalidade jurídica. Ainda que ambos tenham como objetivo final a responsabilidade patrimonial de determinados agentes, cada um possui técnicas e pressupostos legais distintos.

A. Os mecanismos de responsabilização dos sócios e administradores

Há mais de cem anos, o Código Civil de 1916, estabeleceu expressamente no direito brasileiro o princípio da autonomia patrimonial. De acordo com o art. 20 daquele diploma², a pessoa jurídica possui existência distinta da de seus membros, sendo capaz de deveres e direitos próprios³, ostentando responsabilidade patrimonial própria. Nesse sentido, Pontes de Miranda⁴ já lecionava que:

Ser pessoa é ser capaz de direitos e deveres. Ser pessoa jurídica é ser capaz de direitos e deveres, separadamente; isto é, distinguídos o seu patrimônio e os patrimônios dos que a compõe, ou dirigem.

A previsão de autonomia patrimonial da pessoa jurídica foi um grande avanço para a atratividade dos investimentos, com a alocação de risco previsível. O sócio passou a ter noção perfeita do limite do risco do seu investimento, sabedor de que o máximo de perda (valor investido) é delimitado. Mesmo um século após o advento do Código Civil de 1916, e quase duas décadas da vigência no Código Civil de 2002, ainda foi necessária nova intervenção legislativa para explicitar o comando de 1916, o que se verificou com o novo art. 49-A do Código Civil, surgido com a Lei de Liberdade Econômica⁵.

² Art. 20. As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.

³ Como tivemos a oportunidade de escrever: "Os dispositivos do Código Comercial (1850) referentes às sociedades davam margem à dúvida sobre a consideração da personalidade jurídica, ao asseverar que dentre os sócios, ao menos um deveria ser comerciante, nos termos dos artigos 311; 315 e 317. Em 1916, o Código Civil dirimiu qualquer controvérsia ao indicar o nascimento da personalidade jurídica (artigo 18), bem como ao asseverar que as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros (artigo 20). O mesmo caminho foi percorrido pelo Novo Código Civil, nos artigos 45 e 985." GUIMARÃES, Márcio Souza. Aspectos Modernos da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: Revista da EMERJ. V. 7. N. 25. Rio de Janeiro: EMERJ, 2004, p. 231.

⁴ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. p. 288.

⁵ Art. 49-A A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores.

Assim, a sociedade é uma pessoa jurídica de direito privado e possui personalidade jurídica própria, com aptidão para responder pelos atos que pratica, diretamente com o seu patrimônio; preceito secular, mas de tão difícil compreensão prática, como já defendemos⁶:

A pessoa jurídica é, assim, um instrumento indispensável para os incentivos empresariais dos agentes econômicos, dado que a sua criação proporcionou a limitação das eventuais perdas dos seus fundadores e a aglutinação de recursos dos sócios, permitindo a constituição de diversas sociedades que, se não fosse por sua criação jurídica (ficação jurídica), não existiriam.

Em decorrência de seu significativo papel de incentivo aos agentes econômicos, a recente reforma da lei 11.101/05, pela lei 14.112/2020, também reiterou o postulado da autonomia patrimonial, como se depreende do seu art. 6º-C:

Art. 6º-C. É vedada atribuição de responsabilidade a terceiros em decorrência do mero inadimplemento de obrigações do devedor falido ou em recuperação judicial, ressalvadas as garantias reais e fidejussórias, bem como as demais hipóteses reguladas por esta Lei.

Nesse contexto, a sociedade é uma ficção jurídica, com existência limitada ao plano meramente jurídico, mas com personalidade, patrimônio e vontade distintas das dos sócios.

Quanto à formação e manifestação de vontade das sociedades, nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, adotou-se, comumente, a teoria organicista, em oposição à teoria da representação⁷. Assim, entende-se que

⁶ GUIMARÃES, Márcio Souza. Redirecionamento da execução fiscal: novos contornos da jurisprudência. In: ARAÚJO FILHO, Raul; MARCONI, Cid e ASFOR ROCHA, Tiago. (coord.) Temas Atuais e Polêmicos na JUSTIÇA FEDERAL. Editora JusPodivm, 2018, p. 2.

⁷ Assim esclarece José Edvaldo Tavares Borba: "Os órgãos administrativos são os que dão vida à sociedade, fazendo-a funcionar. São dois esses órgãos: o conselho de administração e a diretoria. (...). Os administradores têm vários deveres para com a sociedade, podendo-se afirmar que o primeiro de todos esses deveres é o de bem administrá-la; deve o administrador agir com a competência, eficiência e honestidade que seriam de esperar de um homem 'ativo e probo' que estivesse a cuidar de seu próprio negócio." BORBA, José Edvaldo Tavares. Direito Societário. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 307-

a sociedade, por ser desprovida materialmente de meios próprios para manifestar sua vontade e realizar negócios jurídicos válidos de maneira autônoma, vale-se dos seus diversos órgãos para tanto.

Estes podem ser divididos em órgãos de deliberação - assembleia geral, no caso das sociedades anônimas, conforme o art. 121 da lei 6.404/76⁸; ou reunião de sócios, no caso das sociedades limitadas, na forma do art. 1.072 do Código Civil⁹ -, de controle (conselho fiscal) ou de execução (administração, direção) sendo certo que o administrador ou diretor apenas expressa a vontade da sociedade e não a sua própria, executando e pondo em prática aquilo que foi deliberado no órgão próprio de deliberação social da pessoa jurídica, desde que instaurados de acordo com as previsões legais e estatutárias aplicáveis.

Nem sempre, entretanto, estes gestores atuam de acordo com os deveres e limites impostos pela lei e pelo objeto social. Podem atuar orientados por interesses diversos do interesse social, em benefício próprio, de terceiros ou mesmo de maneira contrária à lei. Desta forma, uma vez comprovada a extração dos objetivos da sociedade ou a prática de atos abusivos por parte dos administradores, estes respondem pessoalmente pelos prejuízos causados.

Contudo, não se quer dizer que estamos diante do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

A responsabilidade do administrador de sociedades anônimas está indicada no art. 158 da lei 6.404/76:

405. Corroborando a teoria organicista, o TJSP já decidiu que "a agravante é sociedade empresária, constituída como sociedade anônima, que não tem representante legal, mas sim, presentante legal, na correta terminologia de Pontes de Miranda. A sociedade se faz presente na Assembleia de Credores e em qualquer outro ato ou negócio jurídico por seus diretores ou administradores, observada a aplicação da teoria organicista e não a teoria da representação." Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Seção de Direito Privado. Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais. Agravo de Instrumento nº 429.581.4/3-00. Relator: Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças. Data do Julgamento: 15.03.2006. p. 5.

⁸ Art. 121. A assembleia-geral, convocada e instalada de acordo com a lei e o estatuto, tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento.

⁹ Art. 1.072. As deliberações dos sócios, obedecido o disposto no art. 1.010, serão tomadas em reunião ou em assembleia, conforme previsto no contrato social, devendo ser convocadas pelos administradores nos casos previstos em lei ou no contrato.

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

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

II - com violação da lei ou do estatuto.

No mesmo sentido, o art. 1.016 do Código Civil determina que os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções. Há ainda a possibilidade de aplicação supletiva das regras previstas na lei 6.404/76 às sociedades limitadas, na forma do parágrafo único do art. 1.053 do Código Civil, hipótese em que se autoriza a aplicação do já citado art. 158 daquele diploma para fins de responsabilização dos administradores pelo descumprimento de seus deveres.

Essas são as matrizes da responsabilidade dos administradores de sociedades empresárias.

Por outro lado, não se pode olvidar que, em determinados casos, prejuízos causados por condutas dos administradores estão abrangidos pelo próprio risco da atividade empresarial. A título de exemplo, o art. 159 da lei 6.404/76 prevê a possibilidade de exclusão da responsabilidade do administrador nos casos em que se comprove que agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.

Trata-se de regra inspirada na denominada teoria da *Business Judgement Rule*, criada no direito norte-americano com o objetivo de orientar a análise da regularidade das decisões tomadas pelos administradores de sociedades anônimas, visando diferenciar uma decisão de gestão equivocada de eventuais abusos. A diretriz determina que o administrador não será responsabilizado pelos prejuízos decorrentes de determinada medida quando, agindo de boa-fé, tenha tomado a decisão de forma refletida, fundamentada e informada¹⁰.

¹⁰ Sobre o tema, Alfredo de Assis Gonçalves Neto assevera que: "Por isso, na determinação da culpa, em qualquer de suas manifestações (in elegendo, in vigilando, por imprudência, negligência ou imperícia), com ou sem dolo, é preciso muita cautela para não inviabilizar o exercício dessa nobre profissão. É indispensável, na verificação da conduta do administrador, analisar sua postura profissional no cumprimento das suas obrigações, comparando-a com aquela que outra pessoa em igual posição normalmente faria se estivesse em seu lugar."

Depreende-se, portanto, que a análise da responsabilização dos administradores não se confunde com o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, prevista no art. 50 do Código Civil.

Da mesma maneira, a lei prevê a possibilidade de responsabilização dos sócios controladores pelos prejuízos causados à sociedade e a terceiros, desde que presentes determinados pressupostos. Quando detentores de participação suficiente para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia - o que a lei denomina de poder de controle - podem ser responsabilizados em caso de abuso de poder, na forma do art. 117 da lei 6.404/76¹¹, aplicável subsidiariamente às sociedades regulamentadas pelo Código Civil.

O regramento de conduta do acionista ou sócio controlador está prevista no art. 116, parágrafo único, da lei 6.404/76, norma que reflete a necessidade de proteção do denominado tríplice interesse transindividual societário¹², ao dispor que a companhia deve atender aos direitos e interesses (i) do capital; (ii) do trabalho e (iii) da sociedade:

Art. 116. P.ú. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. Direito de Empresa – Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 262-263. No mesmo sentido, Nelson Eizirik esclarece que: "Como o dever de diligência não possui um conteúdo delimitado e não está codificado de maneira uniforme, foi desenvolvida, nos Estados Unidos, a partir do julgamento de ações de responsabilidade contra administradores, a chamada *business judgement rule*, para verificar se estes cumpriram o *duty of care*. A *business judgement rule* constitui um *standard of judicial review*, isto é, corporifica uma regra de controle judiciário sobre as decisões dos administradores, estabelecendo a presunção de que estes agiram de forma independente e desinteressada, com conhecimento e informações adequados, com boa-fé e acreditando que seus atos visaram a atender aos melhores interesses da companhia." EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariadna B; PARENTE, Flávia e HENRIQUES, Marcus de Freitas. Mercado de Capitais – Regime Jurídico. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2019. P, 567-581.

¹¹ Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

¹² SOUZA GUIMARÃES, Márcio. O Controle Difuso das Sociedades Anônimas pelo Ministério Público. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 22.

Assim, o abuso do poder de controle não é causa para a desconsideração da personalidade jurídica, mas de responsabilização do sócio controlador.

O Enunciado nº 48 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal bem exprime a assertiva, diferenciando a apuração da responsabilidade dos sócios, controladores e administradores da desconsideração da personalidade jurídica¹³:

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.

Dante do caso concreto, deve ser verificado se a hipótese é de abuso de poder de controle, na forma prevista na lei 6.404/76, ou de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, com base no art. 50 do Código Civil, por se tratar de institutos diversos e com seus próprios requisitos legais.

B. A fraude coibida pelo art. 50 do Código Civil

Conforme anteriormente explicitado, vige no direito brasileiro o princípio da autonomia patrimonial, segundo o qual a pessoa jurídica possui existência autônoma dos membros que a compõem.

¹³ No mesmo sentido, o STJ bem delineou a distinção entre estes institutos: "Não há como confundir a ação de responsabilidade dos sócios e administradores da sociedade falida (art. 6º do Decreto-lei nº 7.661/45 e art. 82 da Lei nº 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 esconde 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 resarcimento da sociedade por atos próprios dos sócios/administradores, ao passo que a desconsideração visa ao resarcimento de credores por atos da sociedade, em benefício da pessoa oculta". Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial nº 1.180.191 - RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data do Julgamento: 05.04.2011. DJe: 09.06.2011. p. 2.

Não se olvida que com o tempo tenha sido observada a utilização da diferenciação patrimonial como subterfúgio à prática de fraudes por meio da pessoa jurídica. Visando coibir esse tipo de abuso, surgiu no direito norte-americano a *disregard of legal entity doctrine*, que permitia o afastamento da proteção conferida pela personalidade jurídica com relação a determinadas obrigações contraídas pela sociedade, quando verificada a prática de fraudes, atingindo, assim, aqueles que por trás dela se camuflavam. A decisão judicial precursora da referida teoria remonta ao ano de 1809, no caso *Bank of United States v. Deveaux*¹⁴. O caso com maior repercussão mundial, entretanto, foi o ocorrido na Inglaterra, em 1897 (*Salomon v. Salomon & Co.*¹⁵, responsável por delinear o instituto da desconsideração.

No direito brasileiro, Rubens Requião foi o responsável pelo surgimento da *disregard doctrine*. Em aula inaugural na Universidade Federal do Paraná, materializada em artigo que questionou o absolutismo do direito da personalidade jurídica¹⁶, o autor reconheceu que esta pode

¹⁴ No caso, o juiz Marshall manteve a jurisdição das cortes federais sobre as *corporations* - a Constituição Americana (art. 3º, seção 2ª) reserva a tais órgãos judiciais as lides entre cidadãos de diferentes Estados. Ao fixar a competência acabou por desconsiderar a personalidade jurídica, sob o fundamento de que não se tratava de sociedade, mas sim de sócios contendores. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/9/61/>, acesso em 10.1.2022.

¹⁵ Naquele caso, Aaron Salomon criou uma *company* com mais seis membros de sua família, em que cada sócio era detentor de uma ação, reservando 20.000 ações a si, integralizando-as com o seu estabelecimento comercial (Aaron Salomon já exercia a mercancia, sob a forma de firma individual). Os credores oriundos de negócios realizados pelo comerciante individual Aaron Salomon, por sua vez, viraram a garantia patrimonial restar abalada em decorrência do esvaziamento de seu patrimônio em prol da *company*. Com esse quadro, o juízo de primeiro grau declarou a fraude com o alcance dos bens do sócio Aaron Salomon. A decisão posteriormente foi reformada pela *House of Lords*. Sobre o tema, GUIMARÃES, Márcio Souza. Aspectos Modernos da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, n. 25, v. 7, ano 2004.

¹⁶ REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica. RT, n. 410, p. 12-24, dez. 1969. Ainda sobre a origem da *disregard doctrine*, Guilherme Calmon Nogueira da Gama nota que: "Oriunda dos países de tradição jurídica do Common Law, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi objeto de expressa abordagem e análise em Conferência proferida por Rubens Requião na Universidade Federal do Paraná nos idos da década de sessenta do século XX. E, mesmo sem haver expresso reconhecimento na legislação brasileira, houve defesa de sua aplicação no sistema jurídico brasileiro com base na noção do desvirtuamento da prática de atos ou atividades através da personalidade jurídica da pessoa jurídica, que

vir a ser usada como anteparo de fraudes, sustentando a possibilidade de declaração de sua ineficácia pontual em determinados casos:

(...) com efeito, o que se pretende com a doutrina do disregard não é a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito em caso concreto, em virtude de o uso legítimo da personalidade ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude).

Atualmente, a disregard doctrine encontra-se positivada no já citado art. 50 do Código Civil, com a atual redação dada pela lei de liberdade econômica, fundamentado no combate à fraude praticada com abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial:

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.

Note-se que as condutas mencionadas no referido dispositivo (confusão patrimonial e desvio de finalidade) são meramente exemplificativas, havendo hipóteses nas quais, ainda que observada a sua prática, não será autorizada a desconsideração da personalidade jurídica - que, repita-se, só se justifica em casos de abuso da

não poderia ser confundida com a mesma personalidade jurídica das pessoas físicas (ou naturais)." DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: Revista de Processo. Vol. 262. São Paulo: Revista dos Tribunais, Dez, 2016. p. 61-62. No direito nacional, José Tadeu Neves Xavier destaca que as primeiras notícias sobre a aplicação da teoria "(...) datam de 1955, em julgamento realizado pelo TJSP, que fundado na existência de confusão patrimonial entre sócio e sociedade, afastou o dogma da separação de esferas econômicas entre a entidade e seus membros, responsabilizando o sócio de sociedade dedicada ao ramo empresarial, que se valeu da personalidade de entidade para adquirir bens de uso doméstico." XAVIER, José Tadeu Neves. A processualização da desconsideração da personalidade jurídica. In: Revista de Processo. Vol. 254. São Paulo: Revista dos Tribunais, Abr, 2016. p. 153.

autonomia patrimonial da pessoa jurídica¹⁷. Tome-se como exemplo uma sociedade que se desvia pontualmente da sua finalidade, sem que se evidencie fraude ou prejuízo a terceiros, como na hipótese de uma companhia que pratica determinado ato estranho ao seu objeto social. Não se autoriza, nesse caso, o afastamento da autonomia patrimonial, uma vez que apesar de constatado o desvio de finalidade, não houve abuso da personalidade jurídica¹⁸.

De todo modo, o afastamento da autonomia patrimonial é medida excepcionalíssima, devendo a desconsideração da personalidade jurídica ser aplicada com extrema cautela. É este o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁹:

De todo modo, importante ressaltar que 'a importância que a lei reconhece à pessoa jurídica

¹⁷ Em hipótese didática, caso um pai utilize todos os bens de seu filho e este último também aja da mesma forma em relação ao genitor, por exemplo, haverá notável confusão patrimonial, mas não fraude. O mesmo se verificará em relação a sociedades e seus sócios quando, em sua atividade cotidiana, acabam por se utilizar, reciprocamente ou não, de bens da outra, em pontual confusão patrimonial, mas sem a configuração da fraude com abuso da personalidade jurídica. GUIMARÃES, Márcio Souza. Aspectos Modernos da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, n. 25, v. 7, ano 2004. No mesmo sentido, o STJ já decidiu que o cerne do instituto é o abuso da personalidade jurídica, asseverando que: "Nos termos do art. 50 do CC, o decreto de desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade somente pode atingir o patrimônio dos sócios e administradores que dela se utilizaram indevidamente, por meio de desvio de finalidade ou confusão patrimonial." Superior Tribunal de Justiça. 4^a Turma. Recurso Especial nº 1.412.997-SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data do Julgamento: 08.09.2015. DJe: 26.10.2015. Ementa e pp. 19-26.

¹⁸ Sobre o tema, Marçal Justen Filho aponta que: "confusão patrimonial não é, em si mesma e necessariamente, indicadora de disfunção. Tratar-se-á, eventualmente, de uma consequência de um abuso na utilização da sociedade. Em outros termos, a confusão patrimonial será produto e, não, causa de utilização abusiva. Não será a confusão patrimonial que causa o resultado indevido ou insatisfatório, mas será corolário do abuso, cujas raízes se encontrarão em outros fatos." JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro. São Paulo: RT, 1987. p. 140. No mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho assevera que: "Não basta qualquer fraude, mas exige-se especificamente a manipulação da autonomia patrimonial. Tampouco é suficiente a simples insolvência da pessoa jurídica, hipótese em que, não tendo havido fraude na utilização da separação patrimonial, as regras de limitação da responsabilidade dos sócios devem ter ampla vigência (...). O pressuposto da desconsideração, já se viu, é a ocorrência de fraude perpetrada com o uso da autonomia patrimonial da pessoa jurídica." COELHO, Fábio Ulhoa. Novo Manual de Direito Comercial. 29^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 148-149.

¹⁹ Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática. Recurso em Mandado de Segurança nº 64065-PE. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Data do Julgamento: 05.08.2020. p. 5-6.

não pode restar arranhada pela adoção normativa, entre nós, da disregard of the legal entity. A autonomia (especialmente a patrimonial) da personalidade jurídica em relação à personalidade dos indivíduos que nela estão envolvidos é ainda a regra (...).

Tomemos como exemplo sociedades empresárias que se unem para a criação de uma terceira para a persecução de um determinado objetivo, nascendo uma terceira sociedade, denominada de sociedade de propósito específico (SPE), também conhecida em diversos ordenamentos jurídicos como *special purpose vehicle* (SPV). O compartilhamento do patrimônio entre sócios e sociedade para financiar e viabilizar as atividades empresariais será algo normal. O que o direito não pode permitir é que tal prática se dê de forma fraudulenta, acarretando prejuízo a terceiros, advindo do embuste perpetrado, caso em que, de fato, estará autorizada a desconsideração da personalidade jurídica.

Nesse contexto, a simples confusão patrimonial não é causa para a desconsideração da personalidade jurídica, sendo necessária a demonstração do abuso da personalidade jurídica, i.e., a fraude na utilização da personalidade jurídica, na forma descrita no §2º do art. 50 do Código Civil²⁰. O compartilhamento de infraestrutura pontual entre sociedades, regulados em acordos comerciais bilaterais e sinalagmáticos, é recorrente em grupos empresariais e sem qualquer prática fraudulenta, uma vez que não existe vedação legal à celebração de negócios jurídicos desta natureza entre partes relacionadas - extremamente comuns na vida empresarial²¹.

²⁰ Art. 50, § 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.

²¹ Gustavo Tepedino comenta que: "Já a confusão patrimonial - o *commingling of funds* da experiência norte-americana - caracteriza-se pela utilização efetiva do patrimônio da pessoa jurídica em benefício direto e exclusivo de um dos sócios. Não se trata de interferências patrimoniais pontuais, que podem ocorrer licitamente por meio de relações obrigacionais estabelecidas entre os sócios e a sociedade, mas de efetiva fusão prática entre as duas esferas patrimoniais em análise. Desrespeita-se, na confusão patrimonial, a divisória que separa o conjunto de bens da pessoa jurídica do de seus membros, de tal maneira que a desconsideração vem apenas atribuir efeitos jurídicos a uma situação que, de fato, já se apresentava." TEPEDINO, Gustavo.

Ademais, a existência de grupo econômico destituída de comprovação de abuso da personalidade jurídica, também não autoriza a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50, §4º do Código Civil²²). O Superior Tribunal de Justiça²³ firmou entendimento no mesmo sentido, reputando indispensável a prova concreta e irrefutável da fraude para a aplicação da medida:

De fato, a jurisprudência, no particular, manteve-se inalterada, isto é: é necessária a comprovação concreta dos elementos caracterizadores do abuso da personalidade jurídica para a decretação da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, os quais não se presumem tão somente pela existência de grupo econômico. (...). Ademais, é inviável o redirecionamento da execução para pessoa jurídica componente do grupo societário sem a prévia instauração do incidente, sobretudo quando não preenchidos os requisitos exigidos. No caso, como consignou o acórdão proferido na origem, 'não houve prova inequívoca do desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial'. Tal constatação se adequa a conclusão de que não houve prova acerca de eventual abuso da personalidade jurídica por parte da GBOEX, que justificasse o redirecionamento do cumprimento de sentença, a qual se encontra em consonância com a jurisprudência desta Corte, mesmo após a

excepcionalidade da desconsideração da personalidade jurídica. In: Soluções Práticas de Direito. Vol. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Vol. 3. p. 65.

²² § 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

²³ Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.875.130-RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 11.05.2021. DJe: 14.05.2021. No mesmo sentido, o TJSP já decidiu que: "Em conformidade com o r. entendimento do juízo de primeiro grau, ainda que se possa considerar que as empresas eventualmente façam parte do mesmo grupo econômico, o certo é que tal circunstância não gera, necessariamente, responsabilidade solidária. Ressalte-se ainda que a empresa agravada e a executada encontram-se em recuperação judicial, e não restou evidente, na hipótese, a tentativa de blindagem patrimonial. Por conseguinte, a situação indicada pela agravante é insuficiente para a caracterização de desvio de finalidade ou confusão patrimonial entre a executada e a correquerida e, por consequência, à autorização da desconsideração da personalidade jurídica (art. 50, §4º do Código Civil)." Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 21ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento nº 2048938-94.2020.8.26.0000. Relator: Desembargador Maia da Rocha. Data do Julgamento: 18.08.2020. DJe: 18.08.2020. p. 8.

alteração legislativa, e, portanto, não merece reforma.

O mesmo entendimento já foi corroborado por tribunais estaduais²⁴. Sílvio de Salvo Venosa²⁵ bem denota que para que se configure a confusão patrimonial autorizadora da desconsideração, não basta a simples mescla de contas do sócio e da sociedade: é preciso, repita-se, que haja comprovação cabal da fraude.

A desconsideração da personalidade jurídica também não terá incidência automática na insolvência empresarial. A falência, a recuperação judicial e extrajudicial são institutos previstos na lei 11.101/2005 voltados para as intempéries de mercado e econômicas que o empresário ou a sociedade empresária podem se deparar, tendo como consequência a reestruturação da atividade ou a sua liquidação. O risco inerente à atividade empresária, desde há muito, tem tratamento próprio, dando ao empresário ou sociedade empresária a possibilidade de enfrentá-lo de forma diferenciada.

O vocábulo falência, apesar da sua origem etimológica (falhar, faltar, enganar)²⁶, tem por objetivo indicar que uma atividade deve ser encerrada, desde que presentes os requisitos legais da impontualidade ou da prática de atos de falência²⁷.

²⁴ "O mesmo Eduardo Viana Pinto leciona que: 'A fraude o e abuso de direito, que autorizam a adoção do instituto da desconsideração, hão de ser cabalmente demonstrados, não sendo suficiente a existência de indícios ou presunções, porque se cuida de uma excepcionalidade, que demanda prova inconteste. Só a prova provada, de forma irrefutável, comprovada à evidência, inconteste da prática da fraude ou abuso de direito, autoriza a aplicação, em caráter excepcional, da desconsideração da personalidade jurídica. Indícios, presunções, dúvidas, suspeitas, interesses econômicos momentâneos e menos graves não bastam, como é curial'. (Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo Código Civil, São Paulo: Forense, 2003, p. 23). No caso dos autos, porém, não se mostram presentes os requisitos legais, pois não se verificam a confusão patrimonial, o desvio de finalidade ou abuso de direito." Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 11ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0216195-20.2015.8.13.0000. Relator: Desembargador Marcos Lincoln. Data do Julgamento: 26.08.2015. DJE: 02.09.2015. p. 4-7.

²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Empresarial. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 108-111.

²⁶ "É muito expressiva a reação retrógrada de Napoleão Bonaparte, ao discutir com a comissão redatoria do *Code de Commerce*, de 1807, exigindo maior intolerância e severidade contra os comerciantes falidos. Locré registrou a comparação, que se tornou célebre, do Imperador, que sustentava: 'Em toda falência existe um corpo de delito, visto que prejudica os credores. (...)'. REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 1º volume. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 10.

²⁷ Art. 94, II, II e III da lei 11.101/2005.

O manejo da recuperação judicial ou extrajudicial, por sua vez, não configura, por si só, qualquer abuso da personalidade jurídica. Pelo contrário, trata-se de instrumentos relevantes de reerguimento da empresa que, por razões as mais diversas, se encontra momentaneamente em dificuldade. Concluir de forma diversa é decretar o fim da segregação de riscos da atividade empresarial, destruindo-se toda a evolução do direito societário e do mínimo de segurança jurídica conferido pela legislação ao empreendedorismo.

Ademais, o art. 50 do Código Civil estipula que a desconsideração da personalidade jurídica é sempre pontual, atingindo certas e determinadas relações de obrigações, sendo descabida qualquer pretensão de afastamento definitivo da autonomia patrimonial da sociedade e seus sócios, de modo a responsabilizar os últimos pela integralidade do passivo descoberto.

III. Impossibilidade do manejo da desconsideração da personalidade jurídica em processo de recuperação judicial

A lei 11.101/2005 disponibilizou diversos instrumentos extremamente efetivos para fins de persecução da fraude nos processos de insolvência, sendo que (a). No caso específico da recuperação judicial a utilização do incidente de desconsideração da personalidade jurídica afigura-se não apenas inapropriada, mas também inóqua (b).

A. A persecução da fraude nos processos de insolvência

A opção pela recuperação judicial depende da existência de incentivos - é o denominado *trade off*, na análise econômica do direito, consistente na ideia de que cada escolha realizada por um agente racional, dentre aquelas possíveis, implica em necessário sacrifício oposto, de modo que tal agente optará pela via que lhe permita a maior satisfação de seus interesses, e em contrapartida, o menor custo²⁸.

²⁸ GUIMARÃES, Márcio Souza. Direito das Empresas em Dificuldade in: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello e SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiros (Coord.). Direito e Economia: diálogos. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, p. 369.

Nesse sentido, Jairo Saddi²⁹ observa que a aprovação de um plano de reestruturação empresarial depende de uma diligente análise de custo-benefício, a ser feita tanto pelo devedor, quanto por seus credores:

Ora, o processo falimentar, como se viu, implica no pressuposto que agentes econômicos são maximizadores racionais de satisfação - ou seja, para suas escolhas, sempre irão se basear na adequação racional e eficiente dos fins aos meios e votarão em Assembleias de acordo com tal premissa (...). Isso significa que, aplicada ao universo do Direito, a decisão de aprovar um plano precisa de, rationalmente, comparar benefícios com custos marginais para optar-se por aquela ação.

No sistema *debtor-in-possession*, como é o caso do Brasil, o devedor empresário submetido à recuperação judicial permanece à frente do desenvolvimento de suas atividades, enquanto segue um procedimento célere, visando promover a sua reestruturação mediante uma negociação coletiva com seus credores.

Trata-se de um dos incentivos legais positivos conferidos ao devedor em prol da recuperação judicial, eis que a impossibilidade de afastamento dos gestores, como regra, elimina riscos como o da perda do controle de seus bens ou o de que um gestor inapto passe a ser responsável por conduzir a empresa em dificuldade. Outro incentivo legal positivo é a ausência de previsão legal para a persecução de fraudes durante a negociação coletiva promovida perante o juízo recuperacional, afastando evidente e importante custo transacional, que de outro modo seria imposto tanto ao devedor quanto aos seus credores.

²⁹ SADDI, Jairo. Análise econômica da falência. In: TIMM, Luciano. (org.). Direito e Economia no Brasil. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 352-354. No mesmo sentido, Marcelo Sacramone observa que as diversas formas históricas de reestruturação possuem um denominador comum, qual seja, a concessão de um benefício aos devedores, para que satisfaçam suas obrigações: "As diversas formas históricas de reestruturação, contudo, possuem em comum a concessão de um benefício aos devedores para que satisfaçam, em condições especiais, suas obrigações. Seja mediante uma dilação do prazo para pagamento ou abatimento do valor devido, seja mediante a ampla conferência de meios de recuperação, são atribuídas alternativas para que o empresário devedor possa reorganizar seus diversos fatores de produção para satisfazer os interesses de todos os envolvidos com a manutenção de sua atividade empresarial." SACRAMONE, Marcelo. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. 2^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 54.

Isso não significa, por óbvio, que a recuperação judicial seja um mecanismo de chancela de fraudes. Apenas significa que a apuração e eventual persecução de práticas ilícitas não é o objetivo do instituto, que foi concebido como um meio para viabilizar a solução coletiva para a crise e, em última análise, proteger o interesse da coletividade na preservação da fonte produtiva. Assim sendo, a apuração de eventual fraude deve ser promovida na via própria - e não perante o juízo recuperacional, cuja competência se limita à condução e à mediação do acordo coletivo a ser promovido entre a devedora e seus credores, consubstanciado no plano de recuperação judicial.

Com efeito, a recuperação judicial não possui qualquer consequência sobre ações com o objetivo de apuração de fraudes ou condutas ilícitas, sendo inapropriada a transposição do conceito de 'juízo universal' existente na falência (art. 76 da lei 11.101/2005³⁰) para o processo de reestruturação, uma vez que ambos possuem finalidades completamente distintas. No caso da falência, o objetivo da criação de um juízo universal em que se concentram todas as ações de interesse do falido, bem como os pagamentos aos credores, é assegurar a observância da ordem legal de pagamento do art. 83 da lei de recuperações e falência, e do princípio da *par conditio creditorum*³¹.

Ademais, o sistema legislativo estipulado na lei 11.101/2005 autoriza a persecução de fraudes e a revisão de determinados atos praticados antes da decretação da falência e durante o período suspeito, como se depreende dos arts. 81 (extensão dos efeitos da falência a terceiros), 82 e 82-A (responsabilização dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores e desconsideração da personalidade jurídica), e 129 e 130 (ineficácia e da revogação de atos

³⁰ Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.

³¹ É o que assevera Marlon Tomazette: "A uniformização temporal e monetária das obrigações é essencial para que se possa fazer o pagamento, de acordo com a ordem legal de preferência. Para que se possa conseguir que o pagamento siga a ordem determinada pela legislação, é essencial firmar em um único juízo a realização de todos os pagamentos, isto é, é essencial a formação de um juízo universal. (...) Se o juízo falimentar atrai todos os credores, é natural que ele atraia também as ações que possam afetar os interesses dos credores, isto é, as ações sobre bens, interesses e negócios do falido." TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: falência e recuperação de empresas. 5^a ed. Atlas: São Paulo, 2017, p. 514.

praticados antes da falência); todavia, sempre na hipótese de falência, afastando-se a recuperação judicial.

Estas mesmas medidas, aplicáveis às hipóteses de falência, são, entretanto, desnecessárias e incompatíveis com os fins da recuperação judicial. Diversamente do que ocorre na falência, o empresário (e sociedade empresária) continua responsável pela condução de suas atividades durante o processo recuperacional, de modo que a intervenção do juízo estatal e do Ministério Público são significativamente mais brandas durante o processo recuperacional, limitando-se às hipóteses expressamente previstas na lei 11.101/2005 - em que não se inclui, repita-se, a persecução de fraudes ou a revisão dos atos praticados pelo devedor.

Compreender este restrito escopo da recuperação judicial - a obtenção de um acordo coletivo entre devedor e credores com vistas à superação da crise - é essencial, sob pena de esvaziamento do instituto, tendo em vista ser sua característica marcante e que a diferencia das outras opções de reestruturação disponíveis ao devedor. Antes de se ingressar com o pedido de recuperação judicial, o devedor confia na análise econômica do custo de transação e risco tomado, com base na previsibilidade das diversas fases do procedimento e, notadamente, no grau e tempo de exposição da companhia. Desvirtuar os fins do processo de reestruturação, ampliando o seu escopo de forma indevida, com aferição de eventual fraude, não apenas criaria custos transacionais adicionais além daqueles razoavelmente previstos (financeiro, econômico, de aprendizado, dentre outros), mas também criaria enorme insegurança jurídica, prejudicando a própria credibilidade do sistema.

Nesse contexto, a vida empresarial da devedora em recuperação judicial continua em curso regular, com pouquíssimas restrições, como é aquela decorrente do art. 66 da lei 11.101/2005 - alienação e oneração dos bens e direitos integrantes do seu ativo não circulante.

No âmbito dos processos de insolvência empresarial, não se pode confundir eventual responsabilização da sociedade em crise com a de terceiros (sócios, administradores e outros). Foi com este desiderato que a recente lei 14.112/2020 incluiu os arts. 82-A e 6º-C na lei 11.101/2005, ambos deixando evidente a distinção entre a sociedade devedora e seus sócios, além do cabimento da desconsideração da personalidade jurídica apenas nos processos de falência, como se denota a disposição do art. 82-A no Capítulo V da lei 11.101/2005 - "Da Falência", cuja redação é precisa:

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

B. Da inutilidade da desconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial

A falência tem como objetivo precípua a otimização dos ativos do devedor e posterior distribuição entre os credores, respeitada a regra da *par conditio creditorum*. Com este desiderato, forma-se a massa falida, conjunto de bens, direitos e obrigações da pessoa jurídica que teve contra si decretada a falência, bem como o quadro geral de credores, com o objetivo de classificar os créditos e viabilizar o cumprimento da ordem legal de pagamento (arts. 83 e 84 da lei 11.101/2005).

O cenário é completamente diverso na recuperação judicial. Em relação ao patrimônio do devedor, o objetivo do processo de reestruturação não é maximizar os ativos para posterior liquidação ou o pagamento dos credores, mas viabilizar a continuação das atividades empresariais da devedora. Por este motivo, não há na recuperação judicial a formação de uma "massa falida da recuperanda" ou mesmo de um quadro geral de credores. Para a análise do plano de recuperação judicial, organiza-se uma lista de credores, que permite ao credor participar nas deliberações sobre o plano e sobre a forma de recebimento de seus créditos sujeitos ao procedimento, na forma do art. 49 da lei 11.101/2005.

Nesse contexto, caso seja deferida a desconsideração da personalidade jurídica da devedora em recuperação judicial, o patrimônio dos sócios não será utilizado para pagamento dos credores da recuperanda, tendo como consequência apenas o benefício do credor específico que a postulou. Com efeito, o pagamento aos credores será definido no plano de reestruturação, a ser objeto de deliberação na assembleia geral de credores.

O ambiente empresarial moderno não admite a rediscussão do que já foi afastado, há mais de um século, pelo antigo art. 20 do Código Civil de 1916: a responsabilização dos sócios e administradores em razão de

uma suposta insuficiência patrimonial de uma sociedade empresária³².

Com efeito, o direito comercial brasileiro percorreu caminhos tortuosos até a consolidação do fato de que a sociedade possui personalidade jurídica diversa daqueles que se unem para a sua criação (sócios). Da mesma forma, muita tinta foi gasta, enfrentando a vida cotidiana do direito societário, para que se compreendesse o instituto da administração da sociedade. São impostos regimes jurídicos diferenciados de responsabilização dos sócios, administradores e sociedade. Cada qual tem sua personalidade jurídica bem definida, respondendo pelos atos praticados de acordo com o regime obrigacional que lhes é imposto pela lei³³.

Desta feita, o princípio da autonomia patrimonial é um dos pilares da atividade empresarial, razão pela qual a sua relativização deve seguir regras claras e bem definidas. A *disregard doctrine*, também tratada como *piercing/lifting of the corporate veil* (atravessar/levantar o véu corporativo), tem limites muito evidentes e precisos. Levanta-se o véu corporativo,

³² "A insolvência da sociedade, ocorrente quando os seus recursos são insuficientes para responder pelas obrigações assumidas, não enseja, por si só, a aplicação da teoria da desconsideração de sua personalidade, eis que os seus acionistas e controladores não estão legalmente obrigados a realizar aportes financeiros emergenciais." Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 28.612-SP. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Data do Julgamento: 14.08.2012. DJe: 21.08.2012. No mesmo sentido o TJMG assim decidiu: "Na hipótese, não cuidou o credor em demonstrar o abuso na utilização da personalidade jurídica, conformando-se apenas com o encerramento das atividades da sociedade empresária devedora. A simples insolvência da pessoa jurídica não basta para que seja desconsiderada a sua personalidade, não sendo o instituto da *disregard doctrine* substituto do pedido de falência ou recuperação judicial da sociedade empresária"; "É de se esclarecer que deferimento do processamento da recuperação judicial por si só não dá azo à desconsideração da personalidade jurídica, cujos requisitos deverão estar cabalmente provados nos autos." Respectivamente, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 10ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0428552-53.2012.8.13.0000. Relator: Desembargador Cabral da Silva. Data do Julgamento: 29.05.2012. DJe: 11.06.2012. p. 5-6; Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 11ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0810044-23.2014.8.13.0000. Relator: Desembargador Marcos Lincoln. Data do Julgamento: 11.02.2015. DJe: 23.02.2015. p. 5. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 6ª Câmara Cível. Idem no Agravo de Instrumento nº 0101961-10.2002.8.13.0702. Relator: Desembargador Edilson Olímpio Fernandes. Data do Julgamento: 13.08.2008. DJe: 23.04.2008. p. 3-4.

³³ GUIMARÃES, Márcio Souza. Redirecionamento da execução fiscal: novos contornos da jurisprudência. In: ARAÚJO FILHO, Raul; MARCONI, Cid e ASFOR ROCHA, Tiago. (coord.) Temas Atuais e Polêmicos na JUSTIÇA FEDERAL. Editora JusPodivm, 2018, p. 2.

alcança-se pontualmente aquele que abusou da personalidade jurídica para responsabilizá-lo, e abaixa-se prontamente o véu, retomando-se a plena autonomia patrimonial da pessoa jurídica em suas demais relações jurídicas.

Conclusão

1. A autonomia da pessoa jurídica em relação aos seus sócios e administradores é princípio basilar, há muito já consolidado pela doutrina e tribunais pátrios. A atividade empresarial é exercida pela própria pessoa jurídica (empresário ou sociedade empresária), que se vale de seus órgãos sociais para exprimir sua vontade e contrair obrigações, como bem exposto pela teoria organicista. Desta forma, no caso de descumprimento de uma obrigação (legal ou contratual) é a pessoa jurídica quem responderá, valendo-se do seu próprio patrimônio para tanto.
2. Há igualmente via própria para a responsabilização pessoal dos administradores de uma sociedade que atuem em desconformidade com a lei ou com os seus atos constitutivos. Em relação ao sócio controlador, este também responderá pessoalmente, nos casos em que atue em descompasso com a lei e com as suas obrigações. Assim, a responsabilidade da pessoa jurídica não se confunde com a dos seus sócios, administradores e controladores.
3. Como decorrência de sua autonomia jurídica e patrimonial, os tribunais defrontaram-se com casos nos quais a pessoa jurídica era utilizada como véu ou escudo para o cometimento de ilícitos. Desenvolveu-se, portanto, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, que autoriza o levantamento episódico do véu patrimonial da pessoa jurídica, alcançando os sócios ou administradores que comprovadamente incorram em fraude na sua utilização, de modo a responsabilizá-los com o seu próprio patrimônio na medida do ilícito cometido.
4. A atividade empresarial está sujeita a riscos e nem sempre o seu insucesso decorre do cometimento de fraudes ou ilícitos por parte de seus sócios ou administradores.

Assim, a simples insolvência de uma pessoa jurídica empresária não autoriza o recurso automático à desconsideração da personalidade jurídica, instituto excepcional, que depende da comprovação da fraude perpetrada e não meramente da insolvência patrimonial de uma sociedade empresária. O ordenamento jurídico pátrio prevê instrumentos aptos ao auxílio das empresas em dificuldades. A recuperação judicial, extrajudicial e a falência são as diferentes ferramentas de que dispõe o empresário para enfrentar as intempéries porventura existentes.

5. Na falência, o objetivo é a maximização do valor dos ativos do devedor, para a posterior liquidação e satisfação dos interesses dos credores, dispostos em ordem legal de pagamentos. Havendo suspeita na conduta dos administradores, em período prévio ao decreto falimentar, há previsões legais próprias para a apuração de fraudes e cometimento de ilícitos por parte dos administradores da sociedade falida (ação revocatória ou desconsideração da personalidade jurídica).
6. A lei 11.101/2005 apenas dispõe sobre o instituto da desconsideração da personalidade jurídica (art. 82-A) no capítulo referente à falência.
7. Almejando a eficiência racional, o processo de recuperação judicial não dispõe de instrumento específicos para a verificação de fraudes, que devem ser apuradas em sede própria. Com escopo distinto da falência, a via recuperacional objetiva o célere soerguimento do empresário, por meio de um procedimento de negociação coletiva com os seus credores para a aprovação de um plano de reestruturação que consolide as obrigações da recuperanda em um instrumento contratual - plano de recuperação judicial - que permita a continuação e preservação da empresa.
8. O pedido de desconsideração da personalidade jurídica em processo de falência é eficaz, fazendo com que os bens desviados sejam reintegrados à massa falida, beneficiando a todos os credores. Já na recuperação judicial o pedido é inócuo e ineficaz, pois os bens eventualmente alcançados não terão como destino "a massa

falida recuperanda", eis que inexiste tal figura. Na recuperação judicial irá gerar benefícios apenas ao credor que postulou a medida. Se cabível a desconsideração, pode e deve ser perseguida em via própria, mas não nos autos do processo de restruturação, gerando custo de transação desnecessário e, repita-se, ineficiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BORBA, José Edvaldo Tavares. Direito Societário. 14^a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. Novo Manual de Direito Comercial. 29^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: Revista de Processo. Vol. 262. São Paulo: Revista dos Tribunais, Dez, 2016.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B; PARENTE, Flávia e HENRIQUES, Marcus de Freitas. Mercado de Capitais - Regime Jurídico. 4^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2019

GUIMARÃES, Márcio Souza. Aspectos Modernos da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: Revista da EMERJ. V. 7. N. 25. Rio de Janeiro: EMERJ, 2004.

. Direito das Empresas em Dificuldade in: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello e SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiros (Coord.). Direito e Economia: diálogos. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

. O Controle Difuso das Sociedades Anônimas pelo Ministério Público. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

. Redirecionamento da execução fiscal: novos contornos da jurisprudência. In: ARAÚJO FILHO, Raul; MARCONI, Cid e ASFOR ROCHA, Tiago. (coord.) Temas Atuais e Polêmicos na JUSTIÇA FEDERAL. Editora JusPodivm, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro. São Paulo: RT, 1987.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. Direito de Empresa – Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 9^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica. RT, n. 410, dez. 1969.

. Curso de Direito Falimentar. 1º volume. 16^a edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

SACRAMONE, Marcelo. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. 2^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SADDI, Jairo. Análise econômica da falência. In: TIMM, Luciano. (org). Direito e Economia no Brasil. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. A excepcionalidade da desconsideração da personalidade jurídica. In: Soluções Práticas de Direito. Vol. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: falência e recuperação de empresas. 5^a ed. Atlas: São Paulo, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Empresarial. 10^a ed. São Paulo: Atlas, 2020.

XAVIER, José Tadeu Neves. A processualização da desconsideração da personalidade jurídica. In: Revista de Processo. Vol. 254. São Paulo: Revista dos Tribunais, Abr, 2016.