

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

MARIANA LEONI BESERRA

**O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

SÃO PAULO

2019

MARIANA LEONI BESERRA

**O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

SÃO PAULO

2019

MARIANA LEONI BESERRA

**O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador: Prof. Ronaldo Vasconcelos

Examinador:

Examinador:

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu pai, Marcelo (*in memoriam*), que, apesar de ter partido cedo, me ensinou o verdadeiro significado de honestidade e amor ao próximo. Sem os seus exemplos, eu jamais conseguiria chegar até aqui.

À minha mãe, Eliana, por tudo que fez e faz por mim. Seus incentivos foram essenciais para que eu me tornasse a pessoa que sou hoje.

Às minhas irmãs, Marília e Nara, por serem os maiores presentes que essa vida poderia me proporcionar. Vocês são o verdadeiro motivo de eu seguir lutando.

Ao Felipe, meu cunhado, por ter se tornado um irmão e cuidar sempre de mim. Você é muito importante.

À Giovanna, minha chefe e amiga, por nunca ter desistido de me ensinar e incentivar. Você é responsável pela profissional que eu me torno a cada dia.

Às minhas melhores amigas, por estarem ao meu lado em todos os momentos, nunca desistindo de mim. Vocês tornam a vida mais leve.

Por fim, ao meu orientador, Professor Ronaldo Vasconcelos, pela paciência e compreensão ao longo do último ano. A sua paixão por Falência e Recuperação Judicial me inspira a seguir em frente.

Resumo: O presente artigo pretende analisar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial diante da lacuna legislativa relativa ao tema, que causa insegurança jurídica entre os credores. A desconsideração da personalidade é medida excepcional prevista no artigo 50 do Código Civil, que só poderá ser aplicada com o preenchimento dos requisitos expressamente dispostos na lei. Diante da dificuldade dos credores em recuperarem os seus créditos que detém contra devedores, discute-se, atualmente, a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica de sociedades em recuperação judicial, considerando o princípio da preservação da empresa e o interesse da coletividade dos credores.

Palavras-Chave: Personalidade jurídica. Desconsideração da personalidade jurídica. Recuperação judicial. Autonomia patrimonial. Abuso da personalidade jurídica. Desvio de finalidade. Confusão patrimonial.

Abstract: This paper intends to analyze the institute of the disregard of the legal entity in the judicial reorganization proceeding in face of the legal gap related to the subject, which causes legal uncertainty among the creditors. The disregard of the legal entity is an exceptional measure provided in article 50 of the Brazilian Civil Code which can only be applied if the requirements expressly provided by law are met. Given the difficulty of creditors in recovering their claims against debtors, it is currently discussed the possibility of disregarding the legal entity of companies under judicial reorganization, considering the principle of preserving the company and the interest of the creditors' collectivity.

Keywords: Legal personality. Disregard of legal entity. Judicial reorganization. Patrimonial autonomy. Abuse of the legal personality. Misuse of purpose. Commingling of the assets and liabilities.

Sumário: **1. Introdução;** 1.1. Apresentação; 1.2. Atualidade; 1.3. Interdisciplinaridade; 1.4. Delimitação do Objeto de Estudo; **2. Pessoa jurídica: personalidade jurídica e autonomia patrimonial;** **3. A desconsideração da personalidade jurídica;** 3.1. Breve contexto histórico sobre o instituto; 3.2. Teoria Maior e a Teoria Menor; 3.3. Medida Provisória n.º 881/2019; **4. A desconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial;** 4.1. A recuperação

judicial no Brasil; 4.2. O processo de recuperação judicial; 4.3. Diferenças entre a desconsideração da personalidade jurídica e a extensão dos efeitos da falência; 4.4. Da desconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial; **5. O caso MMX; 6. Conclusão; Referências.**

1 INTRODUÇÃO

1.1 APRESENTAÇÃO

De acordo com os Indicadores Econômicos do Serasa Experian¹, desde o início da vigência da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (“LFR”), foram ajuizados 11.208 pedidos de recuperação judicial. O estudo aponta, ainda, que foram concedidas apenas 3.391 recuperações judiciais no mesmo período analisado. Isto é, dos 11.208 processos ajuizados, apenas em 3.391 deles o plano de recuperação judicial apresentado pelas devedoras foi aprovado pela assembleia geral de credores e homologado pelo juízo competente.

Sabe-se que a recuperação judicial é um benefício dado às sociedades que enfrentam crise econômico-financeira, permitindo que possam continuar as suas atividades e se reestruturar com melhores condições. Nesse sentido, os credores acabam enfrentando grandes dificuldades para cobrar o seu crédito no Brasil.

A legislação brasileira é extremamente protetiva aos devedores, permitindo, em muitos casos, que os sócios e acionistas se beneficiem da lei para blindar o seu patrimônio pessoal, em prejuízo aos credores das sociedades.

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica, disposto no artigo 50 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (“Código Civil”), criou um mecanismo para tentar, de certa maneira, solucionar os eventuais comportamentos prejudiciais adotados pelos acionistas, sócios e administradores das sociedades. Entretanto, para muitos, a recuperação judicial é incompatível com o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

A LFR é silente quanto à possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica em processos de recuperação judicial, prevendo, apenas, a extensão dos efeitos da falência a terceiros. Entretanto, nos últimos anos, os Tribunais têm analisado os pedidos de desconsideração da personalidade jurídica, determinando, ao menos, a instauração de incidente para a apuração dos fatos alegados.

Entretanto, ainda não se chegou a uma uniformização da posição da jurisprudência e da doutrina sobre o tema. Além disso, os próprios credores e devedores têm dúvidas em relação à postura que devem adotar diante da insegurança jurídica que permeia a matéria.

¹ SERASA EXPERIAN. *Indicadores econômicos*. Disponível em: <<https://www.serasaexperian.com.br/amplie-seus-conhecimentos/indicadores-economicos>> Acesso em: 07/09/2019.

Existe um forte debate em relação à aplicabilidade da desconconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial, pois os requisitos necessários para o deferimento não são objetivos.

Diante da lacuna legal acerca do tema proposto, o presente trabalho restringirá a discussão à possibilidade da efetiva desconconsideração da personalidade jurídica das sociedades em recuperação judicial, bem como será analisado o primeiro caso em que foi determinada a desconconsideração da personalidade na recuperação judicial.

1.2 ATUALIDADE

A LFR ainda é considerada recente no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido promulgada em 9 de fevereiro de 2005. Por este motivo, os profissionais que lidam diariamente com a matéria muitas vezes encontram temas controversos, ou que ainda não estão previstos na LFR, como é o caso da desconconsideração da personalidade jurídica em recuperação judicial.

Apesar de a jurisprudência sinalizar ao longo dos últimos anos o seu posicionamento acerca da possibilidade ou não da desconconsideração da personalidade jurídica em recuperação judicial, o tema ainda é controverso e traz insegurança jurídica aos credores. Os temas relacionados à essa questão envolvem diversas discussões, como a forma de processamento do pedido de desconconsideração e a sua legitimidade.

Atualmente, PL 10.220/2018 (apensado ao PL 6.229/2005), que propõe a alteração da LFR, vem sendo discutido na Câmara dos Deputados. De acordo com a redação original do projeto, a desconconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial está prevista apenas nos casos de consolidação substancial entre as recuperandas, ou seja, quando ativos e passivos de todas as devedoras pertencentes a um mesmo grupo econômico forem consolidados, formando apenas um grupo, conforme parágrafos 1º e 2º do artigo 69-M.²

²Art. 69-M. O juiz determinará, de ofício, a consolidação substancial de ativos e passivos de agentes econômicos integrantes do mesmo grupo econômico que estejam ou não em recuperação judicial, quando constatar: [...] §1º O enquadramento em qualquer hipótese prevista do caput implicará, para todos os fins, a desconconsideração da personalidade jurídica dos agentes econômicos envolvidos e a apuração de responsabilidade criminal.

§2º A aplicação do disposto neste artigo em relação a terceiro que não esteja na recuperação judicial sob consolidação processual observará o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto na Lei nº 13.105, de 2015 – Código de Processo Civil, permitida a instauração de ofício pelo juiz e ressalvada a suspensão do processo. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2174927>> Acesso em 29.10.2019.

Assim, o PL 10.220/2018 propõe o tratamento da desconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial de forma bem específica. Todavia, ainda deixa em aberto diversas questões e dúvidas práticas já sinalizadas por profissionais da área e magistrados.

Pelos motivos expostos, o presente trabalho busca analisar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e o instituto da recuperação judicial, para que se possa discutir o tema antes da efetiva alteração da LFR, que poderá trazer novas discussões e embates acerca do tema.

1.3 INTERDISCIPLINARIEDADE

Além da atualidade do tema ser analisado neste trabalho, é inegável a sua natureza interdisciplinar, bem como a sua aplicação para as demais áreas de estudo. As contribuições na realização de uma análise correlacionada entre o direito falimentar, o direito civil e o direito processual civil resultam em matéria de grande utilidade para aplicação prática. Dessa forma, o processo de interpretação e utilização do direito sob a ótica processual e material não deixa de ser de notável importância e de perfeito encaixe para o tema a que se dispõe analisar.

Assim, ao passo que a recuperação de empresas está diretamente ligada ao soerguimento da empresa em crise, utiliza-se de medida excepcional para coibir fraudes e abuso em nome da pessoa jurídica, permitindo que os credores satisfaçam seus créditos por meio da desconsideração da personalidade jurídica.

É essencial que uma análise aprofundada do tema seja levada em conta ao elaborar o presente estudo, para que a conclusão seja viável e palpável de modo que permita fomentar as discussões sobre a possibilidade e legitimidade da desconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial.

Nesse sentido, impõe-se analisar as seguintes questões: (i) a autonomia patrimonial e a personalidade jurídica das sociedades empresárias; (ii) a desconsideração da personalidade jurídica; (iii) a extensão dos efeitos da falência; (iv) o instituto da recuperação judicial no Brasil; e (v) a análise prática e econômica sobre o tema.

1.4 DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO

Diante das amplas discussões atuais trazidas pela LFR e a sua aplicação, a análise do instituto da recuperação judicial poderia levar a diversos temas que merecem discussão e análises mais aprofundadas. No entanto, no presente trabalho, a amplitude da matéria recuperacional foi restringida à análise da desconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial, como meio de coibir fraudes e abusos por meio da pessoa jurídica, para que se dê efetividade ao cumprimento do plano de recuperação judicial.

Analisar a disciplina da desconsideração da personalidade jurídica ainda levaria a diversas abas de possibilidades, entretanto, este artigo tem como objetivo analisar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e a sua aplicação no processo de recuperação judicial.

Posto isso, ressalta-se que a delimitação do objeto a ser analisado e estudado não ignora a relevância dos demais temas, e sim demonstra a necessidade de desenvolvimento metodológico para sua análise detalhada, para que, em fase posterior, o estudo seja ampliado e os demais temas que conseqüentemente nascem do instituto em análise sejam abarcados de forma pontual e detalhada, como será realizado com a desconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial.

2 PESSOA JURÍDICA: PERSONALIDADE JURÍDICA E AUTONOMIA PATRIMONIAL

A pessoa jurídica surgiu, em seu princípio, por meio da união de esforços e utilização de recursos para a realização de um objetivo em comum de um grupo de indivíduos. Com a organização de pessoas e bens, surgiu a necessidade de individualização da personalidade do grupo, havendo, então, a personificação do ente abstrato titular das vontades comuns do grupo.

Como resultado desse fenômeno histórico-social, surge a figura da pessoa jurídica, que consiste no conjunto de pessoas ou de bens em que a lei confere personalidade jurídica, capacitando-as a serem sujeitos de direitos e obrigações³.

³ Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira: “Mas com a complexidade da vida civil e a necessidade da conjugação de esforços de vários indivíduos para a consecução de objetivos comuns ou de interesse social, ao mesmo passo que aconselham e estimulam a sua agregação e polarização de suas atividades, sugerem ao direito equiparar à própria pessoa humana certos agrupamentos de indivíduos e certas destinações patrimoniais e lhe aconselham atribuir personalidade e capacidade de ação aos entes abstratos assim gerados. Surgem, então, as pessoas jurídicas, que se compõem, ora de um conjunto de pessoas, ora de uma destinação patrimonial, com aptidão para adquirir e exercer

Não basta, entretanto, a mera reunião de vontades individuais comuns para que nasça a personalidade jurídica do grupo. É necessária a junção de três requisitos para a constituição da personalidade jurídica, sendo eles a vontade humana (*affectio societatis*), a observância das condições legais para a sua formação e a liceidade de seus propósitos⁴.

A união de duas ou mais pessoas para desenvolverem suas atividades e reunirem seus esforços, trabalhando com o mesmo objetivo a fim de integrarem as vontades dos participantes de um mesmo grupo em um organismo é o primeiro requisito necessário para o surgimento da personalidade jurídica. A vontade humana é a vontade criadora que, para ser eficaz, deve estar de acordo com aquilo estabelecido pelo direito positivo⁵.

A observância das formalidades legais é o segundo requisito para a constituição da personalidade jurídica. A lei é responsável por regulamentar a constituição e a fiscalização da personalidade jurídica, estabelecendo a inscrição do ato constitutivo no Registro Público como condição de aquisição da personalidade.

Ainda, é imprescindível a observância do terceiro requisito para conferir personalidade jurídica à pessoa jurídica. Veja, o objeto da pessoa jurídica deverá ser lícito, determinado e possível, respeitando sempre as disposições legais, não podendo o Estado permitir que a união de vontades dos indivíduos seja estranha ao ordenamento jurídico.

Assim, é a partir do momento em que a pessoa jurídica adquire personalidade jurídica que ocorre a separação do patrimônio da sociedade do patrimônio dos sócios, tornando-se a pessoa jurídica capaz de exercer direitos e assumir obrigações, sendo possuidora de patrimônio próprio.

Trata-se, portanto, do princípio da autonomia patrimonial, uma proteção tanto para a sociedade, quanto para os sócios, pois, em regra geral, eles não respondem pelas dívidas sociais, resguardando assim o patrimônio pessoal dos sócios. Entretanto, a autonomia patrimonial deve ser interpretada relativamente para que não haja a legitimação de atos ilícitos, especialmente aqueles com objetivo de fraudar credores⁶.

direitos e contrair obrigações.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil, 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 255

⁴ Ibid., p. 256.

⁵ Ibid., p. 256.

⁶ BUENO, J. Hamilton. Impactos processuais do direito civil: Desconsideração da personalidade jurídica. Doutrina e jurisprudência. Aspectos materiais e processuais. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Impactos processuais do direito civil*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 82.

Em determinadas hipóteses, a regra geral pode ser superada e o patrimônio pessoal dos sócios atingido. Uma vez relativizada a personalidade jurídica de uma sociedade, os sócios respondem pelas obrigações contraídas pela pessoa jurídica, aplicando-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (ou *disregard doctrine*)⁷.

3 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

3.1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO SOBRE O INSTITUTO

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi elaborada pela jurisprudência, no começo do século XIX, nos Estados Unidos e na Inglaterra, não sendo matéria do processo legislativo.

No caso *Bank of United States x Deveaux*, julgado em 1809, o juiz norte-americano Marshall estendeu aos sócios os efeitos da personalidade da entidade para qual faziam parte⁸. Esse foi o primeiro precedente jurisprudencial envolvendo a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Entretanto, o caso mais emblemático envolvendo a *disregard doctrine* é o *Salomon v. Salomon & Co.*, ocorrido em 1897 na Inglaterra. Foi a partir desse precedente que houve o desenvolvimento da teoria.

O caso versou sobre comerciante do ramo de calçados, Aaron Salomon, que, no ano de 1892, constituiu uma sociedade por ações, distribuindo uma ação para cada um dos seis membros de sua família, salvo para si, em que reservou vinte mil ações.

Aaron constituiu para si um crédito privilegiado no valor de dez mil libras esterlinas, tornando posteriormente insolvente a companhia. Como ele era credor privilegiado, nada restou aos outros credores.

Sendo assim, a justiça inglesa desconsiderou a personalidade jurídica em decisão proferida em primeiro grau, entendendo que houve fraude no negócio. Entretanto, essa decisão foi reformada pela *House of Lords* (Câmara dos Lordes) sob o entendimento de que a sociedade havia sido constituída de forma válida.

⁷ EIZIRIK, Nelson. Direito societário – Estudos e Pareceres: Sociedade de Propósito Específico. Autonomia Patrimonial. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Inadmissibilidade. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 317.

⁸ BUENO, op. cit., p. 87.

Reformada novamente em instância superior, o caso não teve a devida repercussão na Inglaterra naquela época. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica se aperfeiçoou somente anos mais tarde, principalmente nos Estados Unidos.

3.2 A TEORIA MAIOR E A TEORIA MENOR

A pessoa jurídica possui personalidade e obrigações distintas das pessoas físicas de seus sócios. Portanto, como demonstrado, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi elaborada inicialmente pela doutrina e desenvolvida pela jurisprudência para imputar aos sócios a responsabilidade patrimonial em caso de manipulação da autonomia patrimonial da sociedade para fins particulares. Trata-se de medida excepcional⁹, aplicada uma vez preenchidos os requisitos estabelecidos no artigo 50 do Código Civil¹⁰.

Há no direito brasileiro duas teorias que dizem respeito aos requisitos de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. As teorias, no entanto, não se comunicam.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica insculpida no artigo 50 do Código Civil consiste na teoria maior, que exige a ocorrência objetiva e subjetiva de alguns requisitos para a sua configuração.¹¹ Ela estabelece como pressuposto fundamental para a aplicação do instituto o uso abusivo da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.¹²

Entende-se por desvio de finalidade quando os sócios ou administradores da sociedade, no exercício de sua função, exercem abusivamente os poderes a eles conferidos, desviando os fins

⁹ Nesse sentido, LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Conceito e Natureza. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coord). *Direito das Companhias*. v. I, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 44: “A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais há de ser, necessariamente, medida excepcional, sob pena de inviabilizar-se a organização das economias contemporâneas, nas quais a personificação – e a conseqüente especialização de patrimônios – é instituto essencial.”

¹⁰ 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.

¹¹ SALOMÃO, Luis Felipe. SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 138.

¹² EIZIRIK, Nelson, op. cit., p. 317.

da autonomia patrimonial da sociedade e causando prejuízo a terceiros. Portanto, compreende-se de ato intencional de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica.¹³

Por sua vez, a confusão patrimonial consiste na integração dos bens da sociedade e dos sócios, de maneira que não é capaz de distinguir o patrimônio social do patrimônio pessoal dos sócios. Ocorre com o intuito de se servir de modo ilícito da autonomia patrimonial da sociedade.

A teoria maior é caracterizada, portanto, pela presença de um elemento subjetivo, que se traduz na necessidade de se comprovar a conduta maliciosa do sócio ou administrador ao se valer da proteção da pessoa jurídica para praticar atos ilícitos em benefício próprio.

Assim, a desconsideração da personalidade jurídica está restrita à demonstração da conduta dolosa do sócio ou de sua intenção desonesta, uma vez que o mero inadimplemento ou ausência de patrimônio da sociedade não autoriza a desconsideração de sua personalidade jurídica.¹⁴

Já a teoria menor da desconsideração tem um enfoque superficial, permitindo que a desconsideração da personalidade jurídica seja superada pelo simples inadimplemento da obrigação por parte da sociedade, o que, por consequência, transforma a responsabilidade limitada dos sócios em responsabilidade ilimitada, desrespeitando o ordenamento jurídico brasileiro, que prevê expressamente a separação do patrimônio social e pessoal.

Entende-se, assim, que a aplicação da teoria menor encontra-se restrita às relações de consumo e aos casos que envolvam matéria ambiental. Isso porque referida teoria prevê a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em razão de mero inadimplemento. Esse entendimento, contudo, não é adotado pela teoria maior – aplicada no ordenamento jurídico brasileiro –, uma vez que seu principal pressuposto é justamente a presença dos requisitos autorizadores presentes no artigo 50 do Código Civil.

Nesse sentido, verifica-se que, no Brasil, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, fundamentada pela teoria maior, possui caráter absolutamente excepcional, não podendo ser introduzida aos julgamentos de maneira infundada e corriqueira.

¹³ Nesse sentido, o acórdão do Recurso Especial n.º 1.200.850/SP, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, j. 04/11/2010. Acesso em 31/08/2019

¹⁴ Nesse sentido, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.729.554/SP, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu que a desconsideração da personalidade jurídica pode ser decretada mesmo se a inexistência de patrimônio do devedor não for comprovada, desde que o desvio de finalidade e/ou confusão patrimonial esteja confirmado. (Recurso Especial n.º 1.729.554/SP, Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. j. em 08/05/2018. Acesso em 31/08/2019)

3.3 MEDIDA PROVISÓRIA N.º 881/2019

A Medida Provisória n.º 881 (“MP 881”), publicada em 30 de abril de 2019 e transformada em Lei n. 13.874/2019, alterou significativamente a redação do artigo 50 do Código Civil ao dispor sobre os conceitos dos atos por meios dos quais se admite a desconsideração da personalidade jurídica. O que fez a MP 881, portanto, foi positivar o entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência, trazendo maior segurança jurídica ao instituto.

Com a alteração legislativa, o artigo 50 do Código Civil limitou aos efeitos da desconsideração aqueles que auferiram vantagem com o abuso da personalidade jurídica. Portanto, o texto legal prevê que a desconsideração atingirá apenas quem se beneficiar direta ou indiretamente do abuso, não havendo a possibilidade de responsabilização daquele que praticar o ato ensejador do abuso da personalidade jurídica, mas dele não se beneficiar sequer indiretamente.

Ainda, a MP 881 positivou a teoria maior da desconsideração, estabelecendo que o desvio de finalidade consiste em ato doloso com o objetivo de lesar credores ou praticar outros atos ilícitos.¹⁵

A MP 881 também definiu a confusão patrimonial, caracterizando-a como a ausência de separação de fato entre os patrimônios, estabelecendo-se um rol exemplificativo nos incisos do artigo 50, §2º, do Código Civil¹⁶ com as hipóteses em que poderá ser conferida a confusão patrimonial.

Ademais, a MP 881 positivou o entendimento no parágrafo 4º do artigo 50 do Código Civil¹⁷ de que a mera existência de grupo econômico não é requisito suficiente para autorizar a desconsideração, sendo necessária a prova do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial. Assim, a desconsideração poderá alcançar outras sociedades integrantes do mesmo grupo, desde

¹⁵ Art. 50, § 1º Para fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização dolosa da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm> Acesso em 01/09/2019.

¹⁶ As hipóteses de confusão patrimonial trazidas pela MP 881 foram (i) o cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; (ii) a transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto o de valor proporcionalmente insignificante; e (iii) outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

¹⁷ Art. 50, § 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm> Acesso em 01/09/2019.

que tenha ocorrido um dos critérios subjetivos do artigo 50 do Código Civil, atingindo aquelas que se beneficiaram direta ou indiretamente do abuso da personalidade jurídica.

Quanto a esse ponto, nota-se que no Direito do Trabalho a desconsideração da personalidade jurídica pode ser declarada apenas com base no grupo econômico, ainda que não se verifique o controle, a direção ou a administração de uma empresa em relação às demais integrantes, ou ainda confusão patrimonial ou desvio de finalidade. Esse entendimento visa a proteger o trabalhador com relação ao recebimento de seus haveres.

Finalmente, a MP 881 incluiu o parágrafo 5º ao artigo 50 do Código Civil,¹⁸ determinando que não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.

Dessa forma, com a nova redação do artigo 50 do Código Civil dada pela MP 881, os pressupostos para a aplicação do instituto, que deve ocorrer excepcionalmente, estão delimitados e definidos expressamente, não permitindo interpretações extensivas e decisões conflitantes acerca da desconsideração da personalidade jurídica, o que trará maior segurança jurídica à aplicação do instituto.

4 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

4.1 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL

¹⁸ Art. 50, § 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm> Acesso em 01/09/2019.

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira da sociedade empresária, motivado por um interesse na preservação da empresa desenvolvida pelo devedor.¹⁹

O instituto da recuperação judicial foi instituído no Brasil a partir da Lei n.º 11.101/2005 (“LFR”), sendo de extrema importância para o cenário econômico brasileiro, uma vez que cria mecanismos de incentivo, definindo o comportamento dos agentes econômicos quando um deles se encontra em estado de crise.²⁰ A legislação falimentar cria instrumentos para que os diversos interesses envolvidos na condução da atividade empresarial pudessem se compor para obter uma solução conjunta e eficaz a todos.²¹

Para que se alcance uma solução conjunta, a LFR adotou o sistema de negociação entre devedor e credor, baseando-se no modelo de negociação estruturada (*structured bargaining*) que visa possibilitar a liberdade de negociação entre as partes e o controle de legalidade dessa negociação pelo Poder Judiciário.²²

Assim, a recuperação judicial pauta-se na preservação da empresa, princípio norteador da LFR, que está previsto no artigo 47 da Lei. Visa-se preservar a atividade empresarial, conciliando os diversos interesses afetados com o seu desenvolvimento. Reconhece-se, portanto, que a preservação da empresa e a sua função social assegura também o atendimento dos interesses de terceiros, dos empregados, dos consumidores e de toda a nação.²³

¹⁹ CAMPINHO, Sérgio. Curso de direito comercial: falência e recuperação judicial de empresa, 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 129.

²⁰ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de empresa e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005, 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2018, p. 120.

²¹ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência, 1ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 188.

²² Nas palavras de Bortolini e Dezem: “Nesse sistema de negociação estruturada (*structured bargaining*), concebe-se o processo de recuperação judicial como mecanismo para solucionar a crise da empresa de forma eficiente, segundo a ideia de que a negociação entre os credores e com o devedor, quando realizada de acordo com a estrutura legal, tende a produzir comportamentos cooperativos, de convergência de interesses, em lugar do comportamento individualista: “Confia-se que desse processo de negociação estruturada (regulada pela lei) possa resultar a solução consentânea com o interesse público na preservação da empresa viável e na liquidação da empresa inviável”, de modo que o processo se coloca a serviço daqueles objetivos dispostos nos arts. 47 e 75 da LRF e que se traduzem no princípio da preservação da empresa.” BORTOLINI, Pedro Rabello; DEZEM, Renata Mota Maciel M. Efeitos da recuperação judicial sobre as garantias prestadas por terceiros. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 16, n.º 39, Janeiro-Março 2015, p. 37. Disponível em <

<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/37de%2003.pdf?d=636688261614679211>>
Acesso em: 01/09/2019.

²³ Nas palavras de Sacramone, “Como fonte geradora de bem-estar, a função social da atividade empresarial é justamente se desenvolver e circular riquezas, de modo a permitir a distribuição de dividendo a sócios, mas também de promover a oferta de bens e serviços aos consumidores, aumentar a concorrência entre os agentes econômicos, gerar

Em razão desse modelo de negociação estruturada, a recuperação judicial tem natureza jurídica de negócio jurídico bilateral, que tem o condão de novar as dívidas²⁴ com a homologação do plano de recuperação judicial aprovado pela maioria dos credores em assembleia geral.

4.2 O PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A recuperação judicial deve seguir o procedimento estabelecido na LFR, preservando a atividade econômica da empresa em crise econômico-financeira. A legitimidade ativa para o processo de recuperação judicial é da pessoa jurídica em crise, seja ela sociedade empresária ou empresário individual.

O pedido de recuperação judicial deve observar os requisitos objetivos do artigo 48 da LFR,²⁵ apresentando ainda os documentos obrigatórios estipulados no artigo 51 da Lei. Dessa forma, verificados os pressupostos legais, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial, sujeitando aos efeitos da recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido²⁶.

Diante do deferimento do processamento da recuperação judicial, todas as ações e execuções contra a empresa devedora serão suspensas pelo prazo de 180 dias, conforme prevê o artigo 6º, §4º, da LFR.

oferta de postos de trabalho e o desenvolvimento econômico nacional.” SACRAMONE, Marcelo Barbosa, op. cit., p. 190.

²⁴ Campinho define a recuperação judicial como “um contrato judicial, com feição novativa”. CAMPINHO, Sérgio, op. cit., p. 213.

²⁵ Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm> Acesso em 01/09/2019.

²⁶ Conforme ensina o Professor Bezerra Filho “estão fora da recuperação judicial os bens dados em garantia real (§1º do art. 50); ações que demandem quantia ilíquida, ações trabalhistas e execuções fiscais (inc. III do art. 52, c/c art. 6º); créditos com garantia fiduciária de móveis ou imóveis, arrendamento mercantil, imóvel compromissado à venda em incorporações imobiliárias, com reserva de domínio (art. 52, III, c/c art. 49)”. BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo, 13ª ed. rev., atual. e ampl.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 172/173.

Também chamado de *stay period*, isso ocorre com o objetivo de dar um fôlego ao devedor para negociar com os credores e elaborar o plano de recuperação judicial, sem que os credores busquem satisfazer seus créditos por meio das ações e execuções que já estavam em curso.²⁷

Dessa forma, durante o período de 180 dias de proteção, o devedor deverá apresentar o plano de recuperação judicial, proposta realizada para superar a crise econômico-financeira, que estabelece as condições de pagamento dos credores e a discriminação dos meios de recuperação a serem empregados.

Caso o plano de recuperação judicial seja impugnado pelos credores, este será levado a votação em assembleia geral de credores para que ocorra a análise da viabilidade dos meios de recuperação propostos,²⁸ sendo os credores responsáveis pela aprovação ou rejeição do plano.

Conforme mencionado anteriormente, o plano de recuperação judicial implica na novação dos créditos sujeitos à recuperação judicial.²⁹ Entretanto, o artigo 59 da LFR refere-se logicamente ao plano de recuperação judicial aprovado pela maioria dos credores e, conseqüentemente, homologado pelo juízo responsável pela recuperação judicial.

Sendo assim, com a homologação do plano de recuperação judicial será concedida a recuperação judicial do devedor, iniciando-se o período de cumprimento do plano e fiscalização de dois anos da recuperação.

Apresentado brevemente o instituto, passemos a analisar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial.

4.3 DIFERENÇAS ENTRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA FALÊNCIA

²⁷ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo, op. cit., p. 407.

²⁸ SACRAMONE, Marcelo Barbosa, op. cit., p. 248/249.

²⁹ Existem dois regimes distintos de novação no ordenamento jurídico brasileiro: a novação prevista no Código Civil e a chamada novação recuperacional, prevista na LFR. A novação do artigo 360 do Código Civil estabelece a constituição de uma nova obrigação em substituição à obrigação original, enquanto na LFR, a novação traz a como regra a manutenção das garantias. Tem-se, portanto, a novação das dívidas incluídas no plano de recuperação judicial, mas as garantias só serão substituídas ou extintas com a aprovação expressa do seu credor titular (art. 50, §1º, da LFR). BEZERRA FILHO, Manoel Justino, op. cit., p. 223/224.

A extensão dos efeitos da falência aos sócios da sociedade falida estava prevista no artigo 5º, do Decreto-Lei n.º 7.661/45.³⁰ O artigo 81 da LFR³¹ esclareceu, então, as dúvidas que surgiram com o artigo da lei anterior, estabelecendo de forma clara que o sócio com responsabilidade ilimitada (pessoa física) também é falido.³² Como se verifica, o dispositivo legal prevê a extensão dos efeitos da falência apenas para os sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais.

Atualmente, dificilmente são encontradas empresas com sócios solidária e ilimitadamente responsáveis, considerando que a maioria das sociedades é constituída sob a forma de sociedade anônima ou de cotas de responsabilidade limitada.

No Decreto-Lei n.º 7.661/45, os sócios não eram declarados falidos, mas estavam sujeitos a todos os efeitos da falência, podendo ter seus bens arrecadados e a formação de uma massa específica. Diferentemente, conforme estabelece o artigo 81 da LFR, o sócio com responsabilidade ilimitada é efetivamente declarado falido juntamente com a sociedade.³³

A partir do artigo 5º do Decreto-Lei n.º 7.661/45 e, fundada na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a jurisprudência, excepcionalmente, passou a admitir a extensão dos efeitos da falência de uma sociedade para outra, quando demonstrados os atos fraudulentos ou praticados com a intenção de lesar os credores,³⁴ ainda que não se tratasse de sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações e dívidas da falida.³⁵

Assim, a desconsideração da personalidade jurídica se difere da extensão dos efeitos da falência, uma que vez que tem efeitos meramente patrimoniais contra o devedor, à medida que a extensão dos efeitos da falência, além dos efeitos patrimoniais, sujeita o devedor a diversas obrigações de outra natureza, além de diversas restrições de direito.

³⁰ Art. 5º Os sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais não são atingidos pela falência da sociedade, mas ficam sujeitos aos demais efeitos jurídicos que a sentença declaratória produza em relação à sociedade falida. Aos mesmos sócios, na falta de disposição especial desta lei, são extensivos todos os direitos e, sob as mesmas penas, tôdas as obrigações que cabem ao devedor ou falido. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del7661.htm> Acesso em 07/09/2019.

³¹ 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm> Acesso em 07/09/2019.

³² BEZERRA FILHO, op. cit., p. 254.

³³ AgRg no CC n.º 121.487/MT, Relator Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, j. em 27/06/2012.

³⁴ LOBO, Jorge. Extensão da falência e o grupo de sociedade. Revista da EMERJ, v. 12, nº 45, 2009. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_74.pdf> Acesso em: 07/09/2019.

³⁵ Recurso Especial nº 63.652, Relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, j. em 13/06/2000.

Em geral, a extensão envolve grupos de sociedades em que o vínculo entre as sociedades pode caracterizar uma prática que enseje a desconsideração.³⁶ Na prática, estender a falência ou os efeitos dela, de uma sociedade a outra, traz as mesmas consequências jurídicas, econômicas, administrativas e políticas.³⁷

Quando declarada a falência de uma sociedade, a sociedade tem o seu estabelecimento lacrado; os seus administradores são afastados imediatamente da gestão da sociedade, sendo impedidos de gerir e dispor dos bens sociais; os créditos existentes no momento da decretação da falência vencem antecipadamente, acelerando a dívida.³⁸

Dessa forma, quando se estendem os efeitos da falência às demais sociedades de um grupo, aplicam-se as mesmas consequências, responsabilizando as demais empresas pelo passivo da falência.

Admite-se a extensão dos efeitos da falência quando se tratar de hipótese em que várias pessoas jurídicas pertencentes ao mesmo grupo econômico utilizam indevidamente a personalidade jurídica para obter vantagens estranhas à finalidade do grupo econômico.³⁹

Nesse contexto, é necessário que estejam presentes no caso os requisitos autorizadores presentes no artigo 50 do Código Civil, de modo que seja possível levantar o véu da personalidade jurídica das sociedades. Isto é, é necessária a demonstração de confusão patrimonial entre as sociedades de um grupo econômico ou o abuso de fato ou de direito por parte dos administradores ou sócios em benefício próprio.

Entretanto, tratando-se de sociedade controladora de sociedade controlada falida, deve-se ter cautela ao estender os efeitos jurídicos da falência, não devendo, nesse caso, fundar-se na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sob pena de desvirtuá-la e ferir o artigo 50 do Código Civil. Isso porque a extensão dos efeitos da falência é medida muito mais gravosa do que a

³⁶ GONÇALVES, Oksandro; Temas de Direito da Insolvência – Estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho / organização de Manoel Justino Bezerra Filho, José Horácio Halfeld Rezende e Ivo Waisberg. São Paulo: Editora IASP, 2017, p. 878.

³⁷ Como ensina Lobo, “Na prática, “estender a falência” ou “estender os efeitos jurídicos da falência” de uma sociedade a outra traz idênticas consequências jurídicas, econômicas, administrativas e políticas, pois: (a) a sociedade, para a qual foram estendidos os efeitos, tem seu estabelecimento lacrado, suas atividades paralisadas e seus bens e direitos arrecadados, custodiados e avaliados; (b) seus administradores perdem o direito de gerir os bens sociais e deles dispor, sendo imediatamente afastados da direção da sociedade e substituídos pelo administrador judicial; (c) as dívidas da sociedade se vencem antecipadamente; (d) os administradores da sociedade ficam sujeitos aos deveres prescritos no art. 104 da LRF, etc.”. LOBO, Jorge, op. cit.

³⁸ Ibid.

³⁹ GONÇALVES, Oksandro, op. cit., p. 880.

desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que impõe às sociedades atingidas todas as consequências da falência.

Assim, para a responsabilização dos administradores, controladores e sócios limitadamente responsáveis, deve-se aplicar o artigo 82 da LFR,⁴⁰ que poderá torná-los responsáveis pessoal, solidária e ilimitadamente pelos efeitos da falência da empresa que controlam e administram após a devida apuração da responsabilidade pelo juízo da falência, sendo possível a reparação integral dos danos causados por meio de ação ordinária.

4.4 DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A desconsideração da personalidade jurídica não pode ser interpretada como a responsabilidade subsidiária do sócio, mas sim a responsabilidade do sócio diante do mau uso da personalidade jurídica, fazendo com que as obrigações sociais recaiam sobre o seu patrimônio pessoal.⁴¹ Com a decretação da desconsideração da personalidade jurídica, torna-se ineficaz a sociedade, sendo a sua suspensão episódica e restrita.⁴²

A higidez da sociedade e sua personalidade jurídica permanecem ainda que diante da recuperação judicial ou da falência da sociedade, não se admitindo a desconsideração da personalidade jurídica em razão da pessoa jurídica não ter conseguido honrar seus compromissos.

Assim, o mero insucesso empresarial transitório – no caso da recuperação judicial – não pode dar azo à desconsideração da personalidade jurídica: é preciso que se comprove o abuso da personalidade jurídica, com a prática de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, conforme estabelece o artigo 50 do Código Civil.

A recuperação judicial tem o intuito de preservar a empresa e a sua função social, de acordo com o princípio da preservação da empresa insculpido no artigo 47 da LFR e, ao longo do

⁴⁰Art. 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. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm> Acesso em 29.10.2019.

⁴¹FORNACIARI JÚNIOR, Clito. Desconsideração da personalidade jurídica na falência e recuperação judicial. In: KUYVEN, Luiz Fernando Martins (Coord.). Temas essenciais de direito empresarial: Estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 478.

⁴²SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva, op. cit., p. 139.

processo de recuperação, há ampla fiscalização tanto dos credores e do administrador judicial, como do Ministério Público e do juízo.⁴³

Portanto, observados elementos factíveis indicativos de abuso de direito ou confusão patrimonial da sociedade em recuperação judicial, esses deverão ser apurados em incidente próprio, nos termos dos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil (“CPC”).

O CPC de 2015 contemplou o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, em atenção ao princípio do contraditório e da ampla defesa, garantia fundamental do cidadão prevista no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.⁴⁴ Assim, é a partir da metodologia estabelecida no CPC que devem ser interpretadas e aplicadas as regras de desconconsideração da personalidade jurídica em caso de recuperação judicial.

Diante disso, o incidente para apuração dos atos praticados por sócios ou administradores da sociedade será instaurado a pedido dos credores ou do Ministério Público. Ainda, recentemente, admitiu-se que o administrador judicial requeira a instauração do incidente para a verificação dos fatos alegados no processo de recuperação judicial.⁴⁵

Apesar do administrador judicial atuar como auxiliar da justiça, devendo agir no cumprimento de suas funções legalmente definidas no artigo 22 da LFR,⁴⁶ entendeu-se que, sob o dever de eficiência do administrador judicial, ele é legitimado para requerer a instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica quando estiver exercendo a função de gestor judicial,⁴⁷ conforme o artigo 65, §1º, da LFR.⁴⁸

Com isso, deferida a instauração do incidente, esse será processado em apenso à recuperação judicial, para que sejam investigados os atos ensejadores do pedido de

⁴³FORNACIARI JÚNIOR, Clito, op. cit., p. 479.

⁴⁴GONÇALVES, Oksandro, op. cit., p. 880.

⁴⁵Foi deferido o pedido do administrador judicial para desconsiderar a personalidade jurídica da MMX Sudeste Mineração S.A. em decisão proferida pela MM. Juíza Soraya Brasileiro Teixeira, em 02/05/2017, nos autos do incidente de desconsideração da personalidade jurídica nº 0549539-70.2017.8.13.0024, em trâmite perante a 1ª Vara Empresarial da Comarca de Belo Horizonte/MG.

⁴⁶SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo, op. cit., p. 244.

⁴⁷Agravo de Instrumento n.º 0530950-05.2017.8.13.0000, Relator Desembargador Edilson Fernandes. 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, j. 05/09/2017. Acesso em 07/09/2019.

⁴⁸Art. 65. Quando do afastamento do devedor, nas hipóteses previstas no art. 64 desta Lei, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o nome do gestor judicial que assumirá a administração das atividades do devedor, aplicando-se-lhe, no que couber, todas as normas sobre deveres, impedimentos e remuneração do administrador judicial. § 1º O administrador judicial exercerá as funções de gestor enquanto a assembléia-geral não deliberar sobre a escolha deste. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm> Acesso em 07/09/2019.

desconsideração da personalidade jurídica, sendo competente o juízo da recuperação judicial para julgar o incidente instaurado. Nos casos em que se verifica a confusão patrimonial ou o abuso de direito durante o processo de recuperação judicial ou, ainda, identificam-se fraudes nas operações que antecederam o pedido de recuperação judicial, levando a sociedade à crise econômico-financeira, a competência para decidir sobre os bens é do juízo onde o processo recuperacional tramita.

Assim, a competência do juízo da recuperação judicial é restrita aos bens abrangidos pelo processo, motivo pelo qual permite-se a desconsideração da personalidade jurídica por juízos trabalhistas para atingir os bens pessoais dos sócios da sociedade em recuperação judicial.⁴⁹ Isso porque os bens dos sócios ou de outras sociedades do grupo econômico que não se encontrem em recuperação judicial não estão sob a tutela da recuperação judicial.

Portanto, quando o próprio juiz responsável pela recuperação judicial determina a desconsideração da personalidade jurídica para atingir os bens pessoais dos sócios ou administradores da sociedade, os bens arrecadados serão utilizados para o cumprimento do plano de recuperação judicial.⁵⁰ A desconsideração, nesse caso, nunca se dá em benefício particular de um ou alguns credores, mesmo aqueles que eventualmente tenham requerido a instauração do incidente, mas sim em favor da coletividade, revertendo os bens arrecadados para a composição do ativo destinado a honrar o passivo.⁵¹

Sendo assim, comprovada a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade, deve-se utilizar o instituto da personalidade jurídica em benefício do universo de credores, que suportam o ônus processual e econômico do processo de recuperação judicial em virtude do soerguimento da empresa e da preservação da sua atividade econômica.

Para melhor entendimento do cabimento da desconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial, analisaremos adiante o caso da recuperação judicial da MMX Sudeste Mineração S.A. (“Caso MMX”).

⁴⁹GONÇALVES, Oksandro, op. cit., p. 866.

⁵⁰O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou nesse sentido: “A situação é diversa quando o próprio juiz da recuperação judicial determina a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade recuperanda, de modo a atingir os bens de sócios de responsabilidade limitada ou bens de sociedade do mesmo grupo econômico. Nessas hipóteses, o bem do sócio será utilizado no cumprimento do plano de recuperação judicial e sua apreensão por outros juízos passa a interferir na realização do programa de soerguimento da sociedade.”

⁵¹FORNACIARI JÚNIOR, Clito, op. cit., p. 479.

5 O CASO MMX

Apesar da desconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial ser aceita tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, não havia precedentes acerca da aplicabilidade do instituto em incidentes instaurados no processo de recuperação judicial até o Caso MMX.

A MMX Sudeste Mineração S.A. (“MMX”) ajuizou pedido de recuperação judicial em 16 de outubro de 2014, tendo o seu processamento deferido em 22 de outubro do mesmo ano.⁵² Após o regular procedimento, o plano de recuperação judicial apresentado foi aprovado em assembleia geral de credores e, conseqüentemente, homologado pelo juízo recuperacional.

O administrador judicial, em razão dos deveres estabelecidos no artigo 22 da LFR, especialmente o dever de fiscalizar as atividades da recuperanda e o cumprimento do plano de recuperação judicial, nos termos do art. 22, inciso II, alínea “a”, da LFR, propôs a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica pleiteando a nomeação de gestor judicial com o fim de proteger interesse de credores, coibir fraudes e abusos. Na mesma oportunidade, o administrador requereu, subsidiariamente, a sua nomeação para gestor judicial, com a ampliação dos poderes, conforme o art. 22, I, da LFR.

O pedido de nomeação de gestor judicial foi inicialmente indeferido pelo juízo, passando pela disposição do art. 65, §1º, da LRF, que estabelece que o Administrador Judicial exercerá as funções de gestor enquanto a assembleia geral não deliberar sobre a escolha deste.

Dessa forma, foi deferido apenas o processamento do incidente, instaurado em contraditório diferido e em segredo de justiça, para apurar eventuais desvios de ativos da recuperanda, seus sócios, conselheiros, diretores e demais componentes de seu corpo diretivo decisório.

Assim, a decisão liminar de primeira instância que deferiu o pedido de tutela de urgência de natureza cautelar para a desconsideração da personalidade jurídica da empresa para atingir os bens dos sócios,⁵³ dentre eles Eike Batista, entendeu existirem fortes indícios da prática de pirâmide

⁵² Recuperação judicial n.º 2988666-18.2014.8.13.0024, em trâmite perante a 1ª Vara Empresarial da Comarca de Belo Horizonte/MG.

⁵³ Decisão proferida pela MM. juíza Soraya Brasileiro Teixeira, em 02/05/2017, nos autos do incidente de desconsideração da personalidade jurídica n.º 0549539-70.2017.8.13.0024, em trâmite perante a 1ª Vara Empresarial da Comarca de Belo Horizonte/MG.

financeira envolvendo todo o “Grupo X”, prática esta que configura crime contra a economia popular, e que justificaria a medida pelo poder de cautela.

A MMX interpôs agravo de instrumento⁵⁴ contra a decisão que determinou a desconsideração da personalidade jurídica alegando não haver resquício de fraude ou de insuficiência de patrimônio, sendo as investigações acerca das supostas ilegalidades cometidas por Eike Batista inconsistentes, não guardando relação com a administração da MMX. Além disso, sustentou que, ao determinar a desconsideração em contraditório diferido, o juízo desprestigiou o contraditório e ampla defesa, incorrendo a decisão em vício insanável.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (“TJMG”) negou provimento ao recurso e manteve a decisão liminar concedida no incidente, constatando que a crise financeira da MMX não derivou, à princípio, do risco inerente às atividades empresárias, mas sim de atos dolosos cometidos por seus controladores.

Assim, os fortes indícios de utilização fraudulenta da companhia de modo a beneficiar os seus gestores e controladores evidenciaram a probabilidade do direito, comprovando-se os requisitos do art. 50 do Código Civil para a desconsideração da personalidade jurídica.

Ainda, em relação à alegação de violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, o TJMG entendeu que não houve qualquer irregularidade na instauração do incidente em segredo de justiça, uma vez que se limitou ao estágio inicial do processo e se deu para conferir efetividade à medida, com o objetivo de impedir a frustração da finalidade de identificar e recuperar ativos.

Recentemente, em 30 de julho de 2019, o TJMG confirmou a tutela de urgência deferida em novo incidente de desconsideração da personalidade jurídica, que determinou o arresto e a indisponibilidade dos bens de Thor Oliveira Fuhrken Batista e das empresas Meistershaft Hondin Ltda., Aux Luxembourg Sarl, Aux LLC, OTX Fund LLC, 63X Master Fund e EBX Holding Ltda. (EBX) diante dos indícios de fraude financeira.⁵⁵ Esse incidente se relaciona com aquele que determinou a desconsideração da personalidade jurídica e o bloqueio do patrimônio de Eike Batista.

⁵⁴ Agravo de Instrumento n.º 0530950-05.2017.8.13.0000, Relator Desembargador Edilson Fernandes. 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, j. 05/09/2017. Acesso em 07/09/2019.

⁵⁵ Decisão proferida pela MM. Juíza Cláudia Helena Batista, em 18/03/2019, nos autos do incidente de desconsideração da personalidade jurídica n.º 0061440-24.2019.8.13.0024, em trâmite perante a 1ª Vara Empresarial da Comarca de Belo Horizonte/MG. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_peca_movimentacao.jsp?id=47630339&hash=c3c1e0766fa8155009b74e07aa958710. Acesso em 07/09/2019.

Acredita-se que, com a nova decisão de bloqueio, confirmada pelo TJMG, poderão ser recuperados mais de R\$ 778 milhões relativos ao patrimônio de Thor Batista e de estruturas jurídicas do grupo econômico de seu pai, Eike Batista, e familiares⁵⁶. Os valores arrecadados com as decisões serão utilizados para cumprimento do plano de recuperação judicial, em benefício da coletividade de credores.

6 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, a personalidade jurídica se constitui quando estiverem presentes os seguintes requisitos: a vontade humana (*affectio societatis*), a observância das condições legais para a sua formação e a liceidade de seus propósitos.

A partir disso, ocorre a separação do patrimônio da sociedade do patrimônio dos sócios, tornando-se a pessoa jurídica capaz de exercer direitos e assumir obrigações, sendo possuidora de patrimônio próprio.

O instituto da desconsideração da personalidade, criado pela doutrina e amplamente debatido pela jurisprudência, é medida excepcional, que somente poderá ser aplicada uma vez que preenchidos e demonstrados os requisitos estabelecidos no artigo 50 do Código Civil.

Visa-se, assim, imputar aos sócios a responsabilidade patrimonial em caso de abuso da personalidade jurídica ou confusão patrimonial em benefício próprio. Portanto, a conduta maliciosa e dolosa é necessária para a efetividade da desconsideração da personalidade jurídica.

Nesse sentido, a MP 881 alterou significativamente a redação do artigo 50 do Código Civil, positivando o entendimento pacífico da doutrina e jurisprudência, o que trouxe maior segurança jurídica para o instituto. Assim, o artigo 50 do Código Civil limitou os efeitos da desconsideração àqueles que efetivamente se beneficiaram do abuso.

Em um cenário de recuperação judicial, a crise econômico-financeira não pode ser mero argumento para a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que é preciso comprovar o abuso da personalidade jurídica, com o desvio de finalidade ou confusão patrimonial por parte dos sócios, acionistas ou administradores das sociedades devedoras.

⁵⁶ Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Justiça determina bloqueio de patrimônio de Thor Batista. Publicado em 20/03/2019, às 16h11. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/determinado-o-bloqueio-de-patrimonio-de-empresas-de-thor-batista.htm>. Acesso em 07/09/2019.

Isso porque a eventual aplicação irrestrita da desconsideração da personalidade – instituto excepcional – iria contra um dos princípios basilares da recuperação judicial: o princípio da preservação da empresa previsto no artigo 47 da LFR.

Portanto, apenas quando observados elementos factíveis indicativos de abuso de direito ou confusão patrimonial da sociedade em recuperação judicial esses poderão ser verificados em incidente próprio, conforme os artigos 133 a 137 do CPC. Comprovados os indícios de fraudes nas operações a competência para decidir sobre os bens da sociedade é o juízo competente pela recuperação judicial.

Caso o juízo da recuperação judicial determine a desconsideração da personalidade jurídica, os bens atingidos deverão ser utilizados para o cumprimento do plano de recuperação judicial, sempre em benefício da coletividade de credores.

Ainda é importante ressaltar que a desconsideração da personalidade jurídica se difere da extensão dos efeitos da falência prevista no artigo 81 da LFR. A primeira tem efeitos meramente patrimoniais contra o devedor, de modo que a segunda traz consequências jurídicas, econômicas, administrativas e políticas.

Aplica-se o cenário de falência de uma sociedade às demais, lacrando o estabelecimento e afastando os administradores da sociedade, que deixa de poder gerir o seu patrimônio e dispor dos bens sociais.

Dessa forma, conclui-se que a desconsideração da personalidade jurídica no cenário de recuperação judicial, ao contrário da extensão dos efeitos da falência, visa a dar efetividade e cumprir o plano de recuperação judicial, em benefício dos credores. Nesse caso, a sociedade mantém o direito de exercer a sua atividade e mantém a sua administração, sendo atingida apenas patrimonialmente.

REFERÊNCIAS

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – comentada artigo por artigo*. 13ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

BORTOLINI, Pedro Rebello; DEZEM, Renata Mota Maciel M. Efeitos da recuperação judicial sobre as garantias prestadas por terceiros. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 16, n.º 39, jan./mar. Disponível em:

<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/37de%2003.pdf?d=636688261614679211>. Acesso em: 01/09/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1.729.554/SP*, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08/05/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no CC n.º 121.487/MT*, Relator Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 27/06/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1.200.850/SP*, Relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 04/11/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 63.652*, Relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, j. em 13/06/2000.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento 0530950-05.2017.8.13.0000*, Desembargador Relator Edilson Fernandes, 6ª Câmara Cível, julgado em 05.09.2017.

BUENO, J. Hamilton. Impactos processuais do direito civil: Desconsideração da personalidade jurídica. Doutrina e jurisprudência. Aspectos materiais e processuais. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Impactos processuais do direito civil*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial: falência e recuperação judicial de empresa*, 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

EIZIRIK, Nelson. *Direito societário – Estudos e Pareceres: Sociedade de Propósito Específico. Autonomia Patrimonial. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Inadmissibilidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. Desconsideração da personalidade jurídica na falência e recuperação judicial. In: KUYVEN, Luiz Fernando Martins (Coord.). *Temas essenciais de direito empresarial: Estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Oksandro. A desconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial e na falência. In: *Temas de Direito da Insolvência – Estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho*: São Paulo: IASP, 2017.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coord.). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. I.

LOBO, Jorge. Extensão da falência e o grupo de sociedade. *Revista da EMERJ*, v. 12, nº 45, 2009. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_74.pdf. Acesso em: 07/09/2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 1ª edição. São Paulo: SaraivaJur, 2018.

SALOMÃO, Luis Felipe. SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2017.

SERASA EXPERIAN. *Indicadores econômicos*. Disponível em:

<https://www.serasaexperian.com.br/amplie-seus-conhecimentos/indicadores-economicos>. Acesso em: 07/09/2019.

COORDENADORIA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC)

TERMO DE AUTENTICIDADE E AUTORIZAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Mariana Leoni Beserra

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 3150390-1, Período noturno, Turma 10U,

tendo realizado o TCC com o título: O instituto da desconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial

sob a orientação do(a) professor(a): Ronaldo Vasconcelos

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 8 de novembro de 2019.

Assinatura do discente

COORDENADORIA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC)

Material Bibliográfico: Artigo Científico Monografia

Graduação em Direito

Título do Trabalho: O instituto da desconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial

Nome do Autor(a): Mariana Leoni Beserra

E-mail: marianaleonib@gmail.com

Este e-mail pode ser divulgado SIM NÃO

Orientador(a): Ronaldo Vasconcelos

Na qualidade de titular dos direitos autorais da publicação supracitada, de acordo com a Lei nº 9.610/98, AUTORIZO NÃO AUTORIZO a Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, a disponibilizar gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, o documento, em meio eletrônico, no *site* da base de dados Adelpha, para fins de leitura pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada pela Universidade, a partir desta data. Igualmente, declaro que a versão do Trabalho de Conclusão de Curso entregue em meio eletrônico corresponde fielmente e na íntegra à versão similar depositada de forma impressa em papel para a defesa ou apresentação.

Motivos no Caso de Não Autorização

Exigência de periódico de não divulgação até a publicação (exige justificativa, informe e nome do periódico)

Outros (justificar): _____

São Paulo, 8 de novembro de 2019.

Assinatura do(a) Autor(a)