

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 16

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
janeiro / junho de 2015

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto e Viviane Perez.

Pareceristas Deste Número: Adem Bafti (UNIVAP), Caroline da Rosa Pinheiro (UFRJ), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Jacques Labrunie (PUC-SP), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Milena Donato Oliva (UERJ) e Sergio Negri (UFJF).

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 16 (janeiro/junho 2015)
. — Rio de Janeiro: Processo, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2016.

GRUPOS SOCIETÁRIOS E EXTENSÃO FALIMENTAR: UM ESTUDO CRÍTICO¹

CORPORATE GROUPS AND BANKRUPTCY EXTENSION: A CRITICAL STUDY

*Samuel Max Gabbay
Thiago de Lucena Motta*

Resumo: Atualmente, quando ocorre fraude falimentar envolvendo grupos societários, em que pese não haver norma positivada sobre o tema, se aplica o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. A Corte compreende que, na situação apontada, a falência deve ser estendida às demais sociedades do grupo. Para tanto, é necessário provar a ocorrência de abuso de personalidade jurídica e a existência de um grupo econômico. A solução jurisprudencial não se afigura como a mais adequada, por violar os princípios da preservação da empresa e da economia processual, e aplicar de forma errônea a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Diante deste problema, é proposto um modelo baseado na responsabilização direta das sociedades praticantes da fraude, em harmonia com o sistema formado pelas legislações civil, societária e falimentar. A solução apresentada não possui os inconvenientes do entendimento vigente, já que preserva a empresa, oportuniza sua defesa e não a submete ao longo e complexo trâmite da falência.

Palavras-chave: Direito falimentar. Grupos societários. Fraude falimentar. Extensão da falência. Desconsideração da personalidade jurídica.

¹ Artigo recebido em 10.09.2016 e aceito em 09.12.2016.

Abstract: Nowadays, when a bankruptcy fraud involving corporate groups takes place, despite the inexistence of a legal rule on the subject, the judicial understanding of the Superior Court of Justice is applied. The Court comprehends that, in such situation, bankruptcy should be extended to the other companies in the group. To do so, it is necessary to prove an abuse of the legal entity as well as the existence of a corporate group (even a merely factual one). The judicial solution is not the most adequate, for it violates the principles of preservation of the company and procedural economy, and applies the theory of disregard of the legal entity in a wrong manner. Facing this problem, a model based on the direct liability of the fraud's perpetrators is proposed, in harmony with the system formed by civil, corporate and bankruptcy law. The presented solution does not possess the shortcomings of the judicial understanding, for it preserves the company, makes its defense possible and does not take it to the long and complex procedures of bankruptcy.

Keywords: Bankruptcy law. Corporate groups. Bankruptcy fraud. Bankruptcy extension. Disregard of the legal entity.

Sumário: 1. Introdução. 2. O atual entendimento jurisprudencial. 2.1. O abuso da personalidade jurídica. 2.2. O grupo econômico de fato. 3. Análise crítica do modelo. 3.1. A aplicação errônea da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. 3.2. A violação ao princípio da preservação da empresa. 3.3. A dificuldade procedimental da falência e o risco de desvalorização do ativo. 4. Delineamentos de uma possível solução. 4.1. A responsabilização direta da sociedade praticante da fraude. 4.2. O uso da ação revocatória do art. 130 da Lei nº 11.101/2005. 5. Conclusões: as vantagens do modelo proposto.

1. Introdução.

A atribuição de personalidade jurídica (diversa da dos sócios) à sociedade empresária objetiva facilitar a atividade comercial e proteger o empreendedor contra os riscos do insucesso da empresa explo-

rada, evitando a dilapidação de seu patrimônio particular em razão de um eventual insucesso do empreendimento. Trata-se de benefício concedido àquele que, seguindo as normas legais, promove o desenvolvimento da economia através do exercício da atividade comercial². Essa sistemática, todavia, não raro é utilizada como espeque para o cometimento de atos fraudulentos, que visam ao benefício pessoal do sócio em detrimento dos credores da sociedade ou até mesmo dela própria.

O abuso da personalidade jurídica da sociedade falida em grupos econômicos, com o intuito de favorecer outros integrantes do mesmo grupo, bem representa a situação acima exposta. Visando a impedir que os bens da falida satisfaçam os créditos na execução concursal, sociedades do grupo – coligadas, controladas ou controladoras – ocasionalmente agem para esvaziar o patrimônio da falida em benefício próprio, prejudicando credores. As formas para tanto são as mais diversas; alienações irregulares, simulações e constituição de garantias reais (em favor da coligada, controlada ou controladora, dando-lhes preferência na execução) são somente algumas hipóteses.

No intuito de evitar que tais atos sejam perpetrados e de facilitar sua repressão, a jurisprudência compreendeu que, em tais casos, deve ocorrer a extensão dos efeitos da falência às sociedades que integram o grupo. Conforme se demonstrará nos tópicos seguintes, a solução pretoriana cria diversos inconvenientes que dificultam a reversão da fraude e a satisfação dos credores, além de originar consequências socioeconômicas danosas. Outrossim, o entendimento atenta contra princípios do direito empresarial, sendo de questionável juridicidade.

Compreender os inconvenientes da orientação apontada e

2 GAMA, Guilherme Calmon da; BRASIL, Deilton Ribeiro. Aspectos relevantes (materiais e processuais) da teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. In: GAMA, Guilherme Calmon da. *Desconsideração da personalidade jurídica: visão crítica da jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 4.

propor uma solução alternativa mais satisfatória torna-se, dessa forma, tarefa necessária à melhor aplicação da legislação falimentar e à consecução de seus objetivos.

2. O atual entendimento jurisprudencial.

A extensão dos efeitos da falência para grupos societários, como já se afirmou, é fruto de construção jurisprudencial, de modo que o entendimento da questão passa pelo estudo dos fundamentos delineados nas decisões judiciais que a aplicam. Utilizar-se-á, como paradigma da análise, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial nº 1.259.018/SP³, por representar de forma completa o entendimento da Corte sobre a matéria.

No caso em questão, uma sociedade de nome SOBAR S.A. – Álcool e Derivados alienou a propriedade do imóvel onde funcionava sua usina de produção de álcool, bem como os instrumentos nela contidos, a outra sociedade que fazia parte do mesmo grupo econômico, a Rural Leasing. Esta firmou com a SOBAR S.A. contrato de *leasing* dos bens anteriormente adquiridos, que continuaram a ser utilizados na atividade produtiva. A SOBAR S.A. permaneceu na condição de arrendatária, mas depois de certo tempo parou de efetuar o pagamento mensal das prestações mensais à arrendante. Esta, por sua vez, ajuizou ação de reintegração de posse, recuperando os bens arrendados. Em seguida, tais bens foram alienados a outras sociedades integrantes do grupo, que terminaram por vendê-los a uma companhia *offshore*⁴ situada nas Ilhas Virgens Britânicas.

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Terceira Turma. Recurso Especial – REsp. nº 1.259.018/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 9 ago. 2011. Publicado em: 25 ago. 2011.

4 A companhia *offshore* é aquela constituída em país diverso do da nacionalidade de seus sócios, geralmente com o objetivo de minimizar custos tributários e reduzir a burocracia na constituição da sociedade.

A SOBAR S.A. teve sua falência decretada não muito tempo depois, e a massa falida requereu no processo falimentar que os efeitos da falência fossem estendidos a todas as sociedades que participaram das operações de alienação e *leasing* da usina e demais bens. Estes, como se percebe, foram subtraídos do patrimônio da SOBAR S.A., dificultando a satisfação dos créditos. O pedido da massa foi atendido em primeira e segunda instâncias, tendo uma das sociedades afetadas interposto Recurso Especial contra o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo.

No julgamento do recurso, o STJ reconheceu a ilicitude das operações de *leasing* e posteriores alienações dos bens da SOBAR S.A., com base na intenção do grupo de esvaziar-lhe o patrimônio e, assim, fraudar a execução concursal. Como consequência, manteve a extensão da falência às sociedades envolvidas. Os fundamentos destacados pela Corte para tanto foram basicamente dois: o abuso da personalidade jurídica, expresso na utilização da estrutura societária para a prática de ato lesivo a credores; e a existência de um grupo econômico, ainda que somente de fato. Passar-se-á ao seu exame mais aprofundado nos subtópicos abaixo.

2.1. O abuso da personalidade jurídica.

Para que se aplique a extensão dos efeitos da falência, o STJ entende necessário demonstrar que as sociedades sobre as quais a medida será imposta agiram com desvio de finalidade, ou que ocorre confusão patrimonial entre elas. Esse requisito é o mesmo da aplicação da teoria maior⁵ da desconsideração da personalidade jurídica,

5 Fala-se em teoria maior em oposição à teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, modalidade que prevê requisitos menos rígidos. Para efetivá-la, basta que se verifique a insolvência da sociedade empresária ou o fato desta constituir óbice à reparação de danos causados. A teoria maior, por outro lado, exige a demonstração do abuso da personalidade jurídica da sociedade, em suas diversas modalidades, conforme o art. 50 do Código Civil. A teoria menor encontra amparo legal no art. 28, *caput* e § 5º, do Código de Defesa do Consumidor.

prevista no art. 50 do Código Civil. O próprio acórdão do STJ em questão faz referência à teoria, ao afirmar que “é possível coibir esse modo de atuação mediante o emprego da técnica da desconsideração da personalidade jurídica”.

O abuso da personalidade jurídica pode se manifestar sob duas formas: o desvio de finalidade e a confusão patrimonial, à luz do texto do art. 50 do Código. O desvio de finalidade consubstancia-se na utilização da personalidade jurídica com o intuito de lesar terceiros, fraudando a aplicação da lei ou dos estatutos da sociedade⁶. A confusão patrimonial, por outro lado, é a inexistência de limites entre os patrimônios das sociedades envolvidas, sendo os bens de todas usados indistintamente pelas integrantes do grupo empresarial⁷.

O art. 50 do Código Civil refere-se à ocorrência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, de modo que a comprovação de um deles basta para ensejar a desconsideração da personalidade jurídica – e, no entendimento do STJ, a extensão da falência. Impende salientar que esta deve ser limitada às sociedades em que se verifique o abuso de personalidade jurídica, em aplicação analógica à orientação do Enunciado nº 7 da I Jornada de Direito Civil⁸.

2.2. O grupo econômico de fato.

Para além dos requisitos tradicionais previstos no art. 50 do Código Civil, o STJ entende que as sociedades sobre as quais se es-

midor, e no art. 4º da Lei nº 9.605/98, que trata da reparação do dano ambiental. A respeito do tema, conferir: NUNES, Luis Antonio Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 783.

6 MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. 2, p. 239.

7 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 83.

8 “Art. 50: só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido”.

tenderá a falência devem manter com a falida relações típicas de coligação ou de controle, de modo que não se possa separar totalmente os processos decisórios de cada uma. Vale dizer, devem formar um grupo econômico, em que uma sociedade exerça forte influência sobre outra. Aplica-se, portanto, o art. 243, §1º, da Lei nº 6.404/76, o qual aduz que “são coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa”. Incide também o §5º do mesmo artigo, que cria presunção de coligação quando uma sociedade detenha pelo menos 20% do capital social de outra⁹. Tratando-se de sociedades limitadas, por outro lado, o art. 1.099 do Código Civil exige que a investidora detenha pelo menos 10% do capital da coligada.

A coligação, todavia, é somente uma forma de constituição de grupo econômico. É possível que as sociedades se organizem em um sistema de subordinação, dando origem a uma relação jurídica de controle. O art. 243, §2º, da Lei nº 6.404/76, estabelece que uma sociedade anônima é controlada quando outra possua a maioria dos votos em Assembleia Geral e o poder de eleger a maioria dos administradores – critério semelhante ao do art. 1.098 do Código Civil, que trata do tema em relação às sociedades limitadas. A controladora é capaz, portanto, de determinar os rumos da atividade desempenhada pela controlada¹⁰.

Conforme preconiza o art. 265 da Lei nº 6.404/76, controladora e controladas podem constituir formalmente um grupo de sociedades, com o intuito de facilitar o atingimento de finalidades comuns. O ordenamento pátrio positivou, portanto, um modelo contratual para a formação de grupos econômicos, através da união convencional entre controladora e controladas. Todavia, a doutrina reconhece que os grupos podem, também, ter origem meramente fática, não neces-

9 Veja-se, nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Terceira Turma. Recurso Especial – REsp. nº 1.259.020/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 9 ago. 2011. Publicado em: 28 out. 2011.

10 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2, p. 530ss.

sitando de formalização contratual e bastando a configuração de uma das situações previstas nos parágrafos do art. 243 da Lei nº 6.404/76¹¹. Afinal, há uniões de fato entre sociedades que não podem ser ignoradas pelo direito¹². Caso contrário, estar-se-ia abrindo espaço para o cometimento de irregularidades sob o manto da independência entre as pessoas jurídicas, quando estas na verdade agiriam sob comando único. Acertadamente, portanto, o STJ reconhece que a configuração do grupo societário é satisfeita pela ingerência fática de uma sociedade em outra ainda que não haja convenção específica entre elas¹³.

A modalidade de organização do grupo – se coligação ou controle – e a posição da sociedade falida não interessam para a extensão da falência. Pode-se, assim, aplicá-la da controlada para a controladora e vice-versa, bem como de uma coligada para a outra indistintamente. Ocorrendo o abuso da personalidade jurídica da falida, a falência será estendida às responsáveis pelo comportamento ilícito independentemente de seus postos no grupo¹⁴.

3. Análise crítica do modelo.

O entendimento do STJ exposto no tópico anterior não se apresenta como o mais adequado para o tratamento da matéria. A elaboração de uma solução para um problema jurídico-empresarial demanda a análise de sua conformidade com a base principiológica desse ramo do direito, além das consequências socioeconômicas de

11 PRADO, Viviane Muller; TRONCOSO, Maria Clara. Análise do fenômeno do grupo de empresas na jurisprudência do STJ. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 11, n. 40, p. 97-120, abr./jun. 2008, p. 103.

12 LOBO, Jorge. Extensão da falência e o grupo de sociedades. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, p. 74-86, jan./mar. 2009, p. 80.

13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Segunda Turma. Recurso Especial – REsp. nº 1.144.884/SC. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em: 7 dez. 2010. Publicado em: 2 fev. 2011.

14 LOBO, Jorge, *op. cit.*, p. 80.

sua aplicação. O modelo ora criticado, pelas razões argumentadas nos itens seguintes, é falho em ambos os aspectos.

3.1. A aplicação errônea da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

O acórdão estudado no tópico 2, *supra*, utiliza em sua fundamentação a teoria da desconsideração da personalidade jurídica como espeque para a extensão dos efeitos da falência às sociedades integrantes do mesmo grupo. Afinal, preenchidos os requisitos contidos no art. 50 do Código Civil – os mesmos da teoria maior, repita-se – e existindo um grupo econômico de fato, o Tribunal entende que há bases suficientes para promover a referida extensão. Existem, contudo, alguns erros dogmáticos nessa conclusão jurisprudencial.

É necessário, primeiramente, compreender que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi desenvolvida com escopo diferente daquele que lhe conferiu o STJ no caso em questão. A *disregard doctrine*, como também é chamada, surgiu em precedentes dos sistemas de *common law*¹⁵ com a finalidade de levar à responsabilização pessoal dos sócios quando estes, valendo-se da sociedade, praticassem atos prejudiciais a terceiros¹⁶. Revestia-se, entretanto, de caráter episódico; a distinção subjetiva entre sócio e sociedade era afastada somente para atribuir responsabilidade patrimonial ao perpetrador da fraude. Não ocorria de forma alguma despersonalização-

15 A *disregard doctrine* pode ter sua origem identificada no famoso caso *Salomon v. Salomon & Co.*, decidido pela *House of Lords* britânica em 1897; todavia, encontrou substrato jurisprudencial bastante fértil nos Estados Unidos, já no começo do século XX. Nesse sentido: CHENG, Thomas. The corporate veil doctrine revisited: a comparative study of the English and the US corporate veil doctrines. *Boston College International and Comparative Law Review*, Boston, v. 34, n. 2, p. 329-412, jul./dec. 2009, p. 344.

16 FIGUEROA, Dante. Comparative aspects of piercing the corporate veil in the United States and Latin America. *Duquesne Law Review*, Pittsburgh, v. 50, n. 4, p. 683-797, sep./dec. 2012, p. 686.

da sociedade. A autonomia entre esta e o sócio é que momentaneamente era superada para fins obrigacionais¹⁷.

No direito norte-americano, em que a *disregard doctrine* alcançou grande desenvolvimento, o tema é tratado com bastante rigor. A *Delaware Chancery Court*, tribunal conhecido por seus entendimentos paradigmáticos na área empresarial, já há muito fixou que a desconsideração da personalidade jurídica somente pode ser feita quando há grave violação da autonomia entre sócio e sociedade, servindo esta para prejudicar terceiros ou fraudar a aplicação da lei¹⁸. Em sede doutrinária, ademais, reconhece-se que a função da “perfuração do véu corporativo”¹⁹ é a de responsabilizar pessoalmente o sócio que agiu com abuso de direito.

A questão não recebe tratamento diverso, neste ponto, no ordenamento jurídico inglês. O rompimento da autonomia entre sociedade e sócio, sempre episódico, tem as funções de coibir a utilização da pessoa jurídica como um escudo para a execução de fraudes e de facilitar a reparação de danos²⁰. Reafirma-se dessa forma o caráter excepcional e temporário da medida, que deve restringir-se ao mínimo necessário para reprimir abusos do véu societário.

17 ALMEIDA, Amador Paes de. *Execução de bens dos sócios*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 205.

18 Confira-se, como exemplo da jurisprudência da Corte, o caso *Midland Interiors Inc. v. Burtleigh et al.*: DELAWARE CHANCERY COURT. Civil Action nº 18.544. Rel. Vice Chancellor Donald F. Parsons Jr. Julgado em: 19 dez. 2006. Na lide em questão, o autor cobrava dívida vencida e não paga da sociedade ré, conseguindo atingir o patrimônio de seu sócio diretor. A Corte autorizou a desconsideração com base no fato de inexistir qualquer destinação econômica lícita da sociedade, que servia apenas para blindar o sócio contra execuções de seus débitos. Em outros tribunais do país, a orientação é igualmente rígida. Nesse sentido, o caso *James v. Loran Realty Corp.*: NEW YORK SUPREME COURT. Appeal nº 237 SSM 45. Rel. Chief Judge Lippman. Julgado em: 29 nov.2012.

19 FERSHEE, Joshua. LLCs and corporations: a fork on the road in Delaware? *Harvard Business Law Review Online*, Cambridge (United States), v. 1, n. 1, p. 82-87, jan./jul.2011, p. 83. Disponível em: “<http://www.hblr.org/wp-content/uploads/2011/06/HBLR-Fershee-LLCs.pdf>”. Acesso em: 10 ago. 2016.

20 PAYNE, Jennifer. Lifting the corporate veil: a reassessment of the fraud exception. *Cambridge Law Journal*, Cambridge (England), v. 56, n. 2, p. 284-290, jul./oct. 1997, p. 284.

A utilização da desconsideração da personalidade jurídica para estender os efeitos da falência a sociedades integrantes do mesmo grupo empresarial extrapola seus limites dogmáticos e legais. Afinal, o art. 50 do Código Civil deixa claro que o mecanismo serve para levar os “efeitos de *certas e determinadas relações de obrigações* [...] aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica” (grifos nossos), vinculando-os ao adimplemento de alguns créditos existentes contra a sociedade. O instrumento não pode ser manejado de forma indiscriminada para atingir a totalidade de relações obrigacionais do sócio sobre o qual incide – mas somente obrigações específicas –, como se percebe da interpretação literal do texto legal.

Essa é, aliás, a finalidade que tradicionalmente se atribui à desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento pátrio, doutrinária e jurisprudencialmente²¹: pune-se o sócio que se vale illicitamente do véu societário, vinculando-o a obrigações da sociedade²². A desconsideração não é despersonalização ou extinção da pessoa jurídica, mas sim medida temporária que viabiliza a execução excepcional de bens do sócio²³.

A orientação do acórdão exposto no tópico 2, *supra*, não promove o simples afastamento momentâneo da independência entre os

21 Veja-se, de forma exemplificativa, trecho da seguinte ementa de acórdão proferido pelo próprio STJ: “[...] IV – A desconsideração não importa em dissolução da pessoa jurídica, *mas se constitui apenas em um ato de efeito provisório, decretado para determinado caso concreto e objetivo*, dispondo, ainda, os sócios incluídos no pólo passivo da demanda, de meios processuais para impugná-la. V – A partir da desconsideração da personalidade jurídica, *a execução segue em direção aos bens dos sócios*, tal qual previsto expressamente pela parte final do próprio art. 50, do Código Civil [...]” (grifos nossos) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ Terceira Turma. Recurso Especial – REsp. nº 1.169.175/DF. Relator: Min. Massami Uyeda. Julgado em: 17 fev. 2011. Publicado em: 4 abr. 2011).

22 TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 8, n. 30, p. 53-78, abr./jun. 2007, p. 59.

23 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1, p. 276; FERREIRA, Luiz Eduardo Martins. Desconsideração da personalidade jurídica: uso e abuso. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 11, n. 41, p. 127-132, jul./set. 2008, p. 126.

sujeitos envolvidos, seguida da responsabilização patrimonial dos causadores da fraude falimentar. O que ocorre é a decretação da falência da sociedade que agiu ilicitamente. As consequências, nessa situação, são extremamente mais gravosas do que as da desconsideração da personalidade jurídica em seus moldes tradicionais, uma vez que o reconhecimento da falência interfere de forma bastante intensa na atividade empresarial.

Em verdade, o acórdão do STJ limitou-se a importar os requisitos exigidos pela teoria maior da desconsideração, sem atentar para a grande diferença existente entre os efeitos da responsabilização direta da sociedade causadora da fraude e a decretação de sua falência. Na primeira, a execução de créditos que não pudessem ser satisfeitos pelo patrimônio do falido seria simplesmente redirecionada às sociedades do grupo econômico praticantes do ilícito. Na segunda, por outro lado, põe-se fim a um conjunto de agentes econômicos, com a execução concursal de seus patrimônios. Estes não são os objetivos da desconsideração da personalidade jurídica; o acórdão aqui criticado fez uso inadequado desse mecanismo legal e ignorou as finalidades de sua aplicação.

3.2. A violação ao princípio da preservação da empresa.

A proteção da atividade econômica é, certamente, um dos objetivos do direito empresarial, e é nessa tendência que se encontra o reconhecimento do princípio da preservação da empresa; afinal, admitindo que a sociedade empresária é um dos elementos fundamentais da economia de mercado pautada pela livre iniciativa, o ordenamento jurídico cria meios para tutelá-la. O princípio em questão aduz que se deve preferir, no surgimento de problemas societários, soluções que não ponham fim à empresa, conservando assim sua estrutura e funcionamento²⁴.

24 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 79.

Doutrina e jurisprudência²⁵ reconhecem plenamente essa orientação como derivação do art. 47 da Lei nº 11.101/2005, que fala expressamente na preservação da empresa ao tratar da recuperação judicial. Há, inclusive, posicionamento teórico que defende a natureza constitucional do princípio, como derivação da função social da propriedade e da empresa²⁶. Essa tendência do direito empresarial encontra fundamentação na imprescindibilidade socioeconômica da sociedade empresária, que assume papel central no fornecimento de bens e serviços ao mercado consumidor, bem como na geração de empregos e de tributos²⁷.

O princípio da preservação da empresa reveste-se de especial importância no direito falimentar, pois é neste que se encontra uma das formas mais traumáticas de interferência no exercício empresarial: a falência. Esta gera consequências sérias para a sociedade sobre a qual incide, já que leva à execução concursal de seu patrimônio e à perda do direito de gestão e disposição de seus bens – não raro com a lacração dos estabelecimentos, conforme o art. 99, XI, da Lei nº 11.101/2005²⁸. Destarte, sempre que existir a possibilidade de lançar mão de instrumentos menos gravosos, capazes de conservar a atividade econômica explorada, a falência deve ser evitada²⁹.

25 Confira-se, nesse sentido, decisão do STJ em que se entendeu que o inadimplemento de dívidas insignificantes não poderia causar a falência da empresa, ainda antes da entrada em vigor da Lei nº 11.101/2005: “Mesmo ao tempo do DL n. 7.661/1945, já se encontrava *presente o princípio da preservação da empresa, incrustado claramente na posterior Lei n. 11.101/2005*. Assim, [...] não é razoável [...] a possibilidade de valores insignificantes provocarem a quebra da empresa” (grifos nossos) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Quarta Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento – AgRg no Ag nº 1.022.464/SP. Relator: Min. Aldir Pas-sarinho. Julgado em: 2 jun. 2009. Publicado em: 29 jun. 2009).

26 CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *Preservação da empresa no Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 38.

27 PERIN JÚNIOR, Écio. *Preservação da empresa na Lei de Falências*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35.

28 ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 166.

29 COELHO, Fábio Ulhoa. O princípio da preservação da empresa na lei de recuperação de

Esse argumento é fortalecido, ainda, pelo potencial da legislação falimentar de estimular o exercício da atividade empresarial. Conforme já demonstrado pela doutrina norte-americana³⁰, há uma íntima relação entre os meios legais de preservação da empresa e o fomento ao empreendedorismo. Afinal, fornecendo-se ao empresário segurança de que, juridicamente, a continuidade de sua atividade será valorizada, é natural que haja maior interesse no engajamento em empreendimentos econômicos. O manejo indiscriminado da falência, nesse contexto, aparece como fator de desestímulo ao desenvolvimento da atividade empresarial.

Ao utilizar-se essa medida como punição pela fraude cometida nos moldes explicitados no tópico 2, *supra*, ignora-se o caráter de *ultima ratio* do processo falimentar. As sociedades responsáveis pelo comportamento fraudulento não se encontram necessariamente em uma situação que justifique a decretação da falência, dentre as previstas no art. 94 da Lei nº 11.101/2005. E, se eventualmente se encontrarem, a falência deverá ser por causa disso reconhecida – e não em virtude da participação em um esquema de fraude.

Não há, ademais, qualquer base legal para que assim se proceda. O art. 50 do Código Civil, como demonstrado no tópico 3.1, *supra*, não serve para embasar o entendimento do STJ. Na legislação falimentar, semelhantemente, o cometimento de fraude no âmbito de um grupo econômico não é prevista como motivo autorizador da decretação da falência – já que estes encontram-se previstos taxativamente no art. 94 da Lei nº 11.101/2005. Ao utilizá-la para reprimir a prática fraudulenta, o juiz acrescenta ao rol legal, em indevida ativi-

empresas. *Revista Electrónica de Direito*, Porto (Portugal), v. 2, n. 2, p. 2-11, jan./jun. 2014, p. 9. Disponível em: “<http://www.cije.up.pt/content/o-princ%C3%ADpio-da-preserva%C3%A7%C3%A3o-da-empresa-na-interpreta%C3%A7%C3%A3o-da-lei-de-recupera%C3%A7%C3%A3o-de-empresas>”. Acesso em: 14 ago. 2016.

30 BARNEY, Jay; PENG, Mike W.; LEE, SEUNG-HYUN. Bankruptcy law and entrepreneurship development: a real options perspective. *Academy of Management Review*, New York, v. 32, n. 1, p. 252-272, jan./mar. 2007, p. 258.

dade legiferante, nova situação ensejadora da falência. A lei que disciplina a matéria já elenca *numerus clausus* as hipóteses em que o pedido falimentar é cabível, de modo que não é dado ao magistrado criar outros casos para tanto.

Na verdade, o termo “falência”, por si só, remete a uma situação de insanável e inescapável dificuldade financeira, em que a manutenção da empresa seria prejudicial aos seus credores. É justamente nesse sentido que se fala em um “estado de falência”³¹. Os itens contidos no art. 94 envolvem, todos, um quadro de insolvência da sociedade empresária – ainda que não se trate de insolvência econômica, mas sim jurídica³² –, apto a gerar fundado receio de frustração de direitos creditórios. Não ocorrendo essa situação a solução deverá ser outra, para não se sacrificar empresa economicamente viável³³.

Há, ainda, outro aspecto relevante na questão. As sociedades do grupo sobre as quais incide a extensão da falência, por não participarem da fase cognitiva pré-falimentar, não tem a oportunidade de manifestação quanto ao pedido protocolado pelo credor. Uma vez citado e integrado à relação processual, o devedor tem à sua disposição diversas opções de defesa que podem levar até à extinção do processo. A ele abrem-se as possibilidades de pedir a recuperação judicial (art. 95 da Lei nº 11.101/2005), de contestar (art. 98) e de realizar o depósito elisivo (parágrafo único do art. 98); é possível, portanto, que o juiz abstenha-se de decretar sua falência.

A solução aplicada pelo STJ nega às sociedades afetadas pela extensão a faculdade de utilizar tais mecanismos. Como só se estende a falência depois da fase cognitiva pré-falimentar (momento proces-

31 CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 197.

32 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 263.

33 PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação judicial de empresas: caracterização, avanços e limites. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 151-166, jan./jun. 2006, p. 152.

sual adequado para a apresentação de resposta do devedor), a defesa das sociedades fica debilitada, já que não lhes é dada a chance de pedir recuperação judicial, contestar ou fazer o depósito elisivo. O próprio direito à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LV, da Constituição Federal) resta prejudicado pelo entendimento jurisprudencial.

O acórdão estudado no tópico 2, *supra*, não levou em consideração a viabilidade das sociedades envolvidas. Optou, simplesmente, pela extensão dos efeitos da falência a todas elas – e tudo isso, repita-se, sem levar em conta sua situação econômica ou enquadramento em algum dos casos do art. 94 ou ofertar-lhes as possibilidades de defesa legais. Descumpriu, portanto, o comando normativo contido no princípio da preservação da empresa.

3.3. A dificuldade procedimental da falência e o risco de desvalorização do ativo.

O processo falimentar é, no seu aspecto procedimental, complexo e possuidor de dificuldades próprias. Para que seja capaz de atingir seus objetivos, é preciso que se observem múltiplos ritos e detalhes operacionais, largamente disciplinados pela Lei nº 11.101/2005, que em geral demandam bastante tempo e recursos.

Justamente por causa dessa partiularidade é que o princípio da economia processual tem especial aplicação no âmbito do processo falimentar³⁴. Esse princípio determina que os ritos processuais devem orientar-se pela satisfação mais rápida, eficiente e efetiva dos direitos materiais em jogo, de modo a evitar a realização de atos desnecessários e que tornem mais difícil a tutela do direito material³⁵. Pode-se, aliás, entendê-lo como derivação dos direitos fundamentais à tu-

34 MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 390.

35 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 181.

tela jurisdiccional efetiva e à duração razoável do processo (art. 5º, XXXV e LXXVIII, respectivamente, da Constituição Federal), de maneira que é possível reconhecer-lhe caráter constitucional³⁶.

A execução concursal é, em si mesma, bastante trabalhosa. Faz-se necessário proceder à nomeação do administrador judicial, à habilitação dos créditos, à constituição dos órgãos da falência, à apuração do ativo e definição do passivo, ao julgamento dos pedidos de restituição, à realização do ativo, e ao pagamento dos créditos na ordem prevista em lei³⁷.

Em virtude dessas peculiaridades, o processo falimentar gera múltiplos custos diretos (como as custas processuais e a remuneração do administrador judicial) e, ainda, a desvalorização do ativo do falido, causada pelo tempo gasto nos trâmites falimentares³⁸. A duração (tendencialmente longa) do processo retira parte do valor econômico dos bens, que, em geral fora de qualquer uso produtivo, assistem à ação do tempo depreciá-los e torná-los tecnologicamente defasados. Isso praticamente impossibilita sua alienação em bloco e no mínimo dificulta a venda de cada um individualmente. É bem verdade que a sistemática criada pela Lei nº 11.101/2005 em seu art. 139, ao determinar a realização do ativo tão logo sejam arrecadados os bens do falido, concorreu para minimizar essas consequências negativas³⁹. Não conseguiu, contudo, eliminá-las completamente, até porque a realização do ativo leva certo tempo.

Submeter sociedades não necessariamente em crise a esse

36 MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 1, p. 226.

37 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 344.

38 FERNANDES, Jean Carlos. A insolvência empresarial na fronteira do direito e da economia. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 233-255, jan./jun. 2010, p. 247.

39 PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 396.

longo e complexo trâmite, com fundamento único na prática de uma fraude dentro de um grupo econômico, é medida que fere a economia processual. Existindo meio alternativo mais simples para a solução do problema – a responsabilização direta das sociedades envolvidas na fraude, a que se voltará no tópico 4, *infra* –, não é justificável o manejo do processo falimentar. Dessa forma, a extensão dos efeitos da falência que ora se critica é indesejável, também, por violar o princípio da economia processual.

4. Delineamentos de uma possível solução.

Tendo demonstrado as limitações do entendimento jurisprudencial vigente, impende definir um mecanismo alternativo capaz de reprimir a fraude falimentar e que seja, ao mesmo tempo, juridicamente válido e economicamente aceitável. A resposta encontra-se na conjugação de dispositivos das legislações falimentar, societária e civil, através de uma interpretação sistemática e harmonizadora das tendências do direito empresarial. É preciso, nessa abordagem, conciliar a necessidade de promover a efetiva reparação dos credores lesados pelo cometimento da fraude e a conservação, tanto quanto possível, das sociedades envolvidas, evitando levá-las à falência.

A questão, na verdade, também é objeto de preocupação em ordenamentos estrangeiros. Na doutrina alemã, por exemplo, a falência em grupos de sociedades – especialmente multinacionais – já é debatida há alguns anos, mas os avanços jurisprudenciais na matéria são pequenos⁴⁰. Na Holanda, de forma semelhante, o foco da discus-

40 Isso ocorre, em especial, porque o direito comunitário da União Europeia compreende os integrantes de um grupo econômico como sujeitos totalmente separados, sem comunicação de responsabilidades. Confira-se, a propósito: HIRTE, Heribert. Towards a framework for the regulation of corporate groups' insolvencies. *European Company and Financial Law Review*, Berlin, v. 5, n. 2, p. 213-226, apr./jun. 2008. Essa tendência não é seguida pelo direito brasileiro; veja-se, como exemplo, o art. 28, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a responsabilidade subsidiária quanto às obrigações consumeristas dentro dos grupos societários.

são reside nos grupos multinacionais, reconhecendo-se amplamente a insuficiência das regulações comunitárias existentes. O que se percebe, todavia, é que, em determinadas situações, as sociedades integrantes de um grupo atuam como se uma só fossem, de maneira que um sistema de responsabilidades falimentares não pode tratá-las como entes completamente separados⁴¹.

No direito norte-americano, por outro lado, o tema recebe tratamento mais detalhado, existindo diversos instrumentos legais para a repressão de fraudes falimentares e reparação de credores. É importante salientar que quase todos esses meios são amparados, de alguma forma, na *disregard doctrine*. Tratando-se de um grupo econômico, um dos mais efetivos é o *turnover*, que torna inválidas transferências de bens do falido para outras sociedades do grupo realizadas antes da falência, com a intenção de prejudicar credores⁴². Somente quando não é possível, por razões de diversas ordens, implementar a desconsideração da personalidade jurídica e seus mecanismos correlatos (como o *turnover*), promove-se a extensão da falência às sociedades praticantes da fraude, através do instituto da *substantive consolidation*⁴³. A função por ele desempenhada é residual, aplicando-se unicamente aos casos em que possa promover a mais fácil satisfação dos credores.

41 VETTE, Eva. Multinational enterprise groups in insolvency: how should the European Union act? *Utrecht Law Review*, Utrecht, v. 7, n. 1, p. 216-228, jan./apr. 2011, p. 217.

42 GRAULICH, Timothy. Substantive consolidation: a post-modern trend. *American Bankruptcy Institute Law Review*, Alexandria (United States), v. 14, n. 2, p. 527-566, jul./dec. 2006, p. 530ss. Importa ressaltar que o *turnover* não se aplica somente a atos praticados num prazo específico, ao contrário do que ocorre com a ineficácia dos atos prejudiciais à massa falida do art. 129 da Lei nº 11.101/2005. O *Bankruptcy Code* – lei federal que regula o processo falimentar nos Estados Unidos –, todavia, prevê em seu § 548 figura semelhante à brasileira: trata-se da *fraudulent conveyance*, que autoriza a anulação de certos negócios concluídos nos dois anos anteriores ao pedido de falência.

43 ELKIN, Judith. Lifting the veil and finding the pot of gold: piercing the corporate veil and substantive consolidation in the United States. *Dispute Resolution International*, London, v. 6, n. 2, p. 131-148, oct./dec. 2012, p. 137.

O modelo estadunidense é um bom objeto de estudo, pois concilia a efetividade na repressão da fraude falimentar com a evitação da extensão da falência a outras sociedades. É possível, portanto, utilizar seus pressupostos gerais – que, aliás, pouco diferem dos expostos ao longo deste artigo – como vetores interpretativos para o tema no direito brasileiro.

4.1. A responsabilização direta da sociedade praticante da fraude

A solução para essa intrincada questão é fornecida por um conjunto de dispositivos das legislações civil e falimentar, com suporte na teoria da desconsideração da personalidade jurídica. É necessário, portanto, ter sempre em mente o referencial do art. 50 do Código Civil para corretamente apreender o sentido dos outros textos legais a seguir apresentados.

Na Lei nº 11.101/2005, o art. 82 estabelece a possibilidade de apurar a responsabilidade pessoal dos sócios, controladores e administradores do falido em ação própria, que tramitará no próprio juízo da falência. É importante perceber que a lei não disciplina quais serão os parâmetros de apuração da responsabilidade, que variam de acordo com cada tipo de sociedade. Ao invés disso, a parte inicial do art. 82 remete à legislação própria do direito societário – que contém, esta sim, os limites da responsabilidade.

Este estudo manterá seu foco nas sociedades limitada e anônima, por serem os tipos mais comuns e de maior expressividade econômica no cenário nacional. Além disso, é nelas que o véu da personalidade jurídica fornece maior proteção quanto à separação entre as obrigações da sociedade e o patrimônio dos sócios, de modo que suscitam questões mais complexas.

Na sociedade limitada, o sócio responde não só pela integralização do capital social (art. 1.052 do Código Civil) mas também, ili-

mitadamente, quando aprovar deliberação que viole a lei ou o contrato social (art. 1.080). Ao fazê-lo, seu patrimônio estará vinculado à reparação à sociedade ou a credores lesados pela prática do ato ilícito⁴⁴. Essa espécie de responsabilidade aplica-se bem à repressão da fraude falimentar nos grupos econômicos, pois permite que se atinja o patrimônio da sociedade que, sendo detentora de parte do capital social do falido, valeu-se de seu poder de voz e voto para frustrar direitos creditórios de terceiros⁴⁵.

Na sociedade anônima, de forma semelhante, o acionista é responsável pela integralização de sua parcela do capital social, conforme o art. 106 da Lei nº 6.404/76. Para os demais casos de responsabilidade, faz-se necessário definir a posição ocupada pelo acionista na estrutura da sociedade.

Tratando-se de acionista controlador, o art. 117 estabelece que sobre ele incidem as consequências dos atos praticados com abuso de poder, prevendo, no seu §1º, diversas condutas que o configuram. Conforme o art. 116, controlador é o acionista (que pode ser pessoa jurídica) que titulariza a maioria dos direitos de voto em assembleia e o poder de eleger a maioria dos administradores, e que de fato direciona os rumos de atividade da companhia. O parágrafo único do art. 116 aduz que o controlador deve utilizar seu poder para promover o atingimento das finalidades sociais da companhia, respeitando os direitos dos demais acionistas, trabalhadores e da própria comunidade.

44 COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 208.

45 O administrador da limitada, conforme o art. 1.016 do Código Civil, responde por culpa pelos ilícitos que praticar. Não se entrará, aqui, no tema da possibilidade de pessoa jurídica – no caso, a sociedade integrante de um grupo econômico – ocupar o posto de administrador, bem explorado por ABRÃO, Nelson. *Sociedades limitadas*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 150ss. De toda forma, optando-se por qualquer das teses, a sociedade praticante da fraude poderá ser responsabilizada pelos art. 1.016 ou 1.080, conforme o caso. A responsabilidade do administrador da sociedade anônima, por sua vez, não é relevante para os fins deste estudo, já que o art. 146 da Lei n. 6.404/76 exclui expressamente a possibilidade de a função ser desempenhada por pessoa jurídica.

As modalidades de exercício abusivo do poder de controle consistem, pois, em violações a esse mandamento ético legal⁴⁶. O controlador que exerce seu poder de forma abusiva pratica verdadeira reorganização da sociedade para que esta passe a servir a seus interesses pessoais, de forma ilícita⁴⁷.

Se a relação entre a sociedade praticante da fraude falimentar e a falida for de controle, nos moldes do parágrafo único do art. 116, a repressão do ato ilegal e a reparação aos credores podem ser feitas através da ação de responsabilização por exercício abusivo do poder societário. Afinal, não há impedimentos a que o posto de controlador seja ocupado por pessoa jurídica, de modo que a prática de fraude falimentar por parte desta pode vir a configurar o exercício abusivo – e isso por duas razões.

Primeiramente porque, conforme o art. 246 da mesma lei, a controladora é obrigada a reparar os danos que causar ao violar os arts. 116 e 117, e isso inclui o desrespeito ao dever ético contido no parágrafo único do art. 116. Ora, sendo inegável que a fraude falimentar descumpra frontalmente esse comando normativo – já que leva à utilização da companhia para o fim ilícito de prejudicar credores –, pode-se compreendê-la como abuso do poder de controle. Em segundo lugar, porque as hipóteses contidas no §1º do art. 117 são bastante amplas – especialmente a parte inicial de sua alínea “a”, ao tipificar a conduta de “orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional”, em que se enquadram um grande espectro de comportamentos fraudulentos. A desconsideração da personalidade jurídica incidiria, assim, para chegar à sociedade controladora e atribuir-lhe responsabilidade pelas obrigações da falida⁴⁸.

46 REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2, p. 204ss.

47 WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 306.

48 LOBO, Jorge. Extensão da falência e o grupo de sociedades. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, p. 74-86, jan./mar. 2009, p. 85.

Entretanto, quando a fraude é cometida por companhias coligadas, faz-se necessário lançar mão de outros mecanismos jurídicos. Nesses casos não é possível falar-se de responsabilização por exercício abusivo do poder de controle – já que de controle não se trata –, de maneira que, *a priori*, não seriam aplicáveis os arts. 116 e 117. É possível invocar o art. 115, *caput* e §§3º e 4º, quando a coligada utilizar-se do voto como meio para perpetração da fraude. Os dispositivos estabelecem a responsabilidade do acionista pelo exercício do voto que ocasione, em geral, prejuízo à companhia ou o auferimento de vantagem indevida. A hipótese, todavia, é bastante restrita, pois não contempla o conluio informal para o cometimento da fraude. Dessa forma, torna-se necessário buscar solução eficaz para os casos não abrangidos pelo art. 115.

A resposta pode ser encontrada no sistema geral da descon sideração da personalidade jurídica, contido no art. 50 do Código Civil. Concorrendo os requisitos exigidos pela teoria maior, não há porque negar-se sua aplicação com base na inexistência de mecanismo mais específico na legislação societária. Inserindo-se o art. 50 no título do Código que trata das pessoas jurídicas em geral, não se vislumbram razões para que o dispositivo não incida no caso em questão.

Há, ainda, mais razões para chegar-se a essa conclusão. O sócio que substitui a vontade da empresa pela sua própria – mesmo que não o faça através do controle societário, mas sim de acordos celebrados secretamente no grupo econômico –, direcionando-a ilicitamente à consecução de seus próprios objetivos, usurpa o controle empresarial⁴⁹. A sociedade é, assim, privada dos instrumentos necessários para exercer sua atividade e passa a servir como mecanismo de perpetração de ilicitudes, sob a direção de integrantes do grupo. Destarte, mesmo que o controle societário pertença formalmente a outras pessoas, a sua utilização pode servir como fachada para ocultar a ver-

49 WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da descon sideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 305.

dadeira direção da sociedade. É justamente nesse sentido que o acórdão do STJ estudado no tópico 2, *supra*, refere-se à necessidade de ingerência fática entre as sociedades, malgrado não haja instrumentalização formal do controle.

A responsabilidade pelos danos, em tais casos, não pode ser atribuída unicamente à sociedade que, ao ter sua autonomia suprimida, passa a ser mera intermediária dos controladores fáticos para o cometimento da fraude. Agraciá-los com a benesse da separação patrimonial entre eles e a sociedade falida seria uma desvirtuação do instituto da personalidade jurídica autônoma. É cabível, por conseguinte, o manejo da desconsideração prevista no art. 50 do Código Civil para responsabilizar as sociedades praticantes do ilícito pelo adimplemento das obrigações do falido.

O modelo aqui delineado, portanto, tem foco na atribuição de responsabilidade às sociedades envolvidas na fraude pelos prejuízos causados aos credores. Desse modo, a satisfação dos créditos existentes contra o falido passa a ser obrigação a elas atribuída solidária e ilimitadamente. O fundamento genérico de sua responsabilidade reside na teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, positivada no art. 50 do Código Civil. As bases específicas para a responsabilização, por outro lado, variam de acordo com cada caso. Tratando-se de sociedades limitadas, aplica-se o art. 1.080 do Código. Nas anônimas, incidem os arts. 116, 117 e 246 da Lei nº 6.404/76, quando a fraude tiver sido cometida com abuso do poder de controle societário. Em caso de sociedades coligadas, o fundamento específico pode ser encontrado no art. 115 da mesma lei; não sendo este aplicável, o próprio art. 50 do Código Civil já é suficiente.

Não há necessidade de se promover a extensão dos efeitos da falência; basta a propositura da ação a que se refere o art. 82 da Lei nº 11.101/2005 e, sendo positivo o juízo de responsabilidade, a execução de tantos bens das rés quanto necessário. O procedimento adequado para tanto é, na etapa cognitiva, o rito ordinário do Código de Processo Civil, à luz da remissão feita pelo art. 82. Na fase executiva,

segue-se o previsto no capítulo do Código que trata do cumprimento de sentença, a ser iniciado na forma dos art. 513 e seguintes – de tramitação mais simples que ado processo falimentar.

4.2. O uso da ação revocatória do art. 130 da Lei nº 11.101/2005.

Os atos realizados com o intuito de prejudicar os credores do falido, através de conluio entre as partes envolvidas, são passíveis de revogação, conforme o art. 130 da Lei nº 11.101/2005. Como a hipótese é de ineficácia subjetiva, faz-se necessário provar a intenção fraudulenta dos negociantes em processo iniciado pela propositura de ação revocatória. A exemplo do *turnover* do direito norte-americano, a ação revocatória não se limita aos atos praticados dentro de um específico limite temporal, de modo que mesmo negócio concluído antes do período suspeito (fixado na sentença) pode ser declarado ineficaz⁵⁰.

Esse mecanismo legal pode muito bem ser usado para reprimir a fraude falimentar, já que o ato fraudulento de esvaziamento do patrimônio do falido amolda-se à definição genérica do art. 130. A ação revocatória, portanto, é opção colocada à disposição dos lesados pelo ilícito cometido pelas sociedades integrantes do grupo econômico. Há situações em que essa ferramenta pode ser, de fato, mais eficaz do que a responsabilização patrimonial das sociedades, já que retorna à propriedade do falido os bens transmitidos. Seria o caso, por exemplo, da fraude à execução concursal através da constituição de garantia real sobre todo o estabelecimento do falido, ou mesmo do *trespasse para subsidiária*⁵¹. Nessas situações, a revogação incidi-

50 COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 352.

51 TEPEDINO, Ricardo. O *trespasse para subsidiária* (drop down). In: ARAGÃO, Leandro Santos de; CASTRO, Rodrigo Monteiro de. *Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 81.

ria sobre negócio jurídico relativo a um objeto único – a universalidade do patrimônio cuja execução foi frustrada.

Entretanto, se a fraude tiver sido cometida através de múltiplas transações, envolvendo partes distintas do patrimônio do falido e com a participação de muitos sujeitos, o manejo da ação revocatória pode não ser a solução mais prática. Afinal, seria necessária a propositura de diversas ações, uma sobre cada negócio a ser revogado, ou, pelo menos, sobre cada conjunto de negócios relativos a um mesmo bem. Dessa forma, sua aplicação pode ser incapaz de adequadamente tutelar os direitos de credores, de maneira que a responsabilização direta das sociedades praticantes da fraude provavelmente será mais efetiva. A possibilidade de seu uso, todavia, não deve ser eliminada. A interpretação mais consentânea com a sistemática do direito falimentar de satisfazer, tanto quanto possível, os interesses creditórios, é a que compreende a ação revocatória do art. 130 e a responsabilização direta das sociedades, estudada no tópico 4.1, *supra*, como opções à disposição da massa. A que será utilizada em cada caso dependerá das circunstâncias fáticas específicas.

5. Conclusões: as vantagens do modelo proposto.

Ao longo deste artigo, empreendeu-se uma análise crítica do entendimento do STJ que determina a extensão da falência nos grupos econômicos em casos de fraude, destacando suas falhas conforme três critérios principais: o uso da desconsideração da personalidade jurídica, o princípio da preservação da empresa e o princípio da economia processual.

Diante desse problema, propôs-se um modelo baseado na responsabilização direta das sociedades praticantes da fraude, que encontra fundamentação no art. 50 do Código Civil e gera exatamente os efeitos nele previstos. Enquanto a extensão dos efeitos da falência enseja, indiscriminadamente, a execução concursal dos patrimônios das sociedades envolvidas, o sistema aqui delineado somente torna-

as responsáveis pelas dívidas do falido cujo adimplemento foi frustrado pela fraude. Essa é, em verdade, a essência da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica: superar a autonomia entre o sócio e a sociedade e, penetrando no véu societário para atingir o patrimônio do primeiro, vinculá-lo ao cumprimento de obrigações desta última⁵².

Em segundo lugar, essa solução atende totalmente ao comando normativo do princípio da preservação da empresa, já que evita o uso do processo falimentar e conserva uma unidade produtiva economicamente viável. Conservam-se, desse modo, as funções da atividade empresarial de geração de empregos, de tributos, e de dinamização da economia.

Finalmente, o princípio da economia processual também é observado de forma mais satisfatória pela solução apresentada. A simplicidade procedimental tanto da apuração de responsabilidade das sociedades envolvidas como da execução das obrigações fixadas na sentença, em relação aos trâmites falimentares, é facilmente perceptível. A prestação da tutela jurisdicional torna-se mais célere, mitigando os custos do processo e a desvalorização do ativo executado.

O modelo aqui defendido, por conseguinte, afigura-se mais adequado jurídica e socialmente às finalidades das legislações civil e falimentar, devendo, pois, ser preferido em relação à extensão dos efeitos da falência.

52 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1, p. 276.