

12º Concurso de Monografia “Levy & Salomão Advogados”

**Allan Nascimento Turano
Universidade Federal do Rio de Janeiro
Faculdade Nacional de Direito
5º ano**

O desestímulo à aquisição de sociedades em recuperação judicial em virtude da má aplicação da desconsideração da personalidade jurídica

RESUMO

A presente monografia tem por intuito enfrentar um dos desafios à plena efetividade da Recuperação Judicial no direito brasileiro, qual seja o afastamento indiscriminado da autonomia patrimonial da sociedade e de seus sócios, pela má aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Discutiremos este verdadeiro obstáculo ao empreendedorismo, que desincentiva a aquisição de sociedades em crise.

ABSTRACT

This paper aims at facing one of the challenges to the fully accomplishment of the Judicial Reorganization under the Brazilian law, which is the indiscriminate detachment of companies and its members assets' autonomy, by the misapplication of the theory of lifting the corporate veil. We will discuss this serious obstacle to entrepreneurship, which discourages the acquisition of companies in crisis.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	4
O INVESTIMENTO NA ATIVIDADE EMPRESÁRIA.....	6
A IMPORTÂNCIA DO DIREITO RECUPERACIONAL E A QUESTÃO DA EFETIVIDADE NO BRASIL	8
A AQUISIÇÃO DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS EM CRISE E A SUCESSÃO DAS OBRIGAÇÕES.....	10
A MÁ APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO E O PREJUÍZO AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO	12
CONCLUSÃO	15

1. INTRODUÇÃO

No desenvolvimento do direito societário prestigiou-se o conceito de especialização patrimonial como atributo da personificação da pessoa jurídica. Em regra, uma vez integralizado o capital, os sócios das sociedades limitada e anônima, tipos societários mais difundidos pela praxe empresarial brasileira¹ e objeto central desse estudo, respondem pelas obrigações sociais subsidiariamente e na medida do investimento realizado.

Essa concepção de autonomia entre o patrimônio do sócio e o da sociedade surgiu como grande incentivo ao desenvolvimento econômico. A razão é clara: como a atividade empresária pressupõe necessariamente a assunção de risco para obtenção de lucro, a mitigação do primeiro favorece o segundo.

Ainda, por mais estruturada, planejada e organizada que seja sua atividade, a sociedade empresária se sujeita a crises de natureza econômico-financeira. Os efeitos desse processo de instabilidade têm ampla repercussão social. A descontinuidade da atividade empresária está acima dos interesses daquele que a exerce, impactando toda uma cadeia social, bem como o próprio Estado.

Assim sendo, o direito brasileiro optou por tutelar a função social da empresa, consagrando o princípio da preservação por meio da figura da recuperação judicial. Trata-se de modalidade recuperatória preventiva, introduzida no ordenamento pátrio em substituição ao ineficiente instituto da concordata.² Sua aplicação é direcionada aos empreendimentos viáveis; isto é, àqueles cuja reversão da crise seja possível, e conjuga ao mesmo tempo interesse dos devedores, de seus credores e da coletividade.

Dentre os inúmeros requisitos, o inciso VI do art. 51 da Lei de Falências e Recuperação de Empresas impõe que o pedido de recuperação judicial seja instruído com a relação dos bens particulares dos sócios e dos administradores. Trata-se de norma

¹ Os números corroboram essa afirmativa. Segundo levantamento disponibilizado pelo Departamento de Registro Empresarial e Integração (“DREI”) no primeiro semestre de 2015 foram levados a arquivamento 185.751 novos atos constitutivos de pessoas jurídicas que exercem atividade empresária, dos quais 70,3% correspondem a sociedades limitada e anônima. Excluindo-se as EIRELI’s do relatório estatístico, conforme entendimento minoritário adotado por nós de que se trata de nova modalidade de pessoa jurídica, e não sociedade unipessoal, os números são ainda mais contundentes: 99,1%. Disponível em <<http://drei.smpe.gov.br/assuntos/estatisticas/2022-relatorio-estatistico-mensal-nacional>> Acesso em 24/10/2015 às 07:51.

² MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**, Atual. Carlos Henrique Abrão - 37ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 407

em consonância com o princípio da informação. A referida exigência tutela o interesse dos credores, pois fornece informações úteis para eventual desconsideração da personalidade jurídica. Tal previsão merece críticas de nossa parte, que serão desenvolvidas ao longo do presente artigo.

Inspirada na *disregard of legal entity* também conhecida como *disregard doctrine*, teoria cuja origem data do final do século XIX³ e remete à atuação dos Tribunais anglo-saxões com repercussão nas doutrinas alemã e italiana⁴, a desconsideração surge com o intuito de se impedir a consumação de fraudes e abusos de direito praticados por sócios que se utilizam da personalidade da sociedade que compõem.

Ocorre que a teoria da desconsideração teve sua essência desvirtuada ao ser positivada no ordenamento jurídico pátrio. Isso porque os pressupostos para sua aplicação, conforme as primeiras leis brasileiras em que foi reproduzida, quais sejam o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de repressão às infrações de ordem econômica e a Lei de tutela ao meio ambiente, não são os mesmos daquela construção jurisprudencial, afastando uma de suas principais características: a excepcionalidade.

Como será discutido, o atual Código Civil por sua vez incorporou as bases mais adequadas da teoria da desconsideração. No entanto, a sua entrada em vigor não revogou os dispositivos relativos ao tema previstos nas legislações especiais retro mencionadas. Portanto, os prejuízos decorrentes da má aplicação do instituto são um risco aos quais os sócios se submetem.

Assim sendo, defendemos que a possibilidade de afastamento generalizado da personalidade jurídica desestimula a atuação de investidores no mercado, especialmente no que tange à aquisição de sociedades recuperandas, que por se encontrarem combatidas financeiramente apresentam um risco de insucesso mais elevado.

Portanto, o enfraquecimento da distinção de personalidade entre a sociedade e seus sócios reflexamente enfraquece a preservação da empresa. Diante de todo o exposto, um dos desafios à atratividade do investimento em sociedades em crise nos coloca diante de premente necessidade: a superação da má técnica da desconsideração pelo Judiciário.

³ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, Vol. I - 26ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2005. p. 390.

⁴ *Ibidem*, p. 389.

2. O INVESTIMENTO NA ATIVIDADE EMPRESÁRIA

Um dos critérios clássicos de distinção entre sociedades empresárias é aquele que as dividem em sociedades de pessoas e sociedades de capitais.

Nas primeiras o vínculo entre os sócios tem caráter personalista. Dizem-se que sua formação se dá *intuitu personae*, isto é, o interesse na constituição leva em conta atributos pessoais de seus sócios. Nessas sociedades, a existência de *affectio societatis* se faz mais evidente. Nota-se uma confiança mútua entre os sócios, que se relacionam em absoluta boa fé. É comum atribuir essa classificação às sociedades limitadas.

Ao seu turno as sociedades de capitais seriam aquelas em que a pessoa dos sócios não é levada como fator determinante para ingresso na sociedade. A contribuição do sócio no capital, sua condição de investidor, torna-se mais relevante. Em geral, não há condicionamento à aquisição ou transferência de participação societária, que ocorre livremente. Em regra, são exemplos desse tipo de sociedade as anônimas.

Esse critério, apesar de muito festejado na doutrina, há longa data recebe críticas. Egberto Lacerda Teixeira, advogado e jurista conhecido pelos seus célebres estudos sobre a origem das sociedades limitadas no direito brasileiro, considerava-o “falho, ilógico e inócuo”. Em sua opinião, todas as sociedades são de pessoas e de capital ao mesmo tempo.⁵

Isso porque o que aproxima a sociedade de uma ou outra classificação são as disposições contidas em seus respectivos contratos e estatutos. Existindo dispositivos que imponham a dissolução da sociedade no caso de morte de algum de seus sócios, por exemplo, flagrante é seu traço personalista. Ao seu turno, se o instrumento constitutivo é livre de embaraços à livre aquisição de quotas ou ações, não as condicionando à anuência dos demais sócios há flagrante caráter capitalista.

É justamente à análise dos sócios ditos investidores que se direciona a presente obra. O livre desenvolvimento econômico encontra matriz e proteção constitucional⁶.

⁵ TEIXEIRA, Egberto Lacerda. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada** – São Paulo : Max Limonad, 1956. p. 24.

⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Estella de Araujo Penna⁷ afirma que o alcance do bem estar social o pressupõe e que o mesmo é inconcebível sem o desenvolvimento das sociedades. Para tal, torna-se imprescindível o investimento nos fatores de produção.

Todo investimento sério pressupõe uma análise qualificada dos riscos aos quais o empreendimento se sujeita. A assunção desse risco é inevitável, uma vez que o direito brasileiro veda a sociedade leonina, isto é, aquela em que os lucros ou as perdas ficam a cargo de apenas um dos sócios.⁸

⁷ RIBEIRO, Estella de. Desenolvimento Econômico e Mercado de Capitais – A Nova Lei das S.A. **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo, ano 11, 2001. p. 267-268.

⁸ Art. 1.008. É nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas.

3. A IMPORTÂNCIA DO DIREITO RECUPERACIONAL E A QUESTÃO DA EFETIVIDADE NO BRASIL

Fábio Ulhoa Coelho⁹ explica que o conceito de crise deve ser avaliado sobre três aspectos: o econômico, entendido como a retração considerável dos negócios da sociedade; o financeiro, que corresponde à ausência de liquidez suficiente para que os compromissos possam ser honrados tempestivamente; e o patrimonial, do que é exemplo a insuficiência de bens no ativo para satisfazer o passivo.

A descontinuidade da atividade empresária por decorrência de crise econômico-financeira está acima dos interesses dos sócios, impactando aos empregados, que deixam de exercer sua atividade laboral, aos consumidores, que perdem uma fonte de acesso a bens e serviços, bem como ao Estado, que passa a não arrecadar com os tributos incidentes no exercício de empresa.¹⁰

Nesse contexto, justifica-se a tutela do direito de modo a preservar a sociedade e sua empresa.¹¹ O instituto da recuperação, no entanto, não deve socorrer a todo e qualquer empreendimento combalido e sim àqueles em que se comprove a viabilidade. A Lei 11.101 de 2005 que regula o procedimento define seus objetivos em seu art. 47:

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

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**: Lei n. 11.101, de 9-2-2005, 6ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23.

¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, Vol. II: direito de empresa - 16ª ed. - São Paulo : Saraiva, 2012. Página 419.

¹¹ Termo aqui empregado de maneira técnica, como sinônimo de atividade empresarial. Sobre o tema, valiosa é a obra clássica do jurista italiano Iberto Squini, que qualifica a “empresa” como fenômeno econômico poliédrico; isto é, composto por diversas faces. Sob o prisma jurídico, portanto, identificam-se vários perfis. Dentre eles o funcional, em que empresa é entendida como atividade. Nesse sentido: COMPARATO, Fábio Konder. Perfis da Empresa, **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, nº 104 – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p.109.

A Recuperação Judicial consiste em medida preventiva. O processamento do pedido se dá mediante requisição prévia ao processo falimentar, ou no bojo da contestação deste.¹²

A eficiência do instituto ainda não se comprova com resultados concretos. Segundo pesquisa encomendada pelo Jornal Estado de São Paulo¹³, no período entre fevereiro de 2005 e setembro de 2013 apenas 1% dos pedidos de recuperação judicial havia obtido sucesso, de modo que as sociedades recuperandas fossem capazes de emergir da crise.

As razões são das mais variadas. Critica-se a morosidade para aprovação do plano, bem como o custo elevado do processo, que engloba desde os honorários do administrador judicial e de seus auxiliares às próprias custas judiciais. Vale lembrar que tais despesas são suportadas pelo próprio devedor¹⁴.

Quando comparada com a taxa de sucesso de recuperação de sociedades nos Estados Unidos, que atinge números próximos a 30%¹⁵, a ausência de efetividade do modelo brasileiro torna-se ainda mais gritante e os questionamentos se fazem ainda mais efusivos. Qual seria o grande desafio?

No modelo americano é comum que bancos credores participem do processo de reestruturação, transformando o crédito em participação societária. No Brasil, essa operação não é tão atrativa, diante do grande receio de responsabilização pessoal pelas vultosas obrigações da sociedade recuperanda, em decorrência da aplicação indiscriminada da desconsideração da personalidade jurídica, como será discutido a seguir.

Assim sendo, no que pese sua comprovada importância, o direito recuperacional no Brasil ainda precisa superar entraves para que atinja a efetividade idealizada pelo legislador.

¹² Art. 95. Dentro do prazo de contestação, o devedor poderá pleitear sua recuperação judicial.

¹³ Disponível em <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,so-1-das-empresas-sai-da-recuperacao-judicial-no-brasil-imp-,1085558>> Acesso em 27/10/2015 às 21:31.

¹⁴ Art. 25. Caberá ao devedor ou à massa falida arcar com as despesas relativas à remuneração do administrador judicial e das pessoas eventualmente contratadas para auxiliá-lo.

¹⁵ Disponível em <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1056/noticias/a-intencao-era-boa>> Acesso em 27/10/2015 às 22:40.

4. A AQUISIÇÃO DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS EM CRISE E A SUCESSÃO DAS OBRIGAÇÕES

A aquisição de sociedades empresárias em recuperação judicial é operação crescente no Brasil. Trata-se inclusive de um dos meios recuperatórios previstos na legislação que cita a cessão de quotas ou ações e a alteração do controle societário.¹⁶

Nesse contexto, a atuação dos fundos de *private equity* é muito comum. Consistem em investidores privados que adquirem participações societárias considerando janelas de oportunidade reais de potencial crescimento. O valor de mercado das sociedades recuperandas encontra-se fortemente depreciado, de modo que o ágio em uma venda futura torna interessante a operação.

Os riscos, no entanto, denotam certas particularidades.

O insucesso da recuperação judicial vincula-se à decretação de falência da sociedade¹⁷. Isso porque se pressupõe que ao requerer a recuperação judicial o empresário assume seu estado pré-falimentar. Portanto, rejeitado o pedido ou fracassada e tentativa de recuperação instaura-se a execução concursal especial.

A decretação da falência tem, ainda, o condão de reconstituir os créditos e garantias dos credores nas condições originais, deduzidos os valores eventualmente pagos e respeitando os atos validamente praticados no curso do processo recuperacional.¹⁸

¹⁶ Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

(...)

II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;

III – alteração do controle societário;

¹⁷ Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial: I – por deliberação da assembléia-geral de credores, na forma do art. 42 desta Lei;

II – pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei; III – quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4o do art. 56 desta Lei;

IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1o do art. 61 desta Lei.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não impede a decretação da falência por inadimplemento de obrigação não sujeita à recuperação judicial, nos termos dos incisos I ou II do caput do art. 94 desta Lei, ou por prática de ato previsto no inciso III do caput do art. 94 desta Lei.

¹⁸ Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.

(...)

Nesse contexto é válido ressaltar que importa na assunção das obrigações a aquisição de participação em sociedade recuperanda. Pelo princípio da especialização patrimonial, no entanto, nas companhias e nas limitadas os sócios têm sua responsabilidade quanto às obrigações assumidas pela sociedade limitadas ao preço de emissão das ações adquiridas e ao valor de sua quota, respectivamente.

Cumpra mencionar que nas sociedades empresárias limitadas, realizada a cessão de quotas, o cedente, responde solidariamente com o cessionário até dois anos da data da averbação do ato.¹⁹ A responsabilização solidária, todavia, se dá apenas em benefício do credor, de modo que cabe ação regressiva do primeiro em face do segundo.

Há que se registrar os verdadeiros subsídios que a Lei 11.101 de 2005 confere a esse tipo de aquisição.

O art. 49 impõe que todos os créditos existentes na data do pedido de, ainda que não vencidos, sujeitam-se a recuperação. Nesse sentido, a sociedade se vê diante da necessidade de realização de uma verdadeira *due diligence*, isto é, da auditoria de seu endividamento, que terá chancela do administrador judicial e do juízo competente.

Diante desse contexto, o investidor interessado na aquisição de uma sociedade recuperanda encontra-se munido de informações que aumentam o grau de segurança para realização do negócio.

Afirma-se, desse modo, que a operação é benéfica pra todas as partes. A transferência da participação societária é benéfica ao cedente, que se vê livre de responsabilização em caso de posterior insucesso, bem como ao cessionário, que realiza investimento com consciência e solidez, objetivando auferir ganhos no futuro.

O cenário seria o ideal, se não existisse um grande desafio.

§ 2º Decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial.

¹⁹ Art. 1.003. A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade.

Parágrafo único. Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio.

5. A MÁ APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO E O PREJUÍZO AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

As primeiras aparições do instituto da desconsideração da personalidade jurídica na legislação pátria se deram no Código de Defesa do Consumidor²⁰, na Lei de repressão às infrações de ordem econômica²¹ e na Lei de tutela ao meio ambiente²².

Nesse contexto, a incorporação desvirtuada da *disregard doctrine* no direito brasileiro deu origem a duas grandes teorias fundamentais.

A primeira, adotada pelo CDC consiste na Teoria Menor ou Objetiva. Segundo essa corrente de pensamento, os efeitos da personificação da sociedade podem ser desconsiderados, de modo a satisfazer o interesse de determinado credor, sempre que se verificar prejuízo ao mesmo.

Ao seu turno, a segunda Teoria denominada Maior ou Subjetiva, impõe que se verifique a existência de abuso da personalidade jurídica, por meio de fraude ou confusão patrimonial, para que se possa desconsiderá-la em benefício do credor. Tal consequência se justifica, pois a conduta dos sócios ou dos administradores nessas hipóteses é eivada de má-fé. Segundo André Luiz Santa Cruz Ramos²³, aqui há “alinhamento aos ideais originários da *disregard doctrine*”. Pensamento esse do qual compartilhamos.

²⁰ Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. § 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º **Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica** sempre que sua personalidade for, de alguma forma, **obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores**. (grifo nosso)

²¹ Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

²² Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

²³ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial** – 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 416.

Essa é a tese adotada pelo Código Civil, que merece elogios pela qualidade técnica de seu dispositivo. A deficiência dos demais diplomas legais teria sido superada, caso o legislador tivesse optado por revogá-los expressamente quanto a essa matéria.

Infelizmente, não foi o que ocorreu. Nesse contexto, cumpre mencionar que da I Jornada de Direito Civil, em comentário ao artigo 50 do Código Civil, restou-se aprovado o enunciado 51:

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica – disregard doctrine – fica positivada no novo Código Civil, **mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais** e na construção jurídica sobre o tema. (grifo nosso)

Diante disso resultaram-se julgados como o paradigmático proferido pelo STJ, em que a Teoria Menor obteve acolhimento:

“Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Hopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º – Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum. A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. – Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou

administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. – A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28 do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Recursos especiais não conhecidos”²⁴

Entendemos que esse alargamento indiscriminado da desconsideração da personalidade jurídica, manifestado no § 5º do art. 28 do CDC, expõe os sócios a um risco exacerbado que não se justifica. Há verdadeira ofensa a um dos princípios basilares do direito empresarial, qual seja a especialização do patrimônio da sociedade, pessoa jurídica que é, e de seus sócios, que só poderiam se confundir em hipóteses excepcionadíssimas.

Sob as mesmas premissas inadequadas a jurisprudência trabalhista vem aplicando a teoria da desconsideração sem que haja previsão legal, justificando na incidência de princípios protetivos aos trabalhadores.

Como consequência, evidenciamos a existência de verdadeiro entrave ao desenvolvimento econômico, pela insegurança jurídica que causa ao mercado. No mais, há efeitos que desestimulam a aquisição de participação de sociedades em recuperação.

Afinal, há justificativa em expor um investidor a ter seu patrimônio pessoal atacado para satisfazer obrigações, em especial aquelas fruto de relações consumeristas e trabalhistas, contraídas pela sociedade adquirida, sem que presumido ou comprovado o abuso? A resposta só pode ser negativa.

Não há que se falar aqui em risco do empreendimento, pois pela doutrina desenvolvida pelo Direito Empresarial a responsabilização dos sócios nas limitadas e nas companhias deve se limitar à contribuição por eles praticada. O risco de eventual insucesso da atividade empresária, como o que expõe a sociedade à condição de falência, não pode ser suportado pelo sócio além desse montante, de modo que todo o ônus lhe seja dirigido.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor. Recurso Especial nº 279.273/SP. Recorrente: Shopping Center de Osasco-SP Recorrido: Ministério Público. Relator Ministro Ari Pargendler – Relator para Acórdão Ministra Nancy Andrihgi Brasília, 04 de dezembro de 2003. Diário de Justiça da União, 29 de março de 2004, p. 230.

6. CONCLUSÃO

O decenário da Lei 11.101 de 2005 é momento oportuno para discussão quanto à plena realização do instituto que ela veio a inaugurar no ordenamento jurídico pátrio.

Ainda não é possível defender que a Recuperação Judicial alcançou a efetividade planejada pelo legislador. A ínfima taxa de sucesso corrobora essa afirmação.

Nesse cenário, dentre os meios que a Lei estabelece como hábeis a conduzir a reestruturação da sociedade em crise, dois sofrem com a má técnica empregada pelo legislador quando da edição de leis a eles aplicáveis. Referimo-nos à cessão de quotas ou ações e a transferência do controle societário que se sujeita aos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica. Em tese, isso deveria ocorrer apenas excepcionalmente, mas comprovou-se por esse estudo que a realidade dos Tribunais não é essa.

Assim sendo, urge como necessária a mudança de entendimento das Cortes Superiores, afastando a possibilidade de aplicação da Teoria Menor. O mesmo apelo se faz ao Legislativo, que deveria revogar os dispositivos existentes nos microsistemas legais que versam sobre o assunto, de modo que a regra contida no Código Civil fosse a única a reger o tema.

Entendemos assim que um dos desafios à aquisição de sociedades em recuperação, qual seja o desestímulo à operação pela aplicação da má técnica da desconsideração, poderá ser superado.

BIBLIOGRAFIA

ASCARELLI, Tullio. **Problema das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**, 2ª ed. - São Paulo: Saraiva, 1969.

RIBEIRO, Estella de. Desenrolamento Econômico e Mercado de Capitais – A Nova Lei das S.A. **Revisão de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo, ano 11, 2001.

ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. **Rivista Diritto Commerciale**, Vol 41, I – Itália: 1943.

BEZERRA FILHO, M. J. Dissolução, liquidação e extinção da sociedade empresária à luz da legislação civil e falimentar (A falência como causa (ou não) da extinção da personalidade jurídica da sociedade empresária. Org.: Marcelo Vieira Von Adamek.

Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos, Vol. I - São Paulo, 2011.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial**, 5ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO Leandro Santos de (Coord.). **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas** - São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei n. 11.101, de 9-2-2005**, 6ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, Vol. II: direito de empresa - 16ª ed. - São Paulo : Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. Perfis da Empresa, **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, nº 104 – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, Vol. I – 17ª . ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. Affectio societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, Vol. 149-150, 2008.

GAZZONI, Maria. Só 1% das empresas sai da recuperação judicial no Brasil. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 14 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,so-1-das-empresas-sai-da-recuperacao-judicial-no-brasil-imp-,1085558>> Acesso em 27/10/2015 às 21:31.

IMHOF, Cristiano. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência** – Interpretada Artigo por Artigo, 2ª ed. – Balneário Camboriú: Publicações Online, 2012.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coord.). **Direito das Companhias**, Vols. I e II, 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LUDER, Germano. Poucas empresas em recuperação judicial se salvam no Brasil. **Revista Exame**. São Paulo, 19 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1056/noticias/a-intencao-era-boa>> Acesso em 27/10/2015 às 22:40.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**, Atual. Carlos Henrique Abrão - 37ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEGRÃO, Ricardo. **Direito empresarial: estudo unificado**, 5ª ed. rev. - São Paulo: Saraiva, 2014.

NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências**: Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 2ª ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

REQUIÃO, Rubens. **A Preservação da Sociedade Comercial pela Exclusão do Sócio**, Tese de concurso de cátedra de Direito Comercial – Curitiba, 1959.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, Vols. I e II - 26ª e 24ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2005.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine). **Revista dos Tribunais**, Vol. 410, 1969.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor : direito material e processual** – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Vol. III - 2ª ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário** - Vol. I - 5. ed. - São Paulo : Atlas, 2013.