

ARTIGO - DIREITO CIVIL

Por que o empresário brasileiro tem tanto medo de falir?

Após as eleições de Donald Trump, nos Estados Unidos, voltaram a circular nos portais matérias que lembraram os fracassos comerciais de polêmico presidente, e as vezes em que alguma empresa dele teve a falência decretada. Apesar das decretações de falência, o empresário foi novamente eleito presidente de uma das maiores potências econômicas do mundo.

E essa ascensão da quebra ao status de presidente dos EUA pode levar o leitor a imaginar que a legislação falimentar nos Estados Unidos seria completamente diferente da legislação no Brasil, razão pela qual seria possível ter a falência decretada e continuar empreendendo em outros ramos. Mas, este mesmo leitor ficaria ainda mais surpreso ao saber que a legislação brasileira foi fortemente inspirada na legislação norte americana, e que, em tese, a falência da sociedade empresária não é a falência do empresário.

Mas, se a lei faz esta distinção, por que o brasileiro ainda tem tanto medo de falir, preferindo encerrar ilegalmente uma empresa à enfrentar o processo legal do encerramento pela falência?

Seria possível responder essa questão de forma bem objetiva: pelo medo da insegurança jurídica. Mas isso não esgotaria a discussão que se pretende estabelecer. Assim, parte-se aos conceitos aplicáveis à discussão.

A falência é um meio legal de encerramento da sociedade, empresária ou não, na medida em que sociedades simples também podem ter a falência decretada. A falência é o procedimento judicial a partir do qual todos os bens da devedora são arrecadados, vendidos, e o produto da venda é utilizado para o pagamento dos credores, conforme a ordem legal estabelecida nos artigos 83 e 84 da Lei 11.101/2005.

Portanto, na falência o empresário reconhece a incapacidade de continuar operando, e transfere ao Estado, via Poder Judiciário, o dever de fazer dinheiro com os ativos que lhe sobraram, para pagar as dívidas remanescentes de sua operação, sejam elas trabalhistas, tributárias ou com fornecedores.

Ainda em tese, aqueles credores que não conseguiram receber seus créditos, porque a massa falida não tinha ativos suficientes para lhes pagar, não podem deliberadamente cobrar do sócio da empresa falida o crédito que deixaram de receber, porque se não houve desconsideração da personalidade jurídica, pelo juízo falimentar, o sócio não está responsável por responder com seu patrimônio pessoal pelas dívidas da sociedade. Esta é uma das maiores conquistas trazidas pela Lei 14.112/2020, que alterou fortemente a Lei 11.101/2005, clareando a subjetividade da questão da desconsideração da personalidade jurídica da falida.

Inclusive, com base nos preceitos comezinhos que são ensinados aos acadêmicos de direito, ao tratar de falência, naturalmente associa-se que a responsabilidade do sócio estaria limitada ao capital social que ele, sócio, subscreveu e deixou de integralizar. Contudo, este é um conceito que não se aplica quando se trata da responsabilidade patrimonial secundária, que é, justamente, a que decorre da desconsideração da personalidade jurídica. E aí, então, mora a insegurança jurídica.

Começando pelo conceito básico, de que a responsabilidade do sócio é limitada ao capital social por ele subscrito e não integralizado, seja na sociedade limitada ou na sociedade por ações, vale o esclarecimento de que em caso de decretação da falência de uma sociedade cujo capital social não foi totalmente integralizado, aquele sócio que apenas subscreveu o capital e não o integralizou terá uma dívida para com a sociedade. O administrador judicial poderá, se o caso, tentar cobrar esse crédito, ou seja, arrecadar esse ativo em potencial para que ele componha a massa falida objetiva.

Mas se engana quem pensa que a responsabilidade do sócio/acionista se limita a integralização do capital social subscrito.

A bem da verdade, na responsabilidade patrimonial secundária, o sócio é chamado a responder com seu patrimônio pessoal pelas dívidas da empresa, sem qualquer limitação de capital social integralizado ou não, por ocasião da desconsideração da personalidade jurídica, instituto este que, justamente por sua banalização, é o que gera os calafrios quando se pensa em falência.

Isso porque, não são raros os casos em que junto com a sentença de falência, o empresário “ganha” a automática desconsideração da personalidade jurídica com decretação liminar de bloqueio de todos os seus bens. E por quê?

Bem, responder esta pergunta nos faz voltar para a regra do artigo 50 do Código Civil, que foi fortemente alterado em 2019, até com o objetivo de evitar a banalização da desconsideração da personalidade jurídica. Mas, o que se via até então é que pela mera presunção de que a bancarota seria oriunda de desvios do patrimônio da empresa para o sócio, má gestão, confusão patrimonial ou tentativa de lesar os credores, o sócio da falida acordava com as contas bloqueadas.

E ao ter a desconsideração da personalidade jurídica decretada, o sócio se tornava falido também, confundindo o seu patrimônio com o da pessoa jurídica, e ficando impedido de ser sócio de outras empresas, de constituir novas empresas. Assim, o sócio acabava se tornando um “pária”, vivendo fadado ao insucesso.

Vendo a banalização do instituto, e como essa medida é diametralmente oposta à geração de riquezas e à superação da crise, a Lei 14.112/2020 tentou estabelecer critérios objetivos e limites temporais para evitar que o sócio da sociedade empresária falida vivesse na insegurança eterna de poder ter seu patrimônio arrecado junto com o patrimônio da falida.

Começando pelo artigo 6º-C da Lei 11.101/2005, passou a ser previsto que o mero inadimplemento não é causa para atribuir responsabilidade a terceiros. Ou seja, a existência da dívida não é causa para já desconsiderar a personalidade jurídica.

Trata-se de dispositivo de clareza solar, mas que não é bem respeitado pela Justiça do Trabalho, que desconsidera automaticamente a personalidade jurídica em casos de recuperação judicial, por exemplo.

Outro dispositivo que vai, justamente, na linha de tentar evitar que a desconsideração da personalidade jurídica seja decretada por Juízo do Trabalho ou Fiscal, por exemplo, é o artigo 82 e o 82-A.

Esses dispositivos trazem luz ao fim do túnel, embora estejam longe de gerar um efetivo “fresh start”. Em suma, fica claro por sua leitura que o único juízo competente para desconsiderar a personalidade jurídica da falida é o próprio juízo falimentar. Ou seja, é ele, o juízo falimentar que poderá apurar se há razões para responsabilizar pessoalmente o sócio da falida, transformando-o em falido também, com base nas razões previstas no artigo 50 do Código Civil. E fixa-se o prazo de dois anos contados do trânsito em julgado da sentença que **extingue** a falência. Fica a crítica feita ao prazo, já que não são raras falências que duram de 5 a 10 anos para se processarem e serem encerradas, de modo que o sócio da limitada continuará convivendo com o fantasma da desconsideração por mais dois anos depois do encerramento da falência.

Mas, como no Brasil o Poder Judiciário acaba se sobrepondo ao Poder Legislativo, reforçando a insegurança jurídica, em agosto de 2024, o STJ julgou o Conflito de Competência n. 200.775, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, suscitado entre o juízo falimentar e o juízo trabalhista. Em suma, a superior Corte entendeu que o objetivo dos artigos 81-A e 82-A da Lei 11.101/2005 não seria o de conferir ao juízo da falência competência exclusiva para determinar a desconsideração, mas que a desconsideração só poderá ser determinada quando e se houver a observância dos requisitos do art. 50 do Código Civil.

Assim, caso não haja manifestação do juízo falimentar acerca da própria competência para decidir sobre a desconconsideração, desloca-se a competência para o juízo que tenha pedido a instauração do incidente. (CC n. 200.775/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, relator para acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 28/8/2024, DJe de 11/9/2024.)

Deixa-se o registro da complexidade que este julgamento insere, de novo, no ordenamento jurídico, depois das reformas da Lei 11.101/2005. Isso porque, o artigo 82-A, quase como quem quer desenhar aquilo que já parecia claro no art. 82, repete que a desconconsideração da personalidade jurídica só poderá se processar no juízo falimentar, e em estrita observância às regras do CC, mencionando o artigo 50 do Código Civil.

Ou seja, ciente de que o instituto da desconconsideração da personalidade jurídica estava sendo aplicado de forma quase que automática nos casos de recuperações judiciais e, principalmente, nas falências, a Lei 14.112/2020 previu alterações que objetivaram endurecer os requisitos para esta excepcional medida. O bem final pretendido com isso era o de respeitar a separação do patrimônio do empreendedor da sociedade, e até mesmo incentivar que a falência seja buscada como meio de tirar do mercado sociedades “podres”, de forma legal e organizada.

Toda a ideia parece suficientemente planejada e adequada, mas encontra óbice no próprio Poder Judiciário. Como já se destacou acima, juízes do Trabalho, e juízes das Varas de Execução Fiscal não necessariamente respeitam suas respectivas incompetências para desconconsiderar a personalidade jurídica da falida, e acabam atingindo o patrimônio do sócio sem o devido respeito ao contraditório e ampla defesa. E, com base neste precedente do STJ, encontram ressonância para perseguirem suas pretensões ao arrepio da literalidade da legislação.

Fato é que o Legislador entende que quanto mais insegurança jurídica houver no tocante ao tema da extensão dos efeitos da falência ao sócio, mais “tabu” esse assunto continuará sendo, levando as empresas a buscarem meios escusos para se encerrarem, de modo que o respeito à separação do patrimônio do sócio e da sociedade empresária é medida imperativa para continuar incentivando o empreendedorismo.

O insucesso de uma empreitada não pode gerar automaticamente a falência do sócio. Quem tem a falência decretada é a sociedade empresária, e não o sócio.



Bruna Florian

bflorian@efcan.com.br