



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Extensão da Falência em face da Lei nº 11.101/2005

Cintya Cerqueira Costa

Rio de Janeiro
2009

CINTYA CERQUEIRA COSTA

A Extensão da Falência em face da Lei nº 11.101/2005

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2009

A EXTENSÃO DA FALÊNCIA EM FACE DA LEI Nº 11.101/2005

Cintya Cerqueira Costa

Graduada pela Universidade Estácio de Sá de Nova Friburgo. Advogada. Pós-graduanda na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: o artigo trata da extensão da falência, tema de muita relevância pragmática que já desde a época do Decreto-lei nº 7.661/1945 era pouco explorado pelos juristas, e mesmo com o advento da Lei nº 11.101/2005 pouco tem sido objeto de discussão. É um instituto sem previsão legal, mas consolidado por jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de sua possibilidade. Entretanto, com o novo enfoque dado pela Lei nº 11.101/2005, devem ser questionadas a sua manutenção e aplicação prática em razão do princípio norteador do processo falimentar, a preservação da empresa, o que demonstra ser necessária uma reanálise jurisprudencial.

Palavras-chave: Empresarial, Falência, Extensão, Lei nº 11.101/2005.

Sumário: Introdução; 1. A extensão da falência e os seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro; 2. A deturpação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica frente à extensão da falência; 3. A responsabilização de terceiros pelas obrigações da falida; 4. Os princípios norteadores do processo falimentar e o posicionamento jurisprudencial após a Lei nº 11.101/2005; 5. A extensão da falência e a Lei nº 11.101/2005; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O tema proposto para o presente trabalho, dentro da Ciência do Direito, está vinculado especificamente às matérias de Direito Empresarial, Direito Processual Civil e Direito Constitucional. De modo delimitado, tem-se a extensão da falência e a Lei nº 11.101/2005.

Até o ano de 2005, a regulamentação normativa sobre falências e demais institutos correlacionados encontrava-se no âmbito do Decreto-lei nº 7.661/1945. Com sua revogação pela Lei nº 11.101/2005, a partir de 08 de junho de 2005, esta passou a ser a base legislativa, ressalvados os casos de aplicação da lei revogada. Entretanto, em ambos os diplomas legais a extensão da falência não foi contemplada, nem mesmo implicitamente, a qual à época do Decreto-lei foi consagrada pela doutrina e pela jurisprudência.

Tal pesquisa justifica-se pela entrada em vigor de uma nova legislação falimentar, sem que tenha trazido qualquer regulamentação sobre a extensão da falência, de modo a confrontar-se o entendimento prevalente à época da lei revogada no sentido de que é possível com o enfoque principiológico da nova lei.

Mister analisar questões que digam respeito à necessidade da jurisprudência em regulamentar a extensão da falência; aos motivos pelos quais o legislador suprimiu o exposto regramento material e processual da extensão da falência; à autonomia dos institutos da desconsideração da pessoa jurídica, da responsabilidade dos sócios, controladores e administradores da sociedade falida, e da extensão da falência; ao propósito da Lei nº 11.101/2005; à ausência de previsão legal na nova lei; e ao embate entre a satisfação dos credores e a preservação da empresa.

A metodologia a ser desenvolvida encontra respaldo em pesquisa legislativa, doutrinária, jurisprudencial e vivência prática processual, de modo a interpretar sistematicamente os institutos e chegar à conclusão lógica.

Busca-se provocar discussão sobre a extensão da falência, em se tratando de grupo econômico, diante de uma jurisprudência já de há muito consolidada no Superior Tribunal de Justiça, por falta de previsão legal, frente à Lei nº 11.101/2005. Deve-se adotar o entendimento de que a extensão da falência não pode mais ser concebida dentre os demais

meios de responsabilização e satisfação do crédito, em apreço ao princípio da preservação da empresa e demais consectários constitucionais.

1. A EXTENSÃO DA FALÊNCIA E OS SEUS EFEITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Decreto-lei nº 7.661/1945 regulou a falência e os demais institutos a ela correlatos até 2005, quando em 09 de fevereiro adveio a Lei nº 11.101, que revogou expressamente aquele diploma legal e passou a tratar de todas estas matérias.

O instituto da extensão da falência, no entanto, não foi trazido em nenhum dos dois regulamentos normativos, surgindo como criação jurisprudencial e pouco discutido na doutrina clássica.

Muito importante destacar que o texto originário do Projeto de Lei do Poder Executivo de nº 4.736, de 1993, o qual tramitou por cerca de onze anos no Congresso Nacional e deu origem à Lei nº 11.101/2005, continha o regramento da extensão da falência sob o aspecto material em seu artigo 78, I a III, e sob o aspecto procedimental nos parágrafos 1º a 5º, como se verifica *in verbis*:

Artigo 78. A falência poderá ser estendida:

I – ao controlador que orientou ou conduziu a atividade econômica de pessoa coletiva falida, no interesse próprio ou de grupo de que faz parte;

II – ao controlador da pessoa coletiva falida que, contrariamente ao interesse desta, a manteve sob direção unificada, no interesse próprio ou de grupo de que faz parte;

III – ao titular do controle cujo patrimônio confundiu-se com o da pessoa coletiva controlada e falida, tornando incindível a reunião dos seus ativos e passivos ou da maior parte deles.

§ 1º. O pedido de extensão pode ser feito pelo síndico ou por qualquer credor, que oferecerá, desde logo, o rol de testemunhas e documentos.

§ 2º. O juiz designará audiência de instrução e julgamento, deferindo as provas que serão produzidas.

§ 3º. O requerido será citado para comparecer à audiência, que não se realizará em prazo inferior a dez dias, contados da citação, nela oferecendo defesa escrita ou oral, e produzir prova.

§ 4º. O síndico e o requerente da extensão da falência serão intimados da designação da audiência, por carta, por aviso de recepção.

§ 5º. Após a instrução e as alegações finais, o juiz proferirá sentença e marcará data para a sua leitura, no prazo máximo de cinco dias.

No entanto, desde o primeiro texto substitutivo ao referido Projeto de Lei que originou a Lei de Recuperação de Empresas – o Projeto de Lei nº 205/1995, o regramento da extensão da falência não foi mais tratado diante das inúmeras emendas e substitutivos que compuseram a Lei nº 11.101/2005.

Pode-se dizer, em um primeiro momento, que houve verdadeiro retrocesso, já que o legislador perdeu uma excelente oportunidade de prever expressamente um instituto que acabou sendo discutido e sedimentado na jurisprudência, em razão de sua relevância prática. Afinal, a regulamentação de qualquer instituto no ordenamento jurídico brasileiro se dá pela lei, como fonte primária de maior relevância e prioritária dentre as demais fontes do Direito.

Mas, como a vida prática exige manifestações do Poder Judiciário para a solução dos conflitos, inúmeros jurisdicionados, irresignados com a insatisfação de seus créditos e demonstrando a ligação entre empresas capaz de configurar grupos econômicos, buscaram de alguma forma uma resposta estatal, apresentando, para tanto, suas teses, que culminaram na extensão da falência ou na extensão dos efeitos da falência.

Os Tribunais de Justiça do país, instados a se manifestarem sobre os processos que discutiam o pleito de extensão da falência, passaram a acolher o instituto. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, pacificou o entendimento da aplicação da extensão da falência às sociedades do mesmo grupo econômico.

Considerou-se o artigo 5º do Decreto-lei nº 7.661/1945, que determinava aos sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais o não atingimento pela

falência da sociedade, mas a sujeição aos demais efeitos jurídicos que a sentença produzisse em relação à sociedade falida.

Ademais, baseou-se na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, cujas hipóteses legais de cabimento consistem na confusão patrimonial, fraude à lei ou ao contrato, desvio de finalidade, dentre outras, com fulcro no artigo 28 da Lei nº 8.078/1990 e no artigo 50 do Código Civil.

Quando do reconhecimento da extensão da falência como instituto no ordenamento jurídico brasileiro, fez-se mister à jurisprudência delimitar a sua eficácia e os seus efeitos.

Primeiramente, esclareça-se que quanto às expressões “extensão da falência” e “extensão dos efeitos da falência”, há entendimento pela admissibilidade da diferenciação, no sentido de que a primeira significa a decretação da própria falência da outra empresa do mesmo grupo econômico, enquanto a segunda vem a ser a não decretação da falência, mas sim a aplicação de algumas das decorrências desta, como, por exemplo, bloqueio de contas e indisponibilidade de bens.

Contudo, pelo entendimento majoritário, as duas expressões são utilizadas como sinônimas, já que as consequências jurídicas em ambas as hipóteses são as mesmas, e a extensão não deve ser admitida em hipótese alguma, como se verá mais adiante.

Ao se iniciarem os pleitos de extensão da falência, sedimentou-se o entendimento de que deveria ser requerida pelo síndico ou também por terceiros interessados e prejudicados, e não concedida de ofício pelo juiz, sob o fundamento de que em se tratando de um decreto falimentar para outra empresa do mesmo grupo econômico, estar-se-ia tratando de outro pedido de falência, com requisitos diversos, como causa de pedir, o que demandaria requerimento da parte legítima.

Ademais, muita discussão surgiu, principalmente nos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, e também houve manifestação do Superior

Tribunal de Justiça, sobre a forma pela qual deveria ser suscitada a extensão da falência, se por mero incidente processual ou se por meio de uma ação autônoma.

O entendimento prevalente foi pelo reconhecimento incidental nos autos do processo falimentar, prescindindo de ação autônoma, desde que resguardados os direitos de ampla defesa e contraditório dos envolvidos. O Superior Tribunal de Justiça considerou que, uma vez verificados os pressupostos e afastada a personificação da sociedade, os terceiros atingidos poderiam se valer, perante o juízo falimentar, de todos os meios cabíveis na defesa de seus direitos e interesses.

Tal fato se justifica uma vez que haverá a unificação de ativos e passivos em uma só massa, como se tratasse de uma única empresa apenas, fruto da independência e autonomia formal das personalidades jurídicas desconsideradas.

A extensão da falência implica na própria quebra da sociedade em relação a qual se pretende estender a falência, em toda a sua plenitude, com a paralisação das atividades produtivas, o lacre do estabelecimento, a arrecadação dos bens, o alargamento do quadro concursal abrangendo todos os devedores, o vencimento antecipado das dívidas da sociedade, o afastamento dos administradores da gerência e direção da sociedade.

Assim é que a empresa que sofreu a extensão da falência é tão falida quanto a empresa cuja falência foi primeiramente decretada. Há doutrina, inclusive, que sustenta verdadeira confusão, sem se vislumbrar qualquer diferença, entre a extensão dos efeitos da falência com a própria falência da empresa, o que de fato ocorre na prática e é aplicado pela jurisprudência.

Diante dessa narrativa, restam claros a existência do instituto e os seus efeitos práticos no ordenamento jurídico brasileiro, até então consagrados sob a égide do revogado Decreto-lei nº 7.661/1945.

Com relação ao legislador de 2005, por sua vez, constata-se não ter havido uma lacuna técnica quanto ao tema, já que foi previsto no primeiro Projeto de Lei relativo à falência. Em verdade, foi um silêncio eloquente, pois a conclusão a que se chega é a de que o legislador não se manteve omissivo quanto à responsabilização de terceiros, ainda que se esteja tratando de grupos de sociedades, por ter trazido normas específicas a respeito, como por exemplo, aquelas previstas nos artigos 81 e 82 da Lei nº 11.101/2005, as quais serão mais à frente analisadas.

A título de exemplificação, verifica-se que o legislador, em se tratando especificamente de grupo econômico, quando quis prever responsabilidade solidária entre a empresa principal e cada uma das subordinadas, o fez expressamente e regulamentou a matéria, até mesmo porque a responsabilidade solidária não se presume, deve necessariamente decorrer de lei.

É a hipótese do artigo 2º, parágrafo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.452/1943), ao estabelecer esta forma de responsabilização, para efeitos de relação empregatícia, sempre que uma ou mais empresas, embora tenha cada uma delas personalidade jurídica própria, esteja(m) sob a direção, o controle ou a administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica.

2. A DETURPAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA FRENTE À EXTENSÃO DA FALÊNCIA

A personalidade jurídica consiste na aptidão de uma pessoa contrair direitos e deveres na ordem jurídica. Em se tratando de sociedades, começa com o arquivamento dos

atos constitutivos no órgão competente, que no caso das empresárias é o Registro Público de Empresas Mercantis, *ex vi* dos artigos 45 e 967 do Código Civil.

É cediço que a personalidade jurídica das sociedades deve ser utilizada para propósitos legítimos, a fim de exercer e incrementar o desenvolvimento das atividades econômicas. Mas, como forma de burlar a aquisição de obrigações em nome da sociedade, já que geram responsabilidade patrimonial, as partes muitas vezes passam a atuar de forma fraudulenta, violando as disposições legais e ofendendo o ordenamento jurídico como um todo.

É nesse contexto que surge a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que em razão de sua origem nos EUA e na Inglaterra é chamada de *disregard of legal entity*, *disregard doctrine*, *piercing the corporate veil* e *lifting the corporate veil*; no direito alemão fala-se em *durchgriff derr juristischen person*; no direito italiano, em *superamento della personalità giuridica*; e no direito argentino, em *desestimación de la personalidad*.

Foram estabelecidos requisitos e um regramento próprio para desconfigurar a sociedade que, por trás dela, estão pessoas responsáveis pelos atos fraudulentos. É o que toda a doutrina e a jurisprudência esclarecem ao determinar a retirada do véu protetor da personalidade jurídica da sociedade para alcançar os seus sócios, pessoas físicas ou jurídicas, que agiram contrariamente às normas jurídicas.

O efeito da desconsideração é alcançar aquele se utilizou indevidamente da pessoa jurídica, de modo a se desprender da separação patrimonial entre a sociedade e os seus sócios, e estender a esses as obrigações contraídas por aquela. E dentre suas formas de efetivação estão a desconsideração incidental – aquela que se dá no mesmo processo dispensando ação autônoma –, e a desconsideração indireta – na qual há outra ou outras integrantes do grupo societário acobertando um fraudador.

Trata-se, contudo, de medida excepcional, aplicada no caso concreto à luz da análise fática pelo magistrado e de forma momentânea.

Pela doutrina majoritária, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica restou positivada no artigo 50 do Código Civil de 2002, sendo inclusive o teor do Enunciado nº 51 do Conselho da Justiça Federal. Mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais, é possível ainda citar como exemplos de aplicação desta teoria os artigos 18 da Lei nº 8.884/1994; 4º da Lei nº 9.605/1998; 28 da Lei nº 8.078/1990; e artigo 2º, parágrafo 2º, do Decreto-lei nº 5.452/1943.

Diante de uma detida análise da jurisprudência a respeito da extensão da falência, constata-se que ocorre nítida confusão entre o instituto da extensão da falência e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

De um modo geral, a extensão da falência é a quebra da outra empresa, ocasionando todos os efeitos dessa decretação; e a desconsideração da personalidade jurídica é a suspensão temporária da pessoa jurídica.

Os tribunais do país e o Superior Tribunal de Justiça, ao admitirem a extensão da falência à pessoa do mesmo grupo econômico, mencionam a possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para tanto, o que desvirtua tal teoria frente a instituto totalmente díspar de sua finalidade.

Em verdade, a forma correta de tratar ambos os assuntos seria, ao reconhecer a extensão da falência no ordenamento jurídico, estabelecer como requisitos para a sua incidência a ocorrência dos pressupostos legais previstos nos artigos 28 da Lei nº 8.078/1990 e 50 do Código Civil referentes à desconsideração da personalidade jurídica, quais sejam, abuso de direito; excesso de poder; infração à lei, fato ou ato ilícito; violação dos estatutos ou contrato social; abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio de finalidade e pela confusão patrimonial.

O modo pelo qual a jurisprudência aplica a extensão da falência descaracteriza a temporariedade que é peculiar à desconsideração da personalidade jurídica, fazendo com que haja na verdade a despersonalização. Esta, por sua vez, tecnicamente consiste em retirar a personalidade jurídica da sociedade com a sua conseqüente dissolução, que é o mesmo efeito da decretação da falência.

Como os efeitos da extensão da falência atingem toda a empresa, com a decretação da quebra, ocorre o encerramento da personalidade jurídica pela via judicial, de forma permanente, para que, a partir de então, se promova a execução concursal com a empresa anteriormente falida.

Ademais, a desconsideração da personalidade jurídica é um instituto de tamanha complexidade, principalmente no tocante aos requisitos caracterizadores, sendo inclusive objeto de controvérsias e inúmeros enunciados do Conselho da Justiça Federal, razão pela qual não é nem de longe assunto tranquilo para incidir em um instituto sem qualquer regulamentação normativa, decorrente de criação jurisprudencial, logo casuística, como é a hipótese da extensão da falência.

Assim é que não se pode jamais valer-se da teoria da desconsideração da personalidade jurídica como sucedâneo do reconhecimento e da aplicação da extensão da falência.

Este raciocínio é corroborado por LOBO (2009), ao afirmar especificamente quanto às sociedades por ações que não se deve fundar a extensão dos efeitos jurídicos da falência (expressão por ele assim citada) de controlada à controladora, na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, por desvirtuar e ofender o artigo 50 do Código Civil.

É claro que não significa deixar de punir aquele que agiu de forma abusiva, fraudulenta, e contrária aos preceitos legais e contratuais, porém, valer-se de outros meios que a própria Lei de Recuperação de Empresas trouxe para a responsabilização.

3. A RESPONSABILIZAÇÃO DE TERCEIROS PELAS OBRIGAÇÕES DA FALIDA

O artigo 81 da Lei nº 11.101/2005, ao prever que a decisão de decretação da falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem, não traz qualquer dúvida quanto à responsabilização mencionada.

Como se constata, cuida do tratamento dado aos sócios com responsabilidade ilimitada, o que por isso só se justifica pela ínsita caracterização da confusão patrimonial, ou seja, a ausência da preconizada regra basilar da separação dos patrimônios entre o sócio e a sociedade. Assim é que a falência da sociedade gera também, como corolário lógico, a falência do sócio responsável ilimitadamente.

Nesse aspecto, convém citar o posicionamento de AYOUB (2003), no processo de falência do Laboratório Enila Indústria e Comércio de Produtos Químicos e Farmacêuticos S.A., no qual se discutia a extensão da falência à sociedade empresária Glaxosmithkline Brasil Ltda, no sentido de que, caso a Lei nº 11.101/2005 tenha positivado o instituto da extensão dos efeitos da falência, tê-lo-ia feito apenas na hipótese versada no seu artigo 81. Acrescentou, ainda, que o instituto somente incide nessa hipótese e, por se revelar uma norma excepcional, está vedada a integração analógica ou a interpretação extensiva a outras hipóteses, aplicando-se a literalidade do dispositivo.

O artigo 82 da Lei nº 11.101/2005, por sua vez, é passível de discussão, ao dispor que a responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua

insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil. Trata-se, aqui, da chamada ação de responsabilização, que no Decreto-lei nº 7.661/1945 estava prevista no artigo 50 e era denominada ação de integralização.

Para COELHO (2009), a formulação do legislador, ao prever a responsabilização de outros sujeitos de direito, como sócios, controladores ou administradores, determinou expressamente que seja feita por meio de ação de conhecimento e seguindo o rito ordinário.

O próprio artigo 82 da Lei nº 11.101/2005 menciona a sua integração com a respectiva lei que cuida da responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida.

Em se tratando de sociedade por ações, a Lei nº 6.404/1976, no artigo 116, estabelece quem vem a ser o acionista controlador; atribui a ele, no artigo 117, a responsabilidade pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder; e, no parágrafo 1º deste último dispositivo, elenca as modalidades de exercício abusivo desse poder.

No tocante aos sócios de responsabilidade limitada e aos administradores, a regulamentação das suas responsabilidades está prevista no Código Civil.

Ademais, há também como mais um meio de responsabilização de outros sujeitos de direito pelas obrigações da falida, a ação revocatória, como sendo um instituto tipicamente falimentar e consagrado nos artigos 129 e 130 da Lei nº 11.101/2005.

O artigo 129 da Lei de Recuperação de Empresas dispõe sobre a ineficácia dos atos praticados antes da falência, tendo havido ou não o devedor intenção de fraudar credores, e sendo inclusive possível nas hipóteses estabelecidas nos respectivos incisos a declaração de ofício pelo juiz.

Já o artigo 130 da Lei nº 11.101/2005, que também prevê a revogação dos atos praticados pelo devedor com a intenção de prejudicar credores, determina a prova da fraude entre o devedor e o terceiro, bem como do efetivo dano sofrido pela massa falida.

Ressalta-se que, em todas essas referidas modalidades de responsabilização de terceiros pelas obrigações da falida, não se cogita de estender a falência, mas sim imputar aos que praticaram atos contrários ao ordenamento jurídico e prejudiciais a outrem, a devida responsabilidade.

Nesse aspecto, cabe reportar-se ao primitivo Projeto de Lei do Poder Executivo de nº 4.736, de 1993, o qual deu origem à Lei nº 11.101/2005, já mencionado no início deste trabalho, que excluiu desde o seu primeiro substitutivo a expressa previsão legal reguladora do instituto da extensão da falência, sob seus aspectos material e procedimental.

Considerar que o legislador, mesmo ciente da pacífica jurisprudência fixada durante a vigência do Decreto-lei nº 7.661/1945, e ainda em um primeiro momento teve a regulamentação no Projeto originário mas logo no seguinte texto substitutivo excluiu o regramento da extensão da falência, significa entender que definitivamente não foi sua intenção prever a extensão no ordenamento jurídico.

Tanto é assim que estabeleceu as correspondentes ações de responsabilização específicas para o fim que sempre se valeu a jurisprudência no sentido de responsabilizar terceiros pelas obrigações da massa falida. Esse é o raciocínio mais lógico, consentâneo com a *mens legislatoris*.

Por fim, oportuno especificar a responsabilidade dos administradores das sociedades anônimas, por haver reflexos diretos à responsabilização de terceiros pelas obrigações da falida, sugerindo-se uma possível aplicação analógica de raciocínio no que se propõe quanto à não aplicação da extensão da falência.

A Lei nº 6.404/1976 aponta duas hipóteses de indisponibilidade dos bens, considerada a situação do agente responsável pelas obrigações decorrentes do prejuízo apurado no inquérito administrativo.

O artigo 36 da Lei nº 6.404/1976 prevê a indisponibilidade ordinária dos bens particulares dos administradores. Possui caráter cautelar, administrativo, com o fito de garantir a futura responsabilização de todos os ex-administradores que estiveram no exercício das funções nos doze meses anteriores ao ato de intervenção, liquidação ou falência.

Ainda no artigo 36, em seu parágrafo 2º, alínea *b*, da Lei nº 6.404/1976, há a indisponibilidade estendida ou superveniente, segundo a qual a extensão da responsabilidade abrange também, além dos gerentes e conselheiros fiscais que tenham concorrido para a decretação, quaisquer pessoas que tenham adquirido bens a qualquer título dos administradores, gerentes e conselheiros fiscais, desde que haja seguros elementos de simulação.

Nesse momento já se constata que, ainda em sede administrativa, os ex-administradores estão sendo cautelarmente privados de seus bens, como forma de evitar possível fraude patrimonial a impedir a responsabilização por atos praticados.

Transportando essa hipótese legal a um processo falimentar, no qual há intervenção do Judiciário, portanto, observados os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, pode-se entender que, no curso da ação, verificado o abuso de direito, o desvio de finalidade, a violação à lei ou ao contrato social, de ofício ou a requerimento, o juiz aplicaria a indisponibilidade dos bens dos agentes que praticaram os atos ilícitos.

Tal decorreria, sobretudo, do poder geral de cautela do magistrado, consagrado no artigo 798 do Código de Processo Civil, de modo a preservar a futura satisfação dos credores, já que o patrimônio dos sócios, administradores, controladores e acionistas estaria resguardado até julgamento final da ação falimentar, e ao mesmo tempo, preservar a empresa.

Caso contrário, valendo-se o juiz da extensão da falência, estar-se-ia aplicando a medida mais drástica de uma maneira geral à unidade produtiva, ainda que tenha havido ato ilícito, por existirem meios legais como este para o alcance dos mesmos fins.

4. OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO FALIMENTAR E O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL APÓS A LEI Nº 11.101/2005

Reconhece-se que a jurisprudência de um modo geral, ao criar e aplicar o instituto da extensão da falência quando da vigência do Decreto-lei nº 7.661/1945, e continuar a utilizá-lo sem qualquer ressalva ainda hoje com uma nova legislação em vigor, vale-se de um expediente mais célere e efetivo.

Afinal, foi um instituto criado para suprir a ausência legislativa e regular os fatos concretos trazidos ao Poder Judiciário. Sendo assim, desde então sempre surtiu efeitos jurídicos, basicamente positivos ao alcançar a satisfação dos credores em relação aos débitos da sociedade falida, nos próprios autos da falência, o que atrelava celeridade, economia e efetividade processual.

Com efeito, contrariamente ao que se defende neste trabalho, há entendimentos sob o argumento de que na vivência prática constata-se uma infundável ocorrência de fraudes, abusos de direito, empresas apenas formalmente distintas da falida e constituídas para burlar os credores, dentre muitos outros casos, em proporções que a própria teoria é incapaz de alcançar.

Entretanto, deve-se ter em mente que é dos estudos reiterados que surge a teoria, e é esta que deve ser aplicada à prática, não se podendo esquecer que o Direito surge e sofre alterações à medida que evolui a sociedade.

Antes de tudo, é relevante reportar-se à Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, que elencou para a ordem econômica princípios como a livre iniciativa, a busca do pleno emprego e a valorização do trabalho humano, mormente fundamentando todo o ordenamento com o postulado da dignidade da pessoa humana.

A empresa não possui um conceito legal, mas é definida pelo Direito Econômico como a atividade economicamente organizada para a produção ou circulação de bens e serviços. De acordo com o fenômeno jurídico poliédrico idealizado por Alberto Asquini, a empresa possui o perfil subjetivo, ligado à pessoa do empresário; o perfil funcional, referente à atividade empresarial; o perfil objetivo ou patrimonial, relativo ao conjunto de bens; e o perfil corporativo, relacionado à reunião do empresário e seus colaboradores. GUSMÃO (2007).

Segundo CASTRO (2007), a preservação da empresa merece ser elevada a princípio constitucional não escrito, de forma a acarretar influência direta na interpretação e concretização da legislação infraconstitucional.

Na mesma linha, CALÇAS (2007) sustenta que o princípio da preservação da empresa já de há muito é aplicado pela jurisprudência dos tribunais brasileiros, tendo fundamento constitucional, por ter a empresa relevante função social na medida em que gera riqueza econômica, cria empregos e rendas, e contribui para o crescimento e desenvolvimento do país. Significa atingir os preceitos constitucionais regulados na Carta Maior no tocante à ordem econômica se as empresas forem preservadas.

Assim é que merece atenção o “espírito” da Lei nº 11.101, ao ingressar no ordenamento jurídico em 09 de fevereiro de 2005, revogando expressamente e por completo o Decreto-lei nº 7.661/1945, com as devidas ressalvas previstas.

O legislador infraconstitucional, dentre os diversos valores e princípios constitucionais, também aplicáveis à espécie, escolheu aqueles que reputou mais idôneos para disciplinar a recuperação e a falência das empresas, de modo a assegurar-lhes a maior expansão possível, considerado o contexto fático e jurídico com o qual se deparou, para, então, emprestar-lhes eficácia.

Nessa ótica, preocupado com a globalização por que vem passando o mundo, com o movimento da economia brasileira, com a necessidade de viabilizar parcerias e estimular os negócios como um todo, o legislador pautou sob um novo prisma o instrumento normativo que regula um dos principais meios sobre o assunto, a Lei de Falências.

É patente a mudança de perspectiva da Lei nº 11.101/2005 em face do Decreto-lei nº 7.661/1945, segundo a qual trouxe como objeto regras relativas à recuperação judicial e extrajudicial, propiciando à empresa meios adequados para levantar-se e prosseguir como unidade produtiva diante de crises econômico-financeiras, reservando a falência somente para a empresa inviável.

A mudança de foco foi basicamente a reestrutura do negócio, com a regra da perpetuação da empresa, em detrimento da morte de um empreendimento e da satisfação do credor como exclusivo interessado na quebra de uma sociedade empresária.

Pela primeira vez, previu expressamente no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005 a preservação da unidade produtiva, mas que o próprio Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que se trata de um princípio incrustado de há muito no ordenamento jurídico, não sendo trazido apenas com a Lei nº 11.101/2005.

Assim, não se pode admitir que o princípio da preservação da empresa seja considerado mais um daqueles que os aplicadores do Direito entendam ser esquecível, de segundo plano, priorizando o caso concreto em detrimento de todo um sistema econômico que necessita de estímulos e desenvolvimento.

A extensão da falência, nesse contexto, inviabiliza toda uma estrutura econômico-financeira, pois cessa a atividade empresarial, lacra o estabelecimento, desemprega inúmeros trabalhadores e encerra os negócios no mercado.

Repita-se que, por óbvio, uma vez praticados atos fraudulentos ou abusivos de direito, deverão ser todos os seus respectivos responsáveis apenados, mas com a ressalva de que devidamente apurados por meio de ação autônoma, assegurados os direitos ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório.

E, enquanto segue a referida apuração, pode o juiz inclusive de ofício determinar uma medida cautelar assecuratória de indisponibilidade dos bens e direitos do suposto responsável no processo falimentar, mantendo, assim, em pleno funcionamento, a outra empresa do mesmo grupo que até então é sadia e atende aos ditames da ordem econômica brasileira.

Convém destacar, de maneira emblemática, o conteúdo das decisões judiciais, mormente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, no sentido da aplicação da nova ordem principiológica a ser considerada com o advento da Lei nº 11.101/2005.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, tem se deparado com inúmeros pedidos de falência, com base no artigo 1º do Decreto-lei nº 7.661/1945, por suposta inadimplência de dívida espelhada em título executivo com valor baixo.

A principal tese dos recorrentes consiste na aplicação do Decreto-lei nº 7.661/1945, por ser o instrumento normativo vigente quando da distribuição da ação, alegando que se uma

nova lei prescreve que a lei anterior será dotada de ultratividade para casos aforados sob sua vigência, não pode o julgador, a pretexto de alcançar o fim social da norma, violá-la.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, confirmando decisões dos juízos de primeiro e de segundo grau, entende que embora o Decreto-lei nº 7.661/1945 não tivesse estabelecido um valor mínimo para subsidiar o pleito falimentar, já permeava este diploma normativo o princípio da preservação da empresa, nele se encontrando implícito.

Para corroborar a sua exposição, cita em um dos seus julgados, inclusive, interessante passagem do doutrinador PACHECO (1996, p. 18): “Intensificaram-se os estudos sob o enfoque do escopo: seria assegurar *a par condicio creditorum* ou seria obter o saneamento do sistema empresarial? As concepções contemporâneas dão realce ao saneamento do sistema empresarial.”

Por fim, concluiu que a interpretação a ser dada é com fundamento no princípio da preservação da empresa, firmado com a Lei nº 11.101/2005, que prevê expressamente o valor de quarenta salários mínimos, ajustando, assim, a interpretação da lei antiga aos novos padrões da lei nova.

Há inúmeros precedentes do Tribunal da Cidadania no sentido de valores insignificantes não serem razoáveis e não se coadunarem com a própria sistemática do Decreto-lei, para provocarem a quebra de uma empresa. Isso significa, então, preservar a unidade produtiva em detrimento da satisfação de uma dívida.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT – em face dos artigos 60, parágrafo único, 83, I e IV, c, e 141, II, da Lei nº 11.101/2005, julgou por maioria de votos o pedido improcedente.

Quanto à inconstitucionalidade material suscitada, deparou-se com a análise da ausência de sucessão no tocante às dívidas trabalhistas. O ponto nodal da fundamentação do

acórdão, cuja pertinência enquadra-se no tema ora proposto, foi esclarecer que a Lei nº 11.101/2005 resultou de amplo debate com os diversos segmentos da sociedade diretamente afetados a ela, como também surgiu da necessidade de preservar o sistema produtivo nacional inserido em uma ordem econômica mundial, ao mesmo tempo configurada pela concorrência predatória entre seus principais agentes e pela eclosão de crises globais cíclicas altamente desagregadoras.

Assim é que o adquirente de empresa alienada judicialmente não assumir os débitos trabalhistas decorrentes da sucessão, bem ao contrário do que sustentado como prejuízo aos trabalhadores, aumenta a garantia dos trabalhadores pela compra da empresa, e a venda em bloco da empresa viabiliza a continuidade da atividade empresarial e preserva os empregos.

Sob o enfoque teleológico, afirmou que a Lei nº 11.101/2005 visa a garantir a sobrevivência das empresas em dificuldades, estas que podem ocorrer das vicissitudes por que passa a economia globalizada, considerando, sobretudo, a função social que exercem, nos termos do artigo 170, III, da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988.

O que consta no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005 é a tentativa de superação de uma empresa vergastada por uma crise econômica ou financeira, bem como da manutenção dos vínculos trabalhistas e dos fornecedores que com ela guardam relação.

De fato, todos estes fundamentos jurisprudenciais corroboram a ideia do princípio da preservação da empresa alçado a *status* constitucional, diante dos valores inseridos na Carta Maior, sendo o alicerce do ordenamento jurídico brasileiro já desde 1945, implicitamente no Decreto-lei nº 7.661/1945.

5. A EXTENSÃO DA FALÊNCIA E A LEI Nº 11.101/2005

É consabido que nova ordem jurídica falimentar ingressou no ordenamento brasileiro, sob novo enfoque, e como corolário, deve haver a correspondente adaptação das atuais bases empíricas, para se galgar a verdadeira justiça social.

Ainda que tenha havido alteração normativa para tratar da falência e seus aspectos correlatos, contudo, no tocante ao instituto da extensão da falência, os tribunais de forma majoritária mantêm seus julgados no mesmo sentido daqueles à época do Decreto-lei nº 7.661/1945.

Observam-se, em alguns juízos de primeiro grau do Estado do Rio de Janeiro, decisões indeferindo a extensão da falência e determinando, como medida de contra-cautela, um dos seus efeitos, que é a indisponibilidade dos bens daqueles supostos responsáveis, os quais se manifestam sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Ressalte-se que essa é a forma mais consentânea com o novo enfoque normativo, até mesmo técnico, fulcrado nas regras legais que há no ordenamento jurídico brasileiro para se garantir, em um primeiro plano, a preservação da unidade produtiva e todos os seus consectários lógicos, e em um segundo plano, a satisfação dos credores.

Entretanto, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, quando interpostos recursos em face destas decisões, vem cassando-as e determinando a extensão dos efeitos da falência e, como consequência inexorável, a indisponibilidade de todo o patrimônio penhorável dos recorrentes, que deve ser arrecadado no processo de execução universal.

As partes alegam inexistência de fundamento jurídico para o deferimento da extensão dos efeitos da falência, mas o referido tribunal persiste em sustentar que está lastreada na teoria da desconsideração da personalidade jurídica e no artigo 50 do Código Civil, sendo,

assim, perfeitamente admissível o seu deferimento, colacionando para tanto julgados de suas Câmaras e do Superior Tribunal de Justiça de quando vigente ainda o Decreto-lei nº 7.661/1945.

Por fim, admite-se ainda a extensão sem a necessidade de instauração de processo autônomo, mas em incidente processual, desde que respeitados o devido processo legal e o contraditório.

O Superior Tribunal de Justiça, até então, deparou-se com pouquíssimos casos sobre a matéria após o advento da Lei nº 11.101/2005. Mas nesses ainda continua a admitir da mesma forma, alegando que, com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, é possível a extensão dos efeitos da falência às empresas que integram o mesmo grupo econômico da falida, sempre que houver evidências de sua utilização com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros, sendo prescindível ação autônoma.

Diante de uma situação tão grave e drástica à unidade produtiva que é a extensão da falência, não se consegue conceber tais entendimentos retrógrados diante de inúmeros outros julgados confirmando o princípio da preservação da empresa como fundamento para atender a uma função social e ao interesse da coletividade. Tratam, inclusive, de prestígio ao princípio que norteia o moderno Direito Empresarial.

Alheios ao tradicional entendimento firmado sob a égide do Decreto-lei nº 7.661/1945, renomados juristas têm se manifestado sobre o instituto da extensão da falência até então consagrado e sua perspectiva diante da Lei nº 11.101/2005.

COELHO (2009) sustenta que está mais do que na hora de repensar a pertinência jurídica, moral e racional da transversa inovação jurisprudencial, de forma a descartar-se em definitivo a extensão da falência.

AYOUB (2003), da mesma forma, considerando exatamente as novas modulações advindas com a legislação em vigor, entende que se deve modificar o posicionamento adotado

até então, passando a não mais admitir a extensão dos efeitos da falência no sistema brasileiro, sob o argumento de que não está positivado e não se mostrar como meio adequado para a proteção dos interesses sociais.

E, também, LOBO (2009), ao analisar especificamente as sociedades por ações, entende que não se pode estender a falência ou os efeitos jurídicos da falência de sociedade controlada à sociedade controladora, por total ausência de previsão legal.

Mister ter em mente que o legislador ordinário não atuou com lacuna técnica, mas sim agiu de forma intencional e eloquente ao não prever expressamente a extensão da falência para definitivamente regular o instituto. Considere-se ainda que a Lei nº 11.101/2005 já está em vigor há quase cinco anos e até o momento não foi objeto de alteração legislativa, tampouco há qualquer proposta para tal.

Resta à doutrina e principalmente à jurisprudência mais uma vez debruçarem-se sobre o instituto da extensão da falência frente à nova concepção trazida ao regramento da matéria falimentar. Não se pode conformar com o que até então se consolidou, até mesmo pela dinâmica do Direito, que visa regular a vida em sociedade.

Atualmente, o Brasil, inclusive como signatário de convenções e tratados internacionais de direitos humanos, aos quais é conferida posição de norma constitucional, prima pela concretização dos princípios, valores e postulados. Dentre eles estão a função social, o trabalho, a busca pelo pleno emprego, a livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana. E tudo o que se tem consagrado abaixo disso faz sentido quando se tem uma visão teleológica e sistemática de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

A extensão da falência foi instituto consagrado em sede doutrinária e jurisprudencial na vigência do Decreto-lei nº 7.661/1945, como sendo a decretação da falência de outra sociedade empresária pertencente a um mesmo grupo econômico, possibilitando a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, entendimento que, por desvirtuar esta última teoria cujos requisitos já são objeto de muitas controvérsias, encontra-se equivocado.

O modelo abrigado pelo Decreto-lei nº 7.661/1945 dava suporte a uma concepção protecionista do credor de uma dívida perante a sociedade empresária falida, o qual foi rompido com a Lei nº 11.101/2005, cujo principal enfoque gira em torno da preservação da empresa como atividade garantidora da função social, da atividade econômica e do pleno emprego.

Diante da análise jurisprudencial, mormente no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, sinaliza-se sem qualquer sombra de dúvida que o princípio da preservação da empresa é a mola propulsora tanto na Lei nº 11.101/2005 com a previsão expressa no artigo 47 quanto no Decreto-lei nº 7.661/1945 em decorrência de seu *status* constitucional. Consiste na expressão inteiramente adequada à Constituição da República.

Não há interesse algum em se decretar a falência. O propósito da lei foi exatamente de preservar as empresas como fonte de benefícios e de riquezas de caráter social, e não apenas de cunho individual, com uma visão macroeconômica e com foco no dinamismo da economia.

Por óbvio que no cenário econômico ocorrem incontáveis atos contrários ao ordenamento jurídico, o que deve ser rechaçado pelos meios legais que permitem a responsabilização de terceiros quanto às obrigações da falida, como as normas previstas no

artigo 82 da Lei nº 11.101/2005, no artigo 117 da Lei nº 6.404/1976, nos artigos 129 e 130 da Lei nº 11.101/2005, cujo processamento se dá de forma autônoma.

Demais disso, por analogia à norma constante no artigo 36, *caput* e parágrafo 2º, alínea *b*, da Lei nº 6.404/1976, e em razão do poder geral de cautela do juiz, é possível ainda admitir, no curso do próprio processo falimentar, de ofício ou a requerimento, a indisponibilidade de bens de todos aqueles responsáveis pelas obrigações da falida, quando verificado o abuso de direito, o desvio de finalidade, a violação da lei ou do contrato social, assegurados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

Neste sentido, salvagam-se a empresa como unidade produtiva, os empregos que ela gera e, em última *ratio*, a satisfação dos credores.

Torna-se essencial e inexorável, portanto, que haja, com urgência, uma reanálise e uma mudança de postura por parte do Poder Judiciário brasileiro acerca do tema tratado, em homenagem ao princípio da preservação da empresa, escolhido pelo legislador infraconstitucional para dar concreção a determinados valores constitucionais em detrimento de outros, por reputar mais adequado ao regramento da matéria.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. *Vademecum*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BRASIL. Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de Falências. *Código Comercial*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2002.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Vademecum*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Vademecum*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Vademecum*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. *Vademecum*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Vademecum*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Vademecum*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Vademecum*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BRASIL. 1ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. Processo n. 2003.001.066941-8. Juiz: Luiz Roberto Ayoub.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 228.357. Relator: Min. Castro Filho. Publicado no DJe 09.12.2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 943.595. Relator: Min. Sidnei Beneti. Publicado no DJe de 29.04.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag n. 1.022.464. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Publicado no DJe de 29.06.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3934. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Publicado no DJe de 06.11.2009.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Repercussão no Direito do Trabalho (Lei nº 11.101, de fevereiro de 2005). *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, ano 73, n. 4, p. 40, out/dez. 2007.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de Castro. *Preservação da empresa no Código Civil*. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

COELHO, Fabio Ulhoa. A “extensão da falência” como meio de responsabilização de terceiros por obrigações do falido. *Revista Jurídica Consulex*. Rio de Janeiro, ano XIII, n. 302, p.44-45, ago. 2009.

GUIMARÃES, Márcio Souza. Aspectos Modernos da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 25, p. 229-243, 2004.

GUSMÃO, Mônica. *Lições de Direito Empresarial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOBO, Jorge. Extensão da Falência e o Grupo de Sociedades. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 12, n.45, p.74-86, 2009.

PACHECO, Silva. *Processo de Falência e Concordata*. 6. ed. Forense: Rio de Janeiro, p. 18, 1996.