

QUEM PAGA A APOSTA É A MASSA: O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA FALÊNCIA, ENTRE A RECONSTITUIÇÃO DO ATIVO E O RISCO DA SUCUMBÊNCIA

Helcio Kronberg

1. Introdução

A falência não é processo de cobrança, é processo de partilha. A observação, corrente na doutrina brasileira desde Carvalho de Mendonça, carrega consequência prática que a rotina forense costuma esquecer: na execução singular, o insucesso da persecução patrimonial frustra um credor; na falência, frustra todos ao mesmo tempo e na mesma proporção, porque o que se distribui não é o crédito de cada um, é o ativo de todos. Daí a assimetria que governa o tema deste ensaio. O passivo concursal se apura com relativa facilidade, por habilitação e verificação, ao passo que o ativo, quase sempre, precisa ser reconstruído.

E precisa ser reconstruído porque a arrecadação, na esmagadora maioria dos casos, chega tarde. Quando o administrador judicial assina o termo de compromisso e vai a campo, encontra galpões vazios, veículos alienados, marcas cedidas, imóveis integralizados anos antes em holdings familiares e contas bancárias com saldo simbólico. A insolvência que a sentença declara é o desfecho de um processo de esvaziamento iniciado muito antes do pedido, executado por etapas e, não raro, sob aparência de absoluta regularidade formal. O que resta arrecadar é o rastro. O patrimônio está em outro lugar, sob outra titularidade, dentro de estruturas societárias que existem precisamente para não serem alcançadas.

Nesse cenário, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica deixa de ser figura processual acessória e assume função de verdadeira via de reconstituição do ativo. Não se trata de instrumento de punição do sócio, tampouco de sucedâneo da ação de responsabilização do art. 82 da lei 11.101/05, com a qual é frequentemente confundido. O que o incidente faz é reaproximar a titularidade formal dos bens da responsabilidade patrimonial que a lei lhes atribui, e o faz, na falência, com efeito necessariamente coletivo, porque tudo o que ingressa na massa se submete ao concurso.

Ocorre que o instrumento tem preço. Desde que a Corte Especial do STJ reconheceu o cabimento de honorários advocatícios de sucumbência na hipótese de rejeição do pedido de desconsideração (REsp 2.072.206/SP), e sobretudo depois de a 3ª turma haver fixado, no REsp 2.146.753/RN, que o proveito econômico do requerido vitorioso é inestimável quando a decisão não repercute sobre o crédito executado, o debate ganhou contornos que, na falência, são bem mais delicados do que na execução singular. Aqui, quem

paga a derrota não é o credor que decidiu apostar. É a massa. E paga antes de todos os demais.

O presente estudo examina o tema em quatro planos: o do fundamento normativo do incidente na falência, após a inserção do art. 82-A pela lei 14.112/20; o do alcance temporal do instrumento, especialmente quanto a ativos constituídos com recursos desviados em períodos anteriores à decretação, dentro ou fora do termo legal; o da localização de ativos como pressuposto de viabilidade; e, por fim, o do risco assumido pelo administrador judicial ao distribuir o incidente, risco que, mal dimensionado, produz resultado exatamente inverso ao pretendido, reduzindo em vez de ampliar a capacidade de reconstituição do patrimônio lesado dos credores.

2. Do arbítrio à demanda: o art. 82-A e a processualização do alcance patrimonial

Sob a redação original da lei 11.101/05, a prática forense construiu, à margem do texto, aquilo que se convencionou chamar de extensão dos efeitos da falência. Identificado o grupo econômico de fato, a confusão patrimonial ou a sucessão empresarial dissimulada, o juízo falimentar decretava, por decisão interlocutória e frequentemente de ofício, a inclusão de sociedades coligadas e de sócios no polo passivo da quebra, com arrecadação imediata de bens. A solução tinha a virtude da eficácia e o vício da arbitrariedade, pois suprimia contraditório, confundia institutos e submetia terceiros a regime de responsabilidade cujo pressuposto sequer havia sido discutido.

A lei 14.112/20 encerrou a controvérsia ao inserir o art. 82-A na lei de regência. O caput veda a extensão da falência ou de seus efeitos, no todo ou em parte, aos sócios de responsabilidade limitada, aos controladores e aos administradores da sociedade falida, ressalvando, contudo, a desconsideração da personalidade jurídica. O parágrafo único completa o desenho em três frentes: reserva ao juízo falimentar a competência para decretá-la, para fins de responsabilização de terceiro, grupo, sócio ou administrador por obrigação da falida; exige a observância do art. 50 do CC, o que afasta do ambiente concursal a chamada teoria menor e a construção de responsabilidade por simples insuficiência de ativo; e submete a medida ao procedimento do Código de Processo Civil, admitida a reserva de bens até o final julgamento.

Duas consequências saltam do texto. A primeira é dogmática: o alcance patrimonial converteu-se em demanda, com autor, réu, pedido, causa de pedir, instrução e, inevitavelmente, sucumbência. É precisamente essa natureza de demanda incidental, dotada de litigiosidade própria e de potencial de agressão ao patrimônio de quem até então era estranho à relação processual, que serviu de premissa à Corte Especial para reconhecer o cabimento dos honorários no REsp 2.072.206/SP. Na falência, a premissa é ainda mais evidente, porque o administrador judicial não suscita questão incidental na condição de auxiliar do

juízo, deduz pretensão em nome da massa, que assume a posição de parte. E parte sucumbe.

A segunda consequência é operacional e costuma passar em branco. Ao admitir expressamente a reserva de bens até o final julgamento, o art. 82-A, parágrafo único, dotou o incidente falimentar de instrumento cautelar próprio, que não depende da demonstração dos requisitos genéricos da tutela de urgência nem da controvérsia sobre o marco temporal da fraude de execução. Requerer a reserva na petição de instauração, indicando bens já localizados, é, em boa técnica, parte integrante do pedido, e não medida acessória a ser pensada depois.

Cabe, aqui, a distinção que a prática ainda mistura e que é, ela própria, fonte de sucumbência evitável. O art. 82 da lei 11.101/05 cuida da responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da falida, apurada no próprio juízo falimentar, em ação própria, independentemente da realização do ativo e da prova de sua insuficiência, com prescrição de dois anos contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento, nos termos do § 1º, e com possibilidade de indisponibilidade de bens dos réus, na forma do § 2º. Trata-se de responsabilidade por ato próprio, dependente de culpa ou dolo, cuja consequência é a condenação a indenizar. O art. 82-A, ao remeter ao art. 50 do CC, opera em chave diversa: os pressupostos são o desvio de finalidade e a confusão patrimonial, e a consequência não é indenizatória, é a extensão da responsabilidade patrimonial a quem detém os bens. Pedir desconconsideração quando o que se tem é má gestão, ou pedir responsabilização quando o que se tem é confusão patrimonial, é errar o veículo. E o erro de veículo, hoje, custa honorários.

3. O tempo do desvio: o incidente para além do período suspeito

Reside aqui a maior utilidade do incidente na falência, e a razão pela qual ele não é substituível pelos remédios clássicos da ineficácia.

O sistema falimentar dispõe de dois instrumentos próprios de reversão de atos. O primeiro é a ineficácia objetiva do art. 129, que opera ainda que o contratante ignore o estado de crise econômico-financeira do devedor e independentemente da intenção deste de fraudar credores, mas que é duplamente limitado. Limitado por tipicidade, pois alcança apenas o rol dos sete incisos. E limitado por tempo, pois as hipóteses dos incisos I a III se ancoram no termo legal, cuja retroação não pode ultrapassar noventa dias contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do primeiro protesto por falta de pagamento, na forma do art. 99, II, ao passo que a prática de atos a título gratuito e a renúncia à herança ou a legado alcançam, respectivamente, os dois anos anteriores à decretação, nos incisos IV e V. O segundo instrumento é a ação revocatória do art. 130, que não conhece limite temporal quanto ao ato atacado, mas exige a demonstração do conluio

fraudulento entre o devedor e o terceiro e do efetivo prejuízo sofrido pela massa, e que deve ser proposta, pelo administrador judicial, por qualquer credor ou pelo Ministério Público, no prazo de três anos contados da decretação da falência, na dicção do art. 132.

Sucedem que a blindagem patrimonial sofisticada não se organiza dentro do período suspeito. Organiza-se antes, com folga, e por meio de atos que, isolados, são irrepreensíveis. A integralização de imóveis em holding familiar pelo valor histórico da declaração de bens. A cessão de quotas a descendentes com reserva de usufruto. O mútuo entre partes relacionadas que nunca retorna. A distribuição de lucros desproporcional à participação societária. O pagamento, pela sociedade, de despesas pessoais do controlador. A constituição de sociedade nova, com o mesmo objeto, o mesmo endereço, os mesmos clientes e sócios interpostos, que passa a faturar aquilo que a devedora deixou de faturar. Nenhum desses atos se subsume com conforto ao rol do art. 129, e muitos deles ocorreram três, cinco, dez anos antes do pedido, de modo que também o prazo do art. 132, contado da decretação, só socorre o que ficou por último. Quando a falência é decretada, o que existe não é um ato reversível, é uma arquitetura consolidada.

O incidente de desconconsideração opera em outro plano, e por isso alcança o que a ineficácia não alcança. O art. 50 do CC, na redação que lhe deu a lei 13.874/19, não trabalha com data de ato, trabalha com estado de coisas. A confusão patrimonial, descrita no § 2º pela ausência de separação de fato entre os patrimônios, pelo cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador, e ainda pela transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, é fenômeno que se revela pela reiteração ao longo do tempo, e não pela fotografia de um instante. O desvio de finalidade, definido no § 1º como a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores ou de praticar atos ilícitos de qualquer natureza, tampouco se submete a marco temporal legalmente predeterminado.

A diferença de resultado é decisiva. A ineficácia devolve à massa o bem objeto do ato revertido, e apenas ele. A desconconsideração não devolve bem algum, faz coisa mais ampla: submete à responsabilidade patrimonial do processo o patrimônio de quem se beneficiou do abuso, tal como esse patrimônio se encontra hoje. Alcança, portanto, o bem adquirido depois, com o produto do desvio anterior, hipótese em que a revocatória naufragaria por absoluta ausência de identidade entre o ato atacado e o bem perseguido. Alcança a sub-rogação real que o desviante promoveu ao longo dos anos, convertendo numerário em quotas, quotas em imóveis, imóveis em participações societárias e em cotas de fundos. É esse o ponto que interessa ao administrador judicial diligente: o incidente não persegue o ato, persegue a pessoa e o patrimônio que ela detém.

Duas ressalvas se impõem, ambas de ordem prática. A primeira diz respeito à desconsideração inversa, prevista no § 3º do art. 50 do CC e expressamente contemplada no § 2º do art. 133 do CPC, que na falência costuma ser a modalidade verdadeiramente útil, porque o problema típico não é o sócio rico de sociedade pobre, é a sociedade patrimonial que concentra tudo aquilo que a falida produziu. A segunda é a de que a lei da liberdade econômica elevou o padrão exigido, ao vedar, no § 4º, que a mera existência de grupo econômico autorize a medida sem a demonstração dos requisitos legais, e ao afastar, no § 5º, a equiparação entre a expansão ou a alteração da finalidade original e o desvio de finalidade. Não se confunda, ainda, desconsideração com consolidação substancial, institutos diversos, de pressupostos próprios e vocação distinta. O incidente continua sendo, portanto, questão de prova. Só que agora é questão de prova com preço afixado.

4. Localizar antes de pedir: a investigação patrimonial como pressuposto de viabilidade

O art. 22, III, alínea "e", da lei 11.101/05 impõe ao administrador judicial o dever de apresentar, no prazo de quarenta dias contados da assinatura do termo de compromisso, prorrogável por igual período, relatório sobre as causas e as circunstâncias que conduziram à situação de falência, no qual apontará a responsabilidade civil e penal dos envolvidos. Esse relatório costuma ser tratado como formalidade de cumprimento burocrático, quando deveria ser o produto escrito da investigação patrimonial e a peça em que a decisão de instaurar ou não o incidente encontra sua fundamentação técnica.

A investigação, hoje, dispõe de instrumental que não existia há uma década. No plano dos sistemas conveniados, o Sisbajud permite não apenas o bloqueio, mas o rastreamento de ordens e a reiteração automática; o Renajud alcança a frota; o Infojud dá acesso às declarações de rendimentos e de bens, às declarações sobre operações imobiliárias e à escrituração contábil digital; a Central Nacional de Indisponibilidade de Bens e as centrais registrais eletrônicas permitem a busca de imóveis em âmbito nacional, superando a antiga limitação por comarca; o Sniper, do Conselho Nacional de Justiça, cruza vínculos societários e permite visualizar cadeias de participação e pessoas interpostas que a consulta isolada à junta comercial não revela. Somam-se a esses a pesquisa de escrituras e procurações nas centrais notariais, os registros de aeronaves e de embarcações, os registros de marcas e, mediante decisão judicial fundamentada, os relatórios de inteligência financeira e a quebra dos sigilos bancário e fiscal.

No plano contábil, o material está, ou deveria estar, nas mãos do próprio administrador, a quem incumbe examinar a escrituração do devedor e arrecadar os livros e documentos. Submetidos a perícia com foco em partes relacionadas, esses elementos permitem reconstituir fluxos, identificar contas

transitórias, mútuos sem devolução, adiantamentos a sócios contabilizados como despesa, faturamento desviado para sociedade do mesmo grupo e pagamentos a fornecedores inexistentes. É desse trabalho, e não da intuição, que sai a prova da confusão patrimonial.

Três consequências decorrem dessa etapa. A primeira é que a localização precede logicamente o pedido, pois instaurar o incidente para depois procurar bens é converter demanda em expedição exploratória, com o agravante de que, agora, a expedição malsucedida tem custo. Quando a prova ainda não existe, o caminho adequado é a produção antecipada, a exibição de documentos e as medidas de requisição, para que o incidente seja distribuído já instruído. A segunda é que a localização dimensiona o pedido, porque de nada serve estender responsabilidade a quem nada tem: o parâmetro de decisão não é o valor do passivo concursal, é o valor do ativo efetivamente localizado, livre e onerável, descontados os ônus que sobre ele pesem. A terceira é que a localização instrui o pedido de reserva de bens do art. 82-A, parágrafo único, que só é operacional se vier acompanhado da indicação concreta daquilo que se pretende reservar. A esse mecanismo soma-se, no plano geral, a regra do art. 137 do CPC, pela qual o acolhimento do pedido torna ineficaz, em relação ao requerente, a alienação ou a oneração de bens havida em fraude de execução. Sem constrição precoce, o êxito no mérito corre o risco de encontrar, ao final, patrimônio já novamente esvaziado.

5. O recorte do Provimento nº 255/2026 da Corregedoria Nacional de Justiça: a falência fora do núcleo de pesquisa patrimonial e da plataforma de leilões

Uma confirmação normativa recente reforça tudo quanto se disse no item anterior, e vem de onde talvez não se esperasse. Ao disciplinar a atuação dos núcleos de pesquisa patrimonial dos tribunais e a inserção dos atos expropriatórios na plataforma nacional de leilões judiciais, o Provimento nº 255, de 2026, da Corregedoria Nacional de Justiça, publicado em 20 de agosto daquele ano, delimitou seu campo de incidência às execuções e não alcançou a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial, a falência e a insolvência civil.

A arquitetura do próprio ato confirma essa leitura. O Capítulo I, que abre o título dedicado à pesquisa patrimonial, cuida da criação dos núcleos de pesquisa patrimonial no âmbito dos tribunais, estruturas administrativas de apoio concebidas para suprir carência real e conhecida da execução singular, na qual o juízo e o exequente dependem de diligências dispersas, repetidas processo a processo, sem qualquer órgão incumbido de reunir e tratar a informação patrimonial do devedor. O concurso não padece dessa carência. Nele existe, desde a assinatura do termo de compromisso, um auxiliar do juízo permanente, remunerado, fiscalizado pelo comitê e pelo Ministério Público e pessoalmente

responsável, cuja atribuição legal é precisamente reunir, examinar e reportar o patrimônio do devedor. Onde a lei especial já instituiu o pesquisador, o ato administrativo não precisava instituir outro, e andou bem ao não fazê-lo.

O silêncio não é lacuna, é recorte coerente, e possui dupla justificação. A primeira é a competência. O art. 76 da lei 11.101/05 declara indivisível o juízo da falência e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, de modo que submeter a investigação patrimonial ou a expropriação de bens da massa a estrutura administrativa concebida para a execução singular importaria fracionar aquilo que a lei quis unitário. A segunda justificação é funcional e mais interessante para o tema deste ensaio: no concurso, a pesquisa patrimonial já tem titular. Ela é dever legal do administrador judicial, a quem o art. 22, III, incumbe examinar a escrituração do devedor, arrecadar os bens e documentos, avaliá-los e apontar, no relatório da alínea "e", a responsabilidade civil e penal dos envolvidos, encargo pelo qual é remunerado nos termos do art. 24 e por cujo descumprimento responde na forma dos arts. 31 e 32. Não há vazio a preencher. Criar, ao lado desse dever, uma instância paralela de investigação seria duplicar atribuição, diluir responsabilidade e, no limite, subtrair do juízo falimentar a direção do processo que a lei lhe confia.

A distância entre os dois modelos fica ainda mais nítida quando o patrimônio desviado atravessou a fronteira, hipótese hoje corriqueira nas falências de maior porte, em que o ativo esvaziado reaparece sob a forma de sociedade veicular constituída em jurisdição de sigilo, de conta mantida no exterior, de imóvel titularizado por não residente ou de participação alocada em estrutura fiduciária. Um núcleo de pesquisa patrimonial de tribunal não tem, nem poderia ter, alcance extraterritorial. A localização de ativos fora do país depende dos instrumentos de cooperação jurídica internacional, do auxílio direto e da carta rogatória, e, no ambiente concursal, do Capítulo VI-A da lei 11.101/05, introduzido pela lei 14.112/20 a partir da Lei Modelo da UNCITRAL sobre insolvência transnacional, que disciplina o reconhecimento de processos estrangeiros, a cooperação entre juízos e representantes e a atuação do representante do processo brasileiro perante autoridade de outro Estado. Em todos esses caminhos, quem representa a massa é o administrador judicial. É ele quem instrui o pedido de auxílio direto, quem reconstrói a cadeia societária até o beneficiário final, quem persegue a conta, a estrutura fiduciária e a sociedade interposta, e quem, obtido o resultado, o traz de volta para o rateio do art. 83. Transferir essa função a órgão administrativo de tribunal seria, além de juridicamente inviável, praticamente inútil.

Convém precisar o alcance da exclusão, para que dela não se extraia mais nem menos do que ela diz. Menos, porque o recorte não priva o juízo falimentar nem o administrador judicial dos sistemas de pesquisa conveniados, que permanecem integralmente disponíveis e cuja utilização é, aliás, exigível

de quem tem o dever de arrecadar. Mais, porque a exclusão não é parcial: alcança a falência em todos os seus aspectos, inclusive naquilo que diz respeito à avaliação e à alienação judicial dos bens arrecadados. E a razão é evidente para quem lê a lei de regência. A avaliação dos bens integra o próprio ato de arrecadação, nos termos dos arts. 108 e 110, e a realização do ativo obedece a regime próprio, com modalidades ordinárias previstas no art. 142, entre elas o leilão eletrônico, presencial ou híbrido, e com modalidades alternativas submetidas à deliberação dos credores e à aprovação judicial, na forma dos arts. 144 e 145. Esse regime é concursal por natureza, porque a escolha da forma de venda repercute sobre o valor que será rateado entre todos, e por isso a lei o entregou ao juízo universal e à assembleia, não a plataforma de vocação executiva singular.

A consequência prática, para o administrador judicial, é dupla e converge com a tese central deste trabalho. De um lado, confirma-se que a localização de ativos na falência não é serviço que o tribunal preste, é ônus que a lei lhe atribui, e do qual depende a própria viabilidade do incidente de desconsideração. De outro, confirma-se que a expropriação falimentar permanece regida pela lei 11.101/05, com o leiloeiro nomeado pelo juízo da falência e sob a fiscalização do comitê, quando existente. O provimento organiza a execução singular. A falência continua onde sempre esteve, sob a lei especial e sob o juízo universal.

6. A universalidade como razão e como medida

Tudo o que ingressa na massa por força do incidente submete-se ao concurso e será distribuído na ordem do art. 83 da lei 11.101/05. A afirmação, aparentemente óbvia, tem três desdobramentos que costumam passar despercebidos.

O primeiro é que o incidente, na falência, é ação coletiva por destinação. O credor que o promove, ainda que o faça com recursos próprios, não se apropria do resultado, que reverte à comunhão. Isso o distingue radicalmente do incidente na execução singular, no qual o proveito é do exequente e o risco também. Aqui, proveito e risco se dissociam, e dessa dissociação nascem os problemas de que trata o item seguinte.

O segundo é que a universalidade reforça, e não enfraquece, o critério fixado pela 3ª turma no REsp 2.146.753/RN. Se, na execução singular, o proveito econômico do requerido vitorioso é inestimável porque a rejeição não altera a existência, a validade, a exigibilidade nem o valor do crédito executado, na falência a conclusão se impõe com força ainda maior. Não há, na quebra, um crédito determinado sobre o qual a decisão possa repercutir diretamente. Há um quadro geral de credores que permanece exatamente como estava, com as mesmas habilitações, as mesmas classificações e o mesmo dividendo, que é, por natureza, indeterminado até a realização integral do ativo. Tomar o passivo

concursal como base de cálculo seria ainda mais artificial do que tomar o valor da execução, pois pressuporia que o requerido, se vencido, responderia sozinho por todo o passivo de uma sociedade insolvente, presunção que nem a decretação da falência autoriza. O proveito, aqui, é inestimável quase por definição, e a apreciação equitativa do art. 85, § 8º, do CPC é a única saída dogmaticamente honesta.

O terceiro é que a simetria da equidade também vale na falência, e vale contra a massa. Fixação equitativa não é fixação simbólica. Os vetores do § 2º do art. 85, grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa, trabalho realizado e tempo exigido, continuam operando por força do próprio § 8º, e os incidentes falimentares são, tipicamente, longos, documentalmente pesados e tecnicamente exigentes. A defesa exitosa do terceiro indevidamente arrastado à quebra merece remuneração digna, e a massa que o arrastou sem lastro deve pagá-la. É esse o preço da diligência, e é ele que separa a persecução legítima da aventura processual.

7. O risco do administrador judicial: quando o incidente subtrai em vez de somar

Chega-se ao ponto mais sensível. A verba de sucumbência a que a massa venha a ser condenada em demanda por ela proposta depois da quebra resulta de ato jurídico praticado após a decretação e, por isso, aloja-se entre os créditos extraconcursais do art. 84 da lei 11.101/05, ao lado das custas judiciais relativas às ações e às execuções em que a massa falida tenha sido vencida, também ali contempladas. Qualquer que seja o enquadramento adotado, o efeito é idêntico, e é ele que importa: o pagamento antecede o de todos os créditos concursais do art. 83, inclusive os trabalhistas da primeira classe. A consequência é aritmeticamente brutal. O incidente malsucedido não apenas deixa de aumentar o ativo, ele o reduz, e o reduz com prioridade de pagamento. O administrador judicial que distribui incidente temerário aposta o dinheiro dos credores e, perdendo, paga a aposta antes de pagar o operário.

Sob o regime que se temia, de honorários entre dez e vinte por cento sobre base atrelada ao passivo, a conta era simplesmente impraticável. Uma falência com passivo habilitado de trezentos milhões de reais produziria, na derrota, condenação entre trinta e sessenta milhões, valor que, na quase totalidade dos casos, supera de longe todo o ativo arrecadado. Nenhum administrador judicial minimamente prudente instauraria o incidente, e a blindagem patrimonial, que já é barata, tornar-se-ia gratuita. O critério da repercussão direta sobre o crédito, transposto para a falência, é o que devolve viabilidade à persecução.

Devolve viabilidade, não licença. Duas cautelas permanecem, e a primeira delas raramente é considerada. Os honorários são fixados em favor de cada parte vencedora, e o incidente falimentar típico não tem um requerido, tem muitos: o controlador, o cônjuge, os descendentes, a holding, as sociedades

coligadas, os sócios interpostos. Um incidente ajuizado contra quinze pessoas e rejeitado quanto a doze produz doze condenações autônomas, cada qual com patrono próprio. Ainda que arbitradas por equidade, e ainda que individualmente moderadas, a soma é material e deve integrar a projeção de custo antes da distribuição, e não depois da sentença.

A segunda cautela diz respeito à responsabilidade pessoal. O art. 32 da lei 11.101/05 sujeita o administrador judicial e os membros do Comitê à reparação dos prejuízos causados à massa falida, ao devedor ou aos credores por dolo ou culpa. O art. 31 autoriza a destituição em caso de desobediência aos preceitos da lei, descumprimento de deveres, omissão, negligência ou prática de ato lesivo às atividades do devedor ou a terceiros, e o art. 24, § 3º, retira o direito à remuneração do administrador destituído por desídia, culpa, dolo ou descumprimento das obrigações legais. A instauração de incidente destituído de lastro probatório, contra pessoas cuja relação com o abuso jamais foi demonstrada, e de que resulte condenação extraconcursal relevante, é candidata natural a esse juízo de responsabilidade. Não porque se exija do administrador que acerte sempre, o que nenhum sistema exige de quem litiga, mas porque dele se exige que a decisão de litigar tenha sido tomada segundo o padrão do administrador diligente e que essa diligência esteja documentada.

Registre-se, com franqueza, um dado que costuma ficar implícito. A remuneração do administrador judicial é arbitrada pelo juiz e, na falência, não pode exceder cinco por cento do valor de venda dos bens, na forma do art. 24, § 1º, percentual reduzido a dois por cento nas falências de microempresas e empresas de pequeno porte. Quanto maior o ativo trazido de volta e realizado, portanto, maior a base de cálculo da própria remuneração. O alinhamento é virtuoso na maior parte do tempo, pois o interesse do administrador caminha junto com o dos credores. Contém, porém, um vetor de risco moral quando o valor esperado da medida é negativo, já que o ganho potencial é compartilhado enquanto o custo da derrota recai integralmente sobre a massa. Nomear o problema não é acusar ninguém, é o primeiro passo para governá-lo.

A decisão de instaurar o incidente deve, portanto, ser tratada pelo que efetivamente é: decisão de investimento da universalidade de credores, submetida a quatro variáveis que podem e devem ser explicitadas em petição. A probabilidade de êxito, estimada sobre prova já produzida e não sobre expectativa de prova futura. O valor realisticamente recuperável, medido pelo ativo localizado e constrictável. O custo esperado da derrota, hoje calculável justamente porque a sucumbência deixou de ser loteria. E o tempo, variável que na falência nunca é neutra, porque o incidente longo posterga o encerramento, consome recursos da massa e corrói o valor presente do dividendo.

8. Mitigação e governança: como litigar sem apostar a massa

Do diagnóstico decorrem instrumentos de mitigação que a lei já oferece e que a prática subutiliza.

O primeiro é a partilha da deliberação. Havendo comitê de credores, a manifestação prévia sobre a conveniência do incidente encontra apoio nas atribuições que lhe confere o art. 27, entre elas a de zelar pelo bom andamento do processo e a de manifestar-se sobre matéria de interesse dos credores. Não havendo comitê, a assembleia geral pode ser consultada, na medida em que o art. 35, II, lhe reserva, na falência, a deliberação sobre qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores. E, na impossibilidade de convocá-la, a exposição prévia ao juízo e ao Ministério Público, com pedido expresso de autorização e demonstração do lastro probatório, cumpre função equivalente. A autorização judicial não imuniza o administrador, mas transfere a deliberação para quem tem competência para tomá-la e documenta a diligência de quem a propôs.

O segundo é o financiamento. O art. 84 da lei 11.101/05 confere natureza extraconcursal às quantias fornecidas à massa falida pelos credores, o que abre espaço para solução simples e pouco explorada: a constituição de fundo de custeio da persecução patrimonial, aportado pelos credores efetivamente interessados no resultado, com reembolso preferencial. O incidente passa a ser financiado por quem quer correr o risco, e não por quem, titular de crédito de pequena monta, jamais autorizaria a aposta. A mesma lógica sustenta o exame, caso a caso, da alienação de direitos litigiosos, que integram o ativo arrecadado e podem ser realizados inclusive por modalidades alternativas, aprovadas na forma dos arts. 144 e 145, transferindo risco e antecipando liquidez.

O terceiro é a legitimidade concorrente. Se o art. 132 confere a qualquer credor legitimidade para a ação revocatória, ao lado do administrador judicial e do Ministério Público, não há razão sistemática para negar ao credor a iniciativa do incidente perante o juízo falimentar, com uma consequência que interessa diretamente ao tema: quem propõe suporta a sucumbência. Registre-se, de passagem, que o pedido formulado como extensão da falência ou de seus efeitos não subsiste depois do art. 82-A e deve ser recebido e processado como incidente de desconconsideração, com o contraditório que lhe é próprio, sem que a impropriedade da nomenclatura conduza, por si só, ao indeferimento.

É nesse ponto que se coloca questão ainda pouco explorada e que reputo decisiva para o funcionamento do sistema. O credor que, diante de falência de ativo manifestamente insuficiente e de arrecadação frustrada, resolve promover por conta própria o incidente encontra-se em posição singular: assume integralmente o risco da derrota, mas não pode apropriar-se do êxito, que reverte à massa e será rateado na ordem do art. 83. Seu proveito econômico máximo, mesmo na hipótese mais favorável que se possa imaginar, é a

satisfação do próprio crédito habilitado, e nem isso lhe é assegurado, porque dependerá da classe em que esteja e do que restar depois dos extraconcursais e das classes precedentes. Segue-se daí, com rigor lógico, que a exposição desse credor a título de sucumbência não pode exceder o valor de seu crédito. Não se trata de privilégio nem de benesse processual, mas da aplicação, ao credor individual, do mesmo critério que a 3ª turma empregou no REsp 2.146.753/RN, que manda medir a verba pelo benefício que a decisão efetivamente pode gerar à parte, e não pela grandeza do processo em que ela se insere. Se o proveito máximo do requerente é o seu crédito, o valor desse crédito funciona como teto natural da base de cálculo, qualquer que seja o critério de fixação adotado.

A tese comporta duas qualificações, sob pena de produzir exatamente o inverso do que pretende. A primeira é que o teto opera como limite superior, e não como piso invertido. A verba continua a ser arbitrada segundo os vetores do § 2º do art. 85 e não pode descer abaixo dos parâmetros mínimos a que alude o § 8º-A, de modo que, tratando-se de crédito de pequena monta e de defesa tecnicamente complexa, prevalece o mínimo, e não o teto. Entendimento diverso permitiria pulverizar a iniciativa em credores de crédito irrisório para obter imunidade processual, reabrindo pela porta dos fundos o incentivo ao pedido temerário que todo o sistema procura conter. A segunda qualificação é que, sendo o proveito da comunhão, o risco não deveria ser inteiramente individual. Promovido o incidente com prévia ciência do administrador judicial e autorização do juízo, ou com apoio do comitê de credores, a sucumbência eventual comporta tratamento como despesa da coletividade beneficiada. Promovido à revelia de manifestação técnica contrária do administrador, é justo que o proponente responda sozinho, e o teto do próprio crédito é, então, a medida exata de sua exposição.

Note-se, por contraste, que teto algum socorre a massa. Quando o incidente é promovido pelo administrador judicial em nome da universalidade, não há crédito individual que sirva de referência, e a exposição se mede pelo trabalho da defesa vitoriosa. A assimetria é reveladora e vale como advertência: o credor que arrisca o próprio bolso tem limite; o administrador que arrisca o bolso alheio não tem. Razão a mais para que, no caso dele, a decisão de instaurar seja precedida da deliberação e do lastro probatório de que trata este item.

O quarto é o sequenciamento dos remédios. A ineficácia do art. 129 é objetiva, de prova essencialmente documental e pode ser declarada de ofício pelo juiz, alegada em defesa ou pleiteada em ação própria ou incidentalmente no curso do processo, conforme o parágrafo único do dispositivo. Deve ser sempre a primeira tentativa quanto aos atos que se enquadrem no rol legal. A revocatória vem em seguida, onde a fraude esteja documentada e o prazo do art. 132 ainda permita. O incidente de descon sideração é o instrumento para o que

sobrar, que é justamente aquilo que mais importa: a estrutura, e não o ato. Trata-los como alternativas excludentes é desperdiçar remédios baratos e migrar cedo demais para o caro.

9. Conclusão

O STJ recalibrou o preço do insucesso na desconsideração e, ao fazê-lo, prestou serviço maior à falência do que à execução singular, ainda que o precedente não tenha sido pensado para ela. Na execução, o risco desproporcional afastava um credor. Na falência, afastaria a única via realista de reconstituição do ativo em favor de toda a comunhão, e o faria justamente nos casos mais graves, aqueles em que o passivo é grande porque o desvio foi grande.

A equidade do art. 85, § 8º, do CPC, aplicada ao incidente que não repercute sobre o crédito, devolve ao administrador judicial a possibilidade de perseguir patrimônio ocultado sem apostar o ativo arrecadado em cada tentativa. Não lhe devolve, porém, a liberdade de tentar sem lastro. O incidente instruído, precedido de investigação patrimonial séria, dimensionado pelo que se localizou e não pelo que se deve, acompanhado do pedido de reserva de bens, deliberado com quem paga a conta e, quando possível, financiado por quem quer o resultado, é medida de administração diligente. O incidente distribuído na esperança de que a prova apareça no curso da instrução é, hoje, forma de dissipar o ativo com aparência de zelo.

Impõe-se, por fim, a nota de prudência que o próprio precedente reclama. O REsp 2.146.753/RN é julgado de turma, e não tese firmada em recurso repetitivo, de modo que a transposição de seu critério para o ambiente concursal ainda será testada em configurações diversas, como a do incidente acolhido em parte ou a daquele cuja rejeição inviabiliza, de fato, qualquer perspectiva de satisfação dos credores. A bússola, porém, está dada.

E a assimetria que fecha o raciocínio é simples, merecendo ser fixada. Cada real recuperado pelo incidente será distribuído segundo a ordem do art. 83, disputado por classes e diluído entre todos os credores. Cada real perdido em sucumbência será pago com precedência sobre todos eles. Essa desproporção entre o modo de entrar e o modo de sair é a razão pela qual, na falência, a prudência não é timidez, é dever de ofício.