



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Pró-Reitoria de Educação Continuada
Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSOLALIDADE JURÍDICA
À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – LEI 13.105/2015

LÍGIA SACHS

São Paulo
2018
LÍGIA SACHS

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSOLALIDADE JURÍDICA
À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – LEI 13.105/2015**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de pós-graduação da Instituição Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Cogeeae, como requisito parcial para obtenção do título de Pós Graduada em Direito Processual Civil.

Professora Orientadora: Cristiane Druve

SÃO PAULO

2018

LÍGIA SACHS

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSOLALIDADE JURÍDICA
À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – LEI 13.105/2015**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de pós-graduação da Instituição Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Cogeeae, como requisito parcial para obtenção do título de Pós Graduada em Direito Processual Civil.

Resultado: _____

Data: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Cristiane Druve

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - Cogeeae

Prof.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - Cogeeae

Prof.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - Cogeeae

A meus pais pelo incentivo, confiança
e dedicação, com gratidão.

RESUMO

Lígia Sachs – Desconsideração da Personalidade Jurídica à Luz do Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015 –64 páginas – Pós Graduação – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Este trabalho tem por objetivo iniciar estudo acerca da desconsideração da personalidade jurídica à luz do novo Código de Processo Civil, Lei 13.526/2016, cuja entrada em vigor se deu em 18 de março de 2016. O presente trabalho está dividido em quatro capítulos que abordam, em síntese, os aspectos relevantes da sociedade empresária e da personalidade jurídica; do instituto da desconsideração da personalidade jurídica em sua nova modalidade de intervenção de terceiros, abordando seu conceito, assim como os requisitos necessários à desconsideração; o procedimento adotado pelo novo Código de Processo Civil; a posição por aquele que é demandado e a sua forma de defesa; a decisão proferida no incidente; a sua natureza; bem como os efeitos produzidos a partir do momento em que decidido o incidente.

Ao longo do trabalho são abordadas questões relevantes e posição doutrinária e jurisprudencial sobre questões pertinentes à prática do operador do direito.

Palavras-chave: Direito; processo civil; desconsideração da personalidade jurídica; intervenção de terceiro, incidente.

ABSTRACT

Lígia Sachs – Disregard doctrine under the New Code of Civil Procedure (Law nº 13.105/2015) – 64 pages – Postgraduate – Pontifical Catholic University of São Paulo.

This dissertation aims at studying the disregard doctrine under the New Code of Civil Procedure (Law nº 13.0105/2015), which came into force on 18 March 2015. The work is divided in four sections, which, in summary, deal with relevant aspects of the commercial partnerships as legal entities; the requirements for the application of the disregard doctrine and its new variation as an intervention of third-parties; the measures in that provided by the New Code of Civil Procedures; the mechanisms for the defendant to contest the application of the disregard doctrine; the legal nature of the decision lifting the corporate veil, as well as its effects to the parties.

Keywords: civil procedure law; disregard doctrine; intervention of third parties.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	09
2.	Personalidade Jurídica da Sociedade Empresária Conceito, efeitos, início e término da personificação	12
	2.1. Conceito e efeitos da personificação da sociedade	12
	2.1. Início e término da personificação da sociedade	19
3.	Da desconsideração da personalidade jurídica: Conceito, pressupostos e hipóteses	26
	3.1. Conceito	26
	3.2. Pressupostos	32
	3.3. Hipóteses	36
4.	Desconsideração da Personalidade Jurídica: Natureza do Instituto e Procedimento	39
5.	A decisão que determina a desconsideração da personalidade jurídica. Natureza e efeitos (processuais e práticos)	49
	5.1. Natureza Jurídica	49
	5.2. Efeitos	52
	5.3. A responsabilidade patrimonial em caso de desconsideração da personalidade jurídica	54
	5.4. Interesse processual na desconsideração da personalidade jurídica	56
6.	CONCLUSÃO	58
	REFERÊNCIAS	62

1. INTRODUÇÃO.

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.256/2016), cuja entrada em vigor se deu em março de 2016, trouxe mudanças substanciais aos procedimentos judiciais. Dentre as inovações trazidas pela nova legislação está a reformulação do título que trata das modalidades de intervenção de terceiros.

Novidade muito importante, não só para o processo, mas também – e principalmente – para o operador do direito, diz respeito ao incidente da desconsideração da personalidade jurídica.

O Instituto, em que pese há muito conhecido pela doutrina e jurisprudência, somente agora passou a ter o seu procedimento previsto pela legislação, para acabar de vez com as frequentes dúvidas acerca de sua aplicação e efeitos.

O incidente da desconsideração da personalidade jurídica, portanto, passou das previsões doutrinárias e jurisprudenciais para a previsão legal trazida pelo novo Código de Processo Civil que trouxe, em sua sessão III capítulo inteiro (IV) para tratar do procedimento a ser adotado, da natureza da decisão proferida no incidente e dos efeitos dali produzidos.

O Instituto vem tratado dentre os artigos 133 a 137 do recente diploma processual e será objeto de estudo deste trabalho, de modo a abordar questões relevantes e pertinentes à prática do operador do direito.

Como se sabe, a criação das entidades personificadas decorreu da evolução e desenvolvimento das relações comerciais industriais, especialmente por ocasião da revolução industrial. A produção e o comércio, então, passaram a exigir a desvinculação do negócio, da pessoa do produtor e do comerciante. Daí surge a ideia de criação de entidades personificadas, com personalidade própria e jurídica, destacada na figura da pessoa física do industrial ou comerciante que, até então, estava à frente e ligado diretamente ao negócio. A criação dessas entidades, pela sua natureza, pressupunha a completa desvinculação jurídica e patrimonial entre elas e as pessoas físicas de seus sócios. Foi o que se deu, a partir do evento da

revolução industrial, com o estabelecimento dessa desvinculação e independência da pessoa jurídica de seus sócios, o que vem se mantendo até os dias atuais.¹

Tal independência, contudo, como leciona a grande doutrina brasileira foi refutada em 1987, na Inglaterra, em julgamento ocorrido em conhecido caso *Salomon v. Salomon & Co.*

Sobre o caso, explica Teresa Arruda Alvim:

A empresa *Salomon & Co.* era uma sociedade composta por sete sócios, sendo Aaron o majoritário com 20.000 quotas sociais e os outros seis, seus parentes, com uma quota cada um. No curso da atividade social da sociedade, decidiu o sócio majoritário emprestar £ 20.000 à sociedade, a fim de incrementar a sua produção. Fez o mútuo com a promessa de que a sociedade procedesse ao pagamento em uma determinada data, tendo qualificado o seu crédito de privilegiado, relativamente aos demais credores da sociedade. Ocorreu, entretanto, que a sociedade entrou em processo de liquidação e os seus ativos se mostraram insuficientes para pagar todos os seus compromissos junto aos diversos credores, em especial porque o primeiro desses compromissos a ser saldado era, exatamente, o que tinha assumido perante o sócio majoritário, diante do privilégio de seu crédito.

O liquidante nomeado para gerir o processo de liquidação imediatamente tentou em juízo desqualificar o crédito de Aaron contra a sociedade, fundamentando sua pretensão na confusão existente entre a pessoa do sócio Aaron (credor) e a da sociedade *Salomon & Co* (devedora), na medida em que, segundo o mesmo liquidante, a atividade de um se confundia com a atividade do outro.

A demanda foi levada a julgamento perante o juízo de primeiro grau, posteriormente à Corte de Apelação para revisão, tendo ambos os juízos reconhecido a confusão manifestada pelo liquidante, impondo, por consequência, que o sócio Aaron respondesse pelas obrigações da sociedade. Tratou-se da primeira decisão que se tem notícia, reconhecendo a desconsideração da personalidade jurídica de um (sócio) em face de outro (pessoa jurídica).

Essa decisão foi levada à reapreciação para a Casa de Londres, tendo ela sido reformada para reconhecer a manutenção da regra da separação patrimonial entre as pessoas do sócio e da sociedade e, consequentemente, a impossibilidade de extensão da responsabilidade de um em face das obrigações do outro.²

Muito embora a decisão proferida pela Casa de Londres tenha mantido a regra de separação patrimonial entre as pessoas do sócio e da pessoa jurídica, a

¹Wambier, Teresa Arruda Alvim, Wambier Luiz Rodrigues. *Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 140.

²Wambier, Teresa Arruda Alvim, Wambier Luiz Rodrigues. *Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 140.

decisão proferida em primeira instância tornou-se um precedente que abriu portas para a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, que é agora não só reconhecida pela doutrina e jurisprudência, mas também pela legislação.

O instituto que, naquele tempo não foi aplicado pela decisão proferida pela corte Inglesa, mas há muito já vem sendo aplicado pela doutrina e jurisprudência, hoje está também pacificado pelo Código de Processo Civil, sendo a desconsideração da personalidade jurídica perfeitamente possível (e até recomendada) quando verificado fraude ou abuso de direito com relação a determinado negócio, decorrente da distinção patrimonial da sociedade empresária e seus sócios.

O presente trabalho, portanto, tem por intuito examinar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, bem como as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, que não só regulamentou questões divergentes, como também trouxe inovações de grande relevância para os operadores do direito e para os próprios credores, vítimas de fraude ou abuso de direito.

2. PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA: CONCEITO, EFEITOS, INÍCIO E TÉRMINO DA PERSONIFICAÇÃO.

O presente trabalho tem por objeto o estudo da desconsideração da personalidade jurídica e os efeitos decorrentes da sua aplicabilidade à luz do Código de Processo Civil, Lei 13.256, de 04.02.2016.

Para adentrarmos ao conteúdo principal, é importante e necessária uma análise prévia, ainda que concisa, a respeito da personalidade jurídica em si. É escopo deste capítulo, portanto, o estudo sucinto da personalidade jurídica de uma sociedade empresária, do conceito da sociedade assim constituída, do seu critério de identificação como tal e, principalmente, dos efeitos decorrentes da sua constituição.

Eventual menção às formas de sociedades existentes no ordenamento jurídico brasileiro, portanto, sem qualquer prejuízo, não serão abordadas em sua profundidade, com o intuito de manter em destaque o objetivo deste capítulo.

2.1. Conceito e Efeitos da personificação da sociedade.

Para que se entenda os efeitos decorrentes constituição da personalidade jurídica de uma sociedade empresária, é preciso, antes de mais nada, que se entenda em que consiste uma sociedade empresária e qual o seu critério de identificação como tal.

Sem dúvida alguma, para falarmos para falarmos da desconsideração da personalidade jurídica, é imprescindível uma abordagem a respeito das figuras da sociedade e da personalidade jurídica.

A concepção de *empresa* pode ser extraída da própria definição de *empresário* trazida pelo Código Civil, Lei 10.406 de 10.01.2002.

Segundo dispõe o artigo 966 do referido diploma legal, *empresário* é aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção e

circulação de bens ou de serviços. A partir desta definição feita pelo Código Civil de que empresário é aquele que exerce determinado tipo de atividade, é possível se concluir que *empresa* é, na verdade, a atividade exercida dentro das condições ali estipuladas. *Empresa*, portanto, é a atividade desenvolvida - e não na pessoa que a explora.

Nesta mesma linha, o Código Civil disciplina o que vem a ser uma sociedade empresária, trazendo de maneira expressa o termo “atividade” quando se refere aos negócios realizados pela sociedade:

Art. 981. Celebram contrato de sociedade pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.
Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

Do artigo 981, *caput* e parágrafo único, extrai-se, portanto, que a sociedade empresária é a união de pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados, podendo a atividade se restringir à realização de um ou mais negócios determinados.

E corroborando com o quanto disciplinado pelo artigo 966 do Código Civil, o artigo 982, *caput*, complementando a definição ali exposta, esclarece que *salvo exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.*

Pois bem. A *união de pessoas* de que trata o Código Civil, na verdade, reflete o chamado instituto da *affectio societatis*, instituto este que representa a intenção dos sócios em constituir uma sociedade ou, em outras palavras, na intenção de duas ou mais pessoas, de acordo com suas afinidades e interesses, unir esforços para um objetivo único, a constituição de uma empresa.

Imensos são os conceitos doutrinários a respeito da *affectio societatis*. Todos eles muito bem alinhados, caminhando no mesmo sentido de que o instituto representar a “intenção de estar”.

Para Fran Martins a *affectio societatis* é o liame de estarem os sócios juntos para a realização do objeto social,³ e, nas palavras de Fabio Konder Comparato constitui um critério interpretativo dos deveres e responsabilidade dos sócios entre si.⁴ Também na mesma linha segue o ensinamento de Gladiston Mamede que a conceitua como *elemento subjetivo que dá origem à sociedade; enfocada de forma coletiva, a englobar todos os sócios*.⁵

Analisando os conceitos doutrinários e as definições previstas na legislação, a conclusão a que se chega, portanto, é a de que empresa é, na verdade, a *atividade* desenvolvida em determinadas condições, de modo que uma empresa não pressupõe, necessariamente, a existência de uma sociedade, já que esta *atividade* pode ser exercida unicamente por uma pessoa física.

Mas dizer que uma sociedade empresária é aquela que exerce atividade econômica na condição de empresa não parece ser suficiente. Questiona-se, então, qual o critério adotado para identificação de uma sociedade empresária.

A incompletude de tal definição e a conseqüente existência de pessoas jurídicas que exploram atividade empresarial, mas não são consideradas sociedades empresárias é inclusive confirmada pelo Código Civil, que disciplina dentre seus artigos 986 e 996 a existência e o tratamento de sociedades não personificadas, ou seja, de sociedades não dotadas de personalidade jurídica. São as chamadas Sociedades em Comum e Sociedades em Conta de Participação.

³MARTINS. Fran. Curso de Direito Comercial. 30ª ed. atualizada por Carlos Henrique Abrão. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 173;

⁴MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro: direito societário: sociedades simples e empresariais. São Paulo: Atlas. 2004. v. 2ª, p. 126;

⁵COMPARATO, Fábio Konder, Restrições à circulação de ações em companhia fechada, Revista de Direito Mercantil, vol. 36, 1979, p. 65.

Pelo motivo já exposto no início deste capítulo, não serão tratadas aqui as especificidades de cada uma destas sociedades. Basta, para o objeto deste estudo, que se entenda que estas sociedades, em que pese exerçam atividade empresarial, não são dotadas de personalidade jurídica.

No direito brasileiro as sociedades são divididas em sociedades não personificadas e sociedades personificadas. As sociedades não personificadas, previstas nos artigos 986 a 996 do Código Civil são aquelas que não registram os seus atos constitutivos, ou seja, não possuem um registro no órgão competente. Já as sociedades personificadas são aquelas dotadas de personalidade jurídica, cujos atos constitutivos foram registrados no órgão competente.

Mas antes de se adentrar ao estudo da forma de constituição de uma sociedade empresária (tema que será abordado da sequência – Início e término da personalização) é importante, ainda em se tratando de conceito, destacar algumas distinções com relação às pessoas jurídicas, reconhecidas pela doutrina e jurisprudência.

Pois bem. A primeira distinção a se fazer dentre as pessoas jurídicas assim consideradas diz respeito ao regime jurídico a que estão submetidas as sociedades.

Temos de um lado as pessoas jurídicas de direito público, quais sejam, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, os Territórios e as autarquias e de outro as pessoas jurídicas de direito privado, grupo do qual fazem parte todas as demais pessoas jurídicas não compreendidas dentre as de direito público, assim consideradas pelo Código Civil, as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas, os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada.⁶ Essas, consideradas pessoas jurídicas de direito privado, são, então, subdivididas em estatais e não estatais.

As pessoas jurídicas de direito privado estatais são aquelas cujo capital detém, senão totalmente, mas em sua maioria, recursos provenientes do poder

⁶ Código Civil, Art. 44.

público, assim consideradas a Sociedade de Economia Mista e a Empresa Pública. As pessoas jurídicas de direito privado não estatais, por sua vez, compreendem a fundação, a associação e as sociedades, que, ainda, se subdividem em sociedades simples e empresárias.

Mais uma vez, não será aprofundado o estudo com relação a cada uma dessas sociedades. Basta que se tenha em mente que a sociedade empresária (i) é uma sociedade personificada, ou seja, é sociedade com registro no órgão competente; (ii) é pessoa jurídica de direito privado não estatal e, como esclarecido pelo próprio Código Civil (art. 982, caput), (iii) tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 987).

Partindo-se, então, desta divisão em direito público/privado e, posteriormente em direito privado estatal/direito privado não estatal, o critério adotado pelo direito brasileiro para identificação de uma sociedade empresária consiste no modo de exploração do seu objeto social. Portanto, em regra⁷, o que define se uma sociedade empresária se enquadra no regime jurídico empresarial é a forma como é explorado o seu objeto social.

Resume bem a questão o professor Fabio Ulhoa Coelho em definição adotada em sua obra de Direito Comercial. Segundo o Autor, *a sociedade empresária pode ser conceituada como a pessoa jurídica de direito privado não estatal, que explora empresarialmente seu objeto social ou a forma de sociedade por ações*.⁸

Assim, em que pese seja da essência de qualquer sociedade empresária a persecução de lucros, é o caráter identificador de uma sociedade empresária a exploração de seu objeto social com empresarialidade.

⁷São exceções: (i) as sociedades por ações e (ii) as cooperativas. As primeiras serão sempre empresárias, independentemente do seu objeto (CC, art. 982, parágrafo único; LSA, art. 2º, 1º) e as segundas nunca serão empresárias, mas sim sociedades simples.

⁸ Coelho, Fabio Ulhoa. Manual de direito comercial: direito de empresa/Fabio Ulhoa Coelho. 22. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. P.111.

Essa, pois, parece ser uma definição mais completa do que vem a ser uma sociedade empresária: uma sociedade que, como pessoa jurídica, é sujeito de direitos e obrigações e que pode concretizar atos e negócios jurídicos, sobre os quais não recaiam proibição expressas.

Para Fran Martins pessoa jurídica *é o ente incorpóreo que, como as pessoas físicas, pode ser sujeito de direitos:*

Não se confundem, assim, as pessoas jurídicas com as pessoas físicas que deram lugar ao seu nascimento; pelo contrário, delas se distanciam, adquirindo patrimônio autônomo e exercendo direitos em nome próprio. Por tal razão, as pessoas jurídicas têm nome particular, como as pessoas físicas, domicílio e nacionalidade; podem estar em juízo, como autoras e como rés, sem que isso se reflita na pessoa daqueles que a constituíram. Finalmente, tem vida autônoma, muitas vezes superior às das pessoas que não se reflete na estrutura das pessoas jurídicas, podendo, assim, variar as pessoas físicas que lhe deram origem sem que esse fato incida no seu organismo.⁹

O resultado, então, do 'caráter empresarial' de uma sociedade é uma sociedade que detém titularidade negocial, titularidade processual e responsabilidade patrimonial.

Detém (i) titularidade negocial para, em nome próprio, desenvolver a atividade empresarial, celebrando os negócios jurídicos necessários ao desenvolvimento da empresa; (ii) titularidade processual já que a sociedade pode, em nome próprio, defender seus direitos e interesses em juízo (muito embora as sociedades sem personalidade também possam fazê-lo, desde que representadas pela pessoa a quem couber a administração de seus bens, de acordo com o art. 12, VII, do CPC); e titularidade patrimonial, na medida em que possuem patrimônio social próprio e respondem, em regra, com ele pelas obrigações que contraírem. Esse patrimônio é distinto em relação ao de seus sócios.¹⁰

Sobre o assunto, melhor explica Rubens Requião:

⁹MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio. 3ªed. ref. E atual. Rio de Janeiro, Forense, 1991. p.227.

¹⁰ Gonçalves, Maria Gabriela Venturoti Perrota Rios. Direito Comercial, direito de empresa e sociedades empresárias, Victor Eduardo Rios Gonçalves – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 73.

Adquirindo personalidade jurídica, diversas consequências úteis ocorrem à sociedade comercial. Entre elas podemos catalogar as mais expressivas no seguinte elenco:

1ª Considerar-se a sociedade uma pessoa, isto é, um sujeito “capaz de direito e obrigações”. Pode estar em juízo por si, contrata e se obriga.

2ª Tendo a sociedade, como pessoa jurídica, individualidade própria, os sócios que constituírem com ela não se confundem, não adquirindo por isso a qualidade de comerciantes.

3ª A sociedade com personalidade adquire ampla autonomia patrimonial. O patrimônio é seu, e esse patrimônio, seja qual for o tipo da sociedade, responde ilimitadamente pelo seu passivo.

4ª A sociedade tem a possibilidade de modificar a sua estrutura, quer jurídica, com a modificação do contrato adotando outro tipo de sociedade, quer econômica, com a retirada ou ingresso de novos sócios, ou simples substituição de pessoas, pela cessão ou transferência de parte do capital.¹¹

E por ser uma sociedade empresária, uma sociedade que goza de titularidade negocial, titularidade processual e titularidade patrimonial é também (justamente por gozar de tais titularidades) sujeito de direitos e obrigações que pode concretizar atos e negócios jurídicos, sobre os quais não recaiam proibição expressas.

Em outras palavras, o conjunto das titularidades acima destacadas confere à sociedade personificada a formação de sua personalidade jurídica. E é a partir da personificação que uma sociedade passa a ser sujeito de direitos e deveres.

Para Beviláqua é essa, a formação da personalidade jurídica própria da sociedade, a consequência imediata da personificação da sociedade e é ela que possibilita a distinção da sociedade, para os efeitos jurídicos, dos membros que a compõem:

A consequência imediata da personificação da sociedade é distingui-la, para os efeitos jurídicos, dos membros que a compõem. Pois cada um dos sócios é uma individualidade e a sociedade uma outra, não há como lhes confundir a existência. A sociedade, constituída por seu contrato, e personificada pelo registro, tem um fim próprio, econômico e ideal, move-se no mundo jurídico, a fim de realizar esse fim, tem direitos seus, e um patrimônio que administra, e com o qual assegura aos credores a solução das dívidas que contrai.¹²

¹¹Requião Rubens. Curso de Direito Comercial – São Paulo: Saraiva, 1998. Vol. 1: 23 ed. p.353/354.

¹²BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 4. Ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, v. II, 1933, p.288.

Da mesma forma entende o doutrinador Rubens Requião. Segundo o Autor, não se trata a formação de uma personalidade jurídica apenas de uma consequência de uma sociedade personificada, mas sim da mais importante delas:

Formada a sociedade comercial pelo concurso de vontades individuais, que lhe propiciam bens e serviços, a consequência mais importante é o desabrochar de sua personalidade jurídica. A sociedade transforma-se em novo ser, estranho à individualidade das pessoas que participam de sua constituição, dominando um patrimônio próprio, possuidor de órgãos, de deliberação e execução que ditam e fazem cumprir a sua vontade. Seu patrimônio, no terreno obrigacional, assegura sua responsabilidade direta em relação a terceiros. Os bens sociais, como objetos de sua propriedade, constituem a garantia dos credores, como ocorre com os de qualquer pessoa natural.¹³

Estes, pois, os efeitos da constituição de uma sociedade empresária, efeitos estes que, nas palavras do professor Fabio Ulhoa Coelho constituem verdadeiros princípios do direito societário e que serão de grande valia para o aproveitamento deste trabalho.¹⁴

2.2. Início e término da personificação da sociedade.

Como vimos, uma sociedade empresária, por ser uma sociedade personificada, goza de titularidade negocial, titularidade processual e titularidade patrimonial, sendo assim sujeito de direitos e obrigações que pode concretizar atos e negócios jurídicos, sobre os quais não recaiam proibição expressa.

O conjunto de tais titularidades confere à sociedade personificada a formação de sua personalidade jurídica. É a partir da personificação que uma sociedade passa, então, a ser sujeito de direitos e deveres. É, nas palavras de Rubens Requião¹⁵, com a formação da personalidade jurídica que a sociedade se transforma

¹³ REQUIÃO, Rubens, 1918-1997. Curso de Direito Comercial/Rubens Requião – São Paulo: Saraiva, 1988. Vol. 1: 23 ed., atual., p.344/345.

¹⁴ Coelho, Fabio Ulhoa. Manual de direito comercial: direito de empresa/Fabio Ulhoa Coelho. 22. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. P.114.

¹⁵ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 303.

em um novo ser, estranho à individualidade das pessoas que participam da sua constituição:

Com o desabrochar da personalidade jurídica, a sociedade transforma-se em novo ser, estranho à individualidade das pessoas que participam da sua constituição, dominando um patrimônio próprio, possuidor de órgão de deliberação e execução que ditam e fazem cumprir a sua vontade. Seu patrimônio, no terreno obrigacional, assegura sua responsabilidade direta em relação a terceiros. Os bens sociais, como objetos de sua propriedade, constituem a garantia dos credores, como ocorre com os de qualquer pessoa natural.

Pois bem. Não restam dúvidas, então, de que é a partir da personificação que uma sociedade empresária adquire personalidade jurídica própria. E o início dessa personalização, como já mencionado, se dá através da inscrição no registro próprio e na forma da lei dos seus atos constitutivos.

Sobre o assunto, esclarece o doutrinador Láudio Camargo Fabretti:

A pessoa jurídica é uma criação do Direito. Portanto, uma entidade abstrata. A Associação de duas ou mais pessoas, que visam a um objetivo comum e que se vinculam por um contrato, constitui a pessoa jurídica. A pessoa jurídica, por ser um ente abstrato, é representada por administradores, sócios ou não, aos quais o contrato social atribuir esse poder. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição de seus atos constitutivos no registro próprio, ou seja, para a sociedade simples no Registro Civil de Pessoas jurídicas; para a sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis (Junta Comercial).¹⁶

Em verdade, essa previsão da forma de constituição da personalidade jurídica de empresas já existia em 1916. Era o que dispunha o artigo de 18 do Código vigente à época (Lei 3.071 de 01.01.1916):

Começa a existência das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar, regulado por lei especial, ou com a autorização ou aprovação do Governo, quando precisa.¹⁷

O diploma seguinte (Código Civil de 2002), por sua vez, também na mesma linha prevê em algumas oportunidades e de maneira expressa a forma de constituição da personalidade jurídica da sociedade.

¹⁶ Fabretti, Láudio Camargo. Direito de empresa no novo Código Civil – São Paulo: Atlas, 2003, p. 48.

¹⁷ Art. 18. Lei 3.071 de 01 de janeiro de 1916.

O art. 985, por exemplo, prevê que *a sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos*. O art. 45 também estipula que *começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo*. E ainda, prevê o art. 1150 que *o empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária*.¹⁸

Sendo mais específico ainda Fabio Ulhoa Coelho esclarece que *a sociedade contratual tem a sua constituição regida pelo Código Civil de 2002, ao passo que a sociedade institucional rege-se pelas normas específicas da Lei n. 6.404/76*.¹⁹

Assim, ainda que não seja objeto deste trabalho a análise detida das características da sociedade contratual e da sociedade institucional, vale a ressalva da diferenciação do ato constitutivo de cada uma das sociedades e da sua regulamentação.

Enquanto que o ato constitutivo e regulamentar de uma sociedade contratual é o contrato social, o ato regulamentar de uma sociedade institucional é o estatuto social. Da mesma forma, enquanto que a sociedade contratual é regida pelo Código Civil, a sociedade institucional é regida pelas normas específicas da Lei n. 6.404/76.

Com relação às sociedades contratuais, há que se observar para a constituição da sociedade a validade do contrato social, como ensina o professor Fabio Ulhoa Coelho:

¹⁸ Fabretti, Láudio Camargo. Direito de empresa no novo Código Civil – São Paulo: Atlas, 2003, p. 46/48

¹⁹ Coelho, Fabio Ulhoa. Manual de direito comercial: direito de empresa/Fabio Ulhoa Coelho. 22. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. P.120.

Para a validade do contrato social, o direito elegeu determinados requisitos. Sem a observância destes, a sociedade não se forma validamente, podendo ser decretada a sua anulação ou declarada a nulidade.²⁰

E para que seja válido, o contrato deverá observar duas ordens de requisitos, quais sejam, (i) os requisitos genéricos, requisitos de qualquer ato jurídico e (ii) os requisitos específicos, reservados especificamente para o ato constitutivo da sociedade comercial.

No que tange aos requisitos genéricos, podemos destacar: agente capaz, objeto possível e lícito e forma prescrita e não defesa em lei. Já com relação aos requisitos específicos podemos citar aqueles que, como ressalta Fabio Ulhoa, decorrem do próprio conceito de contrato social (art. 981 do CC), a saber: todos os sócios devem contribuir para a formação do capital social, seja com bens créditos ou dinheiro; e todos os sócios participarão dos resultados, positivos ou negativos da sociedade.²¹

Estes, pois, os requisitos de validade de um contrato social, não devendo ser esquecidos os pressupostos fáticos de existência de qualquer sociedade comercial, quais sejam: a *affectio societatis* e a pluralidade de sócios. Enquanto os primeiros comprometem a validade do contrato, estes últimos (pressupostos de existência) comprometem a própria existência do ente social.

Concluído, então, que a forma de início/constituição da personalização de uma sociedade empresária é através da inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos e que a forma dessa constituição é disciplinada pelo Código Civil ou pelas normas da Lei n. 6.404/76 (sociedades institucionais), é importante destacar que estes mesmos diplomas legais também disciplinam a forma de dissolução das sociedades empresárias.

²⁰ Coelho, Fabio Ulhoa. Manual de direito comercial: direito de empresa/Fabio Ulhoa Coelho. 22. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. P.130.

²¹ Coelho, Fabio Ulhoa. Manual de direito comercial: direito de empresa/Fabio Ulhoa Coelho. 22. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. P.132.

Ensina o professor Paulo Sergio Gomes Alonso que as pessoas jurídicas se extinguem, guardadas as especificidades legais aplicadas a cada uma, de forma convencional, legal ou judicial²²:

Na primeira situação, a convencional, está diretamente ligada à manifestação de vontade dos seus integrantes, que como deliberaram pela sua criação, poderão fazê-lo na sua dissolução, e nesse caso deverão seguir o que determina o contrato ou estatuto social e lei. Na legal deverá haver uma motivação estabelecida em lei ou do surgimento de fatos que a norma impõe a dissolução (...).

Na dissolução judicial, como não pode deixar de ser, ela será decorrente de ação judicial na medida em que o interessado vier promover-lá e houver decisão judicial extinguindo a pessoa jurídica (...).

Com relação às sociedades contratuais, Fabio Ulhoa Coelho destaca que *para a dissolução deste tipo de sociedade não basta a vontade majoritária dos sócios, reconhecendo a jurisprudência o direito de os sócios, mesmo minoritários, manterem a sociedade, contra a vontade da maioria; além disso há causas específicas de dissolução dessa categoria de sociedades, como a morte ou expulsão de sócio. Já com relação às sociedades institucionais, ensina que estas sociedades podem ser dissolvidas por vontade da maioria societária e há causas dissolutórias que lhe são exclusivas, como a intervenção e liquidação extrajudicial*.²³

Para uma análise um pouco mais detalhada a respeito da dissolução da sociedade, a atenção deste capítulo estará voltada para a dissolução da sociedade contratual, não havendo que se perder de mente que ela poderá também ocorrer em sociedades institucionais, conforme acima disposto.

Pois bem. Desde já é importante ressaltar a distinção entre *extinção da personalidade jurídica da empresa e dissolução da personalidade jurídica da empresa*. Enquanto que a primeira é entendida como término da personalidade jurídica da sociedade, a segunda consiste no desfazimento do ato constitutivo da sociedade empresarial.

²² Alonso, Paulo Sergio Gomes. Pessoas Jurídica. Revista de Direito Empresarial | vol. 14/2016 | p. 33 - 53 | Mar - Abr / 2016 | DTR\2016\2908

²³ Coelho, Fabio Ulhoa. Manual de direito comercial: direito de empresa/Fabio Ulhoa Coelho. 22. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. P.120.

Por inúmeras questões comerciais, cada vez mais se busca preservar a empresa, ainda que haja necessidade de sua dissolução. Foi em razão disso que as práticas forenses amparadas pela doutrina e jurisprudência, antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil de 2002 “criaram” a chamada dissolução parcial da sociedade, hipótese em que, ainda que verificado não haver mais compatibilidade entre os sócios, opta-se pela continuidade da sociedade empresarial. Esta é a hipótese em que ocorre a dissolução dos vínculos contratuais originários e não da empresa propriamente dita.

Esta hipótese (dissolução parcial da sociedade) pode ocorrer (i) pela vontade dos sócios ou (ii) pela morte de um deles; (iii) pela retirada de sócio; (iv) pela sua exclusão; (v) pela falência de sócio; ou ainda (vi) pela liquidação da quota a pedido de credor.

A dissolução total, correspondente àquela dissolução de todos os vínculos que deram origem à sociedade contratual, por sua vez, pode ser ocasionada (i) pela vontade dos sócios; (ii) pelo decurso do prazo determinado de duração; (iii) pela falência; (iv) pelo exaurimento do objeto social; (v) em razão da unipessoalidade por mais de 180 dias ou ainda (vi) por outras causas contratuais, já que o próprio contrato pode prever causas em que poderá se verificar a dissolução da sociedade.

Feita tal distinção, é importante destacar também que o fim da personalização da sociedade empresária resulta de todo um processo de extinção, também conhecido por dissolução em sentido largo (ou dissolução-procedimento), o qual compreende as seguintes fases: a) dissolução em sentido estrito (ou dissolução-ato), que é o ato de desfazimento da constituição da sociedade; b) liquidação, que visa à realização do ativo e pagamento do passivo da sociedade; c) partilha, pela qual os sócios participam do acervo da sociedade. Há quem pretenda ainda, complementa o autor, a existência de uma quarta fase de extinção, consistente no decurso de prescrição de todas as obrigações sociais (Fran Martins).²⁴

²⁴ Coelho, Fabio Ulhoa. Manual de direito comercial: direito de empresa/Fabio Ulhoa Coelho. 22. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. P.114

Vale ressaltar, a título de esclarecimento, que a dissolução não é a única forma de se extinguir a personalidade jurídica da sociedade. Há também, complementa o Autor, diversos outros modos de extinção além da dissolução aqui estudada, como, por exemplo, a incorporação, a fusão, a cisão total e a falência.²⁵

Considerando-se tais formas de constituição e dissolução da personalidade jurídica de uma sociedade empresária (a qual, ressalte-se, só terá a sua extinção após a conclusão de processo judicial ou extrajudicial), bem como tendo em mente que a sociedade tem sua constituição e dissolução prevista em lei e que a sua personalização traz como consequência imediata a formação da personalidade jurídica própria da sociedade, avançaremos com o estudo da desconsideração da personalidade jurídica, que é o grande escopo deste trabalho.

²⁵ Coelho, Fabio Ulhoa. Manual de direito comercial: direito de empresa/Fabio Ulhoa Coelho. 22. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. P.115.

3.DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: CONCEITO, PRESSUPOSTOS E HIPÓTESES.

3.1. Conceito.

Em regra, como se sabe, no ordenamento jurídico brasileiro a pessoa jurídica não se confunde com a pessoa física de seus sócios. A sociedade, como visto, tem sua constituição e dissolução prevista em lei e a sua personificação traz como consequência imediata a formação da personalidade jurídica própria da sociedade, possibilitando a distinção da sociedade, para os efeitos jurídicos, dos membros que a compõe, tornando-se a pessoa jurídica sujeito autônomo de direitos e obrigações.

Com a formação da personalidade jurídica, portanto, reconhece-se pelo direito brasileiro a distinção entre a sociedade e seus membros e também a distinção entre o patrimônio de um e de outro.

A esse respeito, ensina Fran Martins que, a partir do momento em que é constituída a pessoa jurídica, passa a sociedade a ter patrimônio próprio. Esse patrimônio é, na sua fase inicial, formado pela contribuição que cada sócio efetuou ou prometeu efetuar para a sociedade e pertence à sociedade e não aos sócios.

É, então, esse patrimônio agora reconhecido como pertencente à sociedade que responderá perante terceiros pelas dívidas assumidas pela sociedade:

É justamente a totalidade do patrimônio que vai responder perante terceiros, pelas obrigações assumidas pela sociedade. Daí concluir-se que qualquer tipo de sociedade responde ilimitadamente, isto é, com todo o seu patrimônio, pelas obrigações por ela assumidas. Os sócios é que, segundo o tipo social, podem limitar suas responsabilidades perante terceiros.²⁶

É de se concluir, portanto, que a sociedade constituída responde ilimitadamente perante terceiros pelas obrigações por ela assumidas, enquanto que os sócios poderão limitar suas responsabilidades, a depender do tipo societário registrado, podendo ser de responsabilidade ilimitada, em que os integrantes da

²⁶Martins, Fran. Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio. 3ªed., Rio de Janeiro, Forense, 1991. P. 237.

sociedade respondem ordinária e subsidiariamente pelas obrigações contraídas, ou ainda, de responsabilidade limitada, pela qual a responsabilidade subsidiária dos sócios perante as dívidas contraídas pela pessoa jurídica é inexistente.

É sabido, contudo, que essa distinção entre a sociedade e seus membros, da qual decorre também a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, acaba (muitas vezes) por ensejar, ou até mesmo “instigar” a prática de fraudes ou abuso de direitos por aqueles que veem nesta autonomia a possibilidade de utilização abusiva da personalidade jurídica e esquivas fraudulentas de responsabilidades perante terceiros/credores.

A desconsideração da personalidade jurídica, portanto, surgiu para remediar a utilização abusiva da personalidade jurídica, tendo por escopo o afastamento da autonomia que as pessoas jurídicas têm perante seus membros sem que seja a sociedade invalidada ou dissolvida. Aquela sociedade, então, cujo membro está a fraudar ou abusar de direitos decorrentes daquela autonomia da pessoa jurídica, poderá ter a sua personalidade jurídica desconsiderada ou tida como ineficaz em relação ao negócio praticado com fraude ou abuso de direito. Trata-se de uma condição pontual estabelecida com o objetivo exclusivo de evitar eventual tentativa de fraude pelos sócios ou pela sociedade (em caso de desconsideração inversa).

É importante a ressalva de que essa condição é pessoal justamente para que se tenha ciência de que o instituto visa preservar a pessoa jurídica naquilo que não está relacionado ao ato ilícito.

Fabio Ulhoa Coelho muito bem explica essa manobra que foi inicialmente adotada na prática pela doutrina e jurisprudência e aos poucos contempladas na legislação brasileira.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica possibilita a coibição de fraudes perpetradas através da separação patrimonial, sem comprometimento da exploração da atividade econômica a cargo da sociedade desconsiderada.²⁷

²⁷ Coelho, Fabio Ulhoa. Manual de direito comercial: direito de empresa/Fabio Ulhoa Coelho. 22. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p.170.

Assim, ao se falar em desconsideração da personalidade jurídica deve se ter em mente que o que ocorre é um afastamento momentâneo da autonomia entre o patrimônio da sociedade e de seus sócios, não havendo que se falar em nulidade da pessoa jurídica.

Em outras palavras, a desconsideração da personalidade jurídica é a ineficácia, em situações específicas e pontuais, da personificação societária, o que permite atribuir ao sócio ou à sociedade condutas que, não fosse essa desconsideração, seria atribuída à sociedade ou ao sócio, respectivamente.

Não fosse assim, a “insistência” na autonomia patrimonial decorrente da personalização da sociedade acabaria por incidir em desrespeito e injustiça perante terceiros, vítimas de manobras fraudulentas e ilegítimas.

Isso porque, há situações em que a pessoa jurídica deixou de ser sujeito e passou a ser mero objeto, manobrando a consecução de fins fraudulentos ou ilegítimos.²⁸

Foi, então, com o intuito de evitar essa prática ilegal que a doutrina, acompanhada da jurisprudência, criou a chamada teoria da desconsideração da personalidade jurídica, também conhecida por *disregard of the legal entity*.

A aplicação do instituto teve o seu destaque inicial na Inglaterra, na Alemanha e nos Estados Unidos²⁹, tendo chegado ao Brasil para, de certa forma, “afrontar” o artigo 20 do Código Civil de 1916, o qual àquela época já previa que *as pessoas jurídicas tinham existência distinta da dos seus membros*³⁰ e foi, aos poucos, sendo incorporada na prática e legislação brasileira.

²⁸ Globekner, Osmir Antônio. Informativo Jurídico. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor, ano XIII, n. 29, p. 5.

²⁹ Coelho, Fabio Ulhoa. Manual de direito comercial: direito de empresa/Fabio Ulhoa Coelho. 22. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p.126.

³⁰ Código Civil 1916.

De início, a teoria da *disregard of the legal entity* foi introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078 de 11.09.1990. Segundo o artigo 28 do diploma legal, *o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração.* Ainda, o §5º do mesmo artigo ressalta também que *será desconsiderada a personalidade jurídica sempre que esta for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores.*

Na sequência, veio a previsão da Lei 8.884, de 11.06.94 (já revogada) que dispunha sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Em seu artigo 18 a referida lei estipulava que *a personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração de lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração.*

Ainda, em 1998, a matéria veio também regulada pela Lei 9.605, de 12.02.1998, a qual dispõe sobre as sanções penais administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Segundo o artigo 4º do diploma, *poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.*

Foi com o Código Civil de 2002, contudo, que o instituto da desconsideração teve sua inserção no ordenamento de maneira efetiva. O artigo 50 do diploma legal prevê que *em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio da finalidade, ou pela fusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.*

Ainda, em 2011, a Lei 12.529, de 30.11.2011, que revogou os dispositivos da Lei 8.884/94, novamente disciplinou o que ali havia sido disciplinado a respeito da desconsideração da personalidade jurídica: *a personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração de lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração.*

Agora, com o advento do novo Código de Processo Civil, a Lei 13.256, de 04.02.2016 disciplinou de maneira expressa sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se, portanto, de inovação do legislador, uma vez que pela primeira vez a matéria vem tratada pelo Código de Processo Civil.

Nesse sentido, é de grande valia o posicionamento do professor Alexandre Freitas Câmara:

O código de Processo Civil inclui, entre as modalidades de intervenção de terceiro, o incidente da desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se, na verdade, de um incidente processual que provoca uma intervenção forçada de terceiro (já que alguém estranho ao processo – o sócio ou a sociedade, conforme o caso -, será citado e passará a ser parte no processo, ao menos até que seja resolvido o incidente).

(...)

Este incidente – que não estava previsto expressamente na legislação processual anterior – vem assegurar o pleno respeito ao contraditório e ao devido processo legal o que diz respeito à desconsideração da personalidade jurídica. É que sem a realização desse incidente, o que se via era a apreensão de bens de sócios (ou da sociedade, no caso de desconsideração inversa) sem que fossem eles chamados a participar, em contraditório, do processo de formação da decisão que define sua responsabilidade patrimonial. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, ao tempo da legislação processual anterior, admitia a desconsideração da decisão, diferindo-se o contraditório (STJ, REsp 1266666/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09.08.2011). Este entendimento, porém, contraria frontalmente o modelo constitucional de processo brasileiro, já que admite a produção de uma decisão que afeta diretamente os interesses de alguém sem que lhe seja assegurada a possibilidade de participar com influência na formação do aludido pronunciamento judicial (o que só seria admitido, em caráter absolutamente excepcional, nas hipóteses em que se profere decisão concessiva de tutela de urgência, e mesmo assim somente nos

casos nos quais não se pode aguardar pelo pronunciamento prévio do demandado).³¹

A nova previsão acerca da desconsideração da personalidade jurídica pelo Novo Código de Processo Civil ainda será objeto de estudo deste trabalho. Por ora, é importante concluir que o conceito do instituto é de aplicação unânime pela jurisprudência, não havendo dúvidas de que desconsiderar a personalidade jurídica é tornar ineficaz, para o caso concreto (numa situação pontual), a personificação societária, de modo a permitir a atribuição ao sócio ou à sociedade condutas que, não fosse essa prática, acabariam por ser imputadas à sociedade ou ao sócio, respectivamente.

A esse respeito, de grande valia a análise feita pelo Ministro Luis Felipe Salomão em Recurso Especial julgado em 08 de maio de 2018:

RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CPC/2015. PROCEDIMENTO PARA DECLARAÇÃO. REQUISITOS PARA A INSTAURAÇÃO. OBSERVÂNCIA DAS REGRAS DE DIREITO MATERIAL. DESCONSIDERAÇÃO COM BASE NO ART. 50 DO CC/2002. ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESVIO DE FINALIDADE. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE DE SUA COMPROVAÇÃO.

1. A desconsideração da personalidade jurídica não visa à sua anulação, mas somente objetiva desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem, com a declaração de sua ineficácia para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, incólume para seus outros fins legítimos.

2. O CPC/2015 inovou no assunto prevendo e regulamentando procedimento próprio para a operacionalização do instituto de inquestionável relevância social e instrumental, que colabora com a recuperação de crédito, combate à fraude, fortalecendo a segurança do mercado, em razão do acréscimo de garantias aos credores, apresentando como modalidade de intervenção de terceiros (arts. 133 a 137).

3. Nos termos do novo regramento, o pedido de desconsideração não inaugura ação autônoma, mas se instaura incidentalmente, podendo ter início nas fases de conhecimento, cumprimento de sentença e executiva, opção, inclusive, há muito admitida pela jurisprudência, tendo a normatização empreendida pelo novo diploma o mérito de revestir de segurança jurídica a questão.

4. Os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica continuam a ser estabelecidos por normas de direito material, cuidando o diploma processual tão somente da disciplina do procedimento. Assim, os requisitos da desconsideração variarão de acordo com a natureza da causa, seguindo-se, entretanto, em todos os casos, o rito procedimental proposto pelo diploma processual.

6. Nas causas em que a relação jurídica subjacente ao processo for cível-empresarial, a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica será

³¹Wambier, Teresa Arruda Alvim. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil, coordenadores – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 425.

regulada pelo art. 50 do Código Civil, nos casos de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial.

7. A inexistência ou não localização de bens da pessoa jurídica não é condição para a instauração do procedimento que objetiva a desconsideração, por não ser sequer requisito para aquela declaração, já que imprescindível a demonstração específica da prática objetiva de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

8. Recurso especial provido.³²

Como se vê, não há dúvidas de que a desconsideração da personalidade jurídica não visa anular a sociedade, mas tão somente a sua desconsideração, com relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem. de modo que será ineficaz apenas para determinados atos/efeitos, mantendo-se incólume para *os fins legítimos*.

3.2. Pressupostos.

O instituto, como visto, teve pela primeira vez previsão legal no Brasil pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990. O artigo 28, caput e 5º dispõe que:

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

(...)

5º Também poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

O Código de Processo Civil, por sua vez, até o advento do Código de 2015, não havia jamais disciplinado o instituto e a ausência de tal previsão acabava por ocasionar controvérsias ou até mesmo dúvidas quanto à desconsideração da personalidade jurídica.

Sobre o assunto, ensina Andre Roque:

³² STJ. RESP .1.729.554-SP (2017/0306831-0), j. 03.05.2018.

Entretanto, não havia no regime do CPC/1973, disciplina legislativa acerca dos aspectos processuais decorrentes do requerimento e eventual deferimento da medida, o que ocasionava controvérsias, entre outras questões, quanto à necessidade de instaurar ação autônoma, o momento adequado para tal pleito, os meios de defesa disponíveis para o sócio que pretendesse afastar a desconsideração e os efeitos decorrentes de seu deferimento.³³

O Código Civil de 2015, então, para acabar com qualquer dúvida disciplinou os principais aspectos processuais da desconsideração. Vale ressaltar, contudo, que a previsão do instituto versa tão somente quanto às regras processuais, deixando para o direito material a previsão quanto às hipóteses em que ocorre. Ainda segundo Andre Roque, *saber em que hipóteses é possível a medida cabe ao direito material; a verificação de como ela se opera, todavia, compete ao direito processual*.³⁴

E para que não haja dúvida quanto a isso, o Código de Processo Civil foi expresso em seu artigo 133, §1º e dispôs que *o pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei*.

Como se vê, o diploma legal prevê expressamente que há necessidade do preenchimento dos pressupostos para que seja instaurado o incidente, mas esclarece que tais pressupostos serão previstos em lei, não trazendo o legislador, portanto, a previsão dos pressupostos no Código de Processo Civil.

Sobre o assunto, assevera o Professor Daniel Amorim que a opção do legislador deve ser saudada porque os pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica são tema de direito material e dessa forma não devem ser tratados pelo Código de Processo Civil.³⁵

Pois bem, ainda que o Código de Processo não tenha estipulado quais os requisitos necessários à desconsideração, já que a medida cabe, de fato, ao direito

³³Gajardoni, Fernando da Fonseca. Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015: parte geral – São Paulo: Forense, 2015, p. 433.

³⁴Gajardoni, Fernando da Fonseca. Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015: parte geral – São Paulo: Forense, 2015, p. 433.

³⁵ Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume único. 8ed. – Salvador; Ed. JusPodvim, 2016, p. 308.

material, a doutrina, com relação a estes requisitos, tem se referido a duas teorias, a teoria maior e a teoria menor.

A teoria maior, segundo entendimento doutrinário exige para a aplicação do instituto sejam verificados (i) o desvio de finalidade ou a (ii) confusão patrimonial. O primeiro diz respeito à teoria maior subjetiva e o segundo à teoria maior objetiva.

Em outras palavras, a teoria maior tem como regra a desconsideração da autonomia da sociedade nos casos em que houver configuração de fraude ou abuso dos sócios, ou ainda de confusão patrimonial entre os bens da pessoa física e os bens da pessoa jurídica, razão pela qual não pode ser aplicada com a simples demonstração de insolvência da pessoa jurídica para o cumprimento de suas obrigações, sendo necessário também a demonstração de desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Nesse sentido, é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídica brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).³⁶

Já a teoria menor, é pressuposto o simples inadimplemento para com os credores, não havendo que se analisar os motivos que levaram a sociedade de obrigar perante terceiros. Para esta teoria é suficiente a demonstração de determinadas situações, independentemente do abuso da personalidade jurídica, como por exemplo a falência, o estado de insolvência, ou encerramento ou inatividade da pessoa jurídica.

³⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos Materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º. Recurso especial nº 279.273 – SP. Recorrente: B Sete Participações S/A e outros. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 04 de dezembro de 2003. DJ em 29/03/2004.

Esta teoria parte de premissa distinta da teoria maior: para a incidência da desconsideração com base na teoria menor, basta a prova da insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. Para esta teoria, explica o STJ, *o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.*³⁷

Sobre o assunto é também de grande valia o ensinamento do professor Fabio Ulhoa:

O pressuposto da desconsideração é a ocorrência de fraude perpetrada com uso da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Segundo ele, esta, que é a formulação mais corrente da teoria, dá, pois, relevo à presença de elemento subjetivo. Mas complementa: Fabio Konder Comparato propôs uma formulação diversa, em que os pressupostos da desconsideração da autonomia da sociedade são objetivos, como a confusão patrimonial ou o desaparecimento do objeto social. Por esta razão, é possível chamar-se a primeira concepção subjetivista e esta última de concepção objetivista da teoria da desconsideração da pessoa jurídica.³⁸

Analisando-se ambas as teorias é possível concluir que segundo a teoria maior, a qual é inclusive adotada pelo artigo 50 do Código Civil, para efeito de desconsideração exige-se o requisito específico do abuso caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, requisito este cuja demonstração não exigida pela teoria menor, adotada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), assim como pela legislação ambiental.

³⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos Materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º. Recurso especial nº 279.273 – SP. Recorrente: B Sete Participações S/A e outros. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 04 de dezembro de 2003. DJ em 29/03/2004.

³⁸Coelho, Fabio Ulhoa. Manual de direito comercial: direito de empresa/Fabio Ulhoa Coelho. 22. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. P.127/128.

Foi o próprio legislador, portanto, que acabou por delimitar o que é o “abuso da personalidade jurídica”, prescrevendo que estará assim configurado o abuso quando verificados o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial.

O desvio de finalidade prescrito no artigo 50 do Código Civil consiste na utilização da pessoa para fins diversos para os quais ela foi viabilizada pelo Direito.³⁹ Já a confusão patrimonial ocorre a partir do momento em que os próprios integrantes da pessoa jurídica deixam de respeitar a separação patrimonial.⁴⁰

3.3. Hipóteses.

Os artigos 50 do Código Civil e 28 do Código de Defesa do Consumidor disciplinam, para tratar da desconsideração da personalidade jurídica, a modalidade clássica do instituto, em que se prevê a possibilidade de determinadas obrigações da pessoa jurídica se estendam aos bens particulares de seus integrantes. Nesta hipótese, os sócios são responsabilizados por obrigações contraídas pela empresa de maneira fraudulenta.

Há muito, contudo, a jurisprudência e a doutrina vêm permitindo interpretação extensiva/teleológica do instituto e autorizando a desconsideração em modalidades diversas, como a desconsideração da personalidade jurídica inversa e a desconsideração da personalidade entre empresas do mesmo grupo econômico.

A hipótese da desconsideração na sua modalidade inversa ocorre nos casos em que o devedor, pessoa física, acaba por transferir os seus bens para a pessoa jurídica da qual é sócio, visando assim ocultá-los para esquivar-se de suas obrigações. Verifica-se, nesta hipótese, o sócio na figura do devedor originário e a sociedade empresarial como responsável patrimonial secundária. A extensão das obrigações do devedor originário, então, acaba por frustrar a manobra fraudulenta e permite que o credor satisfaça o seu crédito através do patrimônio da sociedade.

³⁹ Arruda Alvim. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 529.

⁴⁰ COMPARATO. O poder de controle na sociedade anônima. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 333

Nesse sentido, é o que esclarece a Ministra Nancy Andrighi do Superior Tribunal de Justiça:

Tem-se que a interpretação teleológica do art. 50 do Código Civil de 2002 legitima inferência de ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir os bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma.

Ademais, ainda que não considere o teor do art. 50 do Código Civil de 2002 sob a ótica de uma interpretação teleológica, entendo que a aplicação da teoria da desconsideração na modalidade inversa encontra justificativa nos princípios éticos e jurídicos intrínsecos da própria disregard doctrine, que vedam o abuso de direito e a fraude contra credores.

Outro não era o fundamento usado por nossos Tribunais para justificar a desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita, quando, antes do advento do CC/02, não podiam se valer da regra contida no art. 50 do diploma atual.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes precedentes: REsp 86.502/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 26.08.1996 e REsp 158.051/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ. de 12.04.1999.⁴¹

Também o enunciado da IV Jornada de Direito Civil dispõe que *é cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada ‘inversa’ para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros*.⁴²

Já a hipótese de desconsideração entre empresas do mesmo grupo econômico ocorre quando a fraude envolve pessoas jurídicas que estejam direta ou indiretamente sob o mesmo controle. É muito comum, aliás, que exista essa transferência de ativos e passivos entre as empresas para que se abstenham de suas responsabilidades.

Em qualquer das hipóteses, contudo, o procedimento previsto pelo Código de Processo Civil de 2015 deve ser seguido.

A propósito, é importante ressaltar que o incidente processual para o requerimento da desconsideração da personalidade jurídica deverá ser sempre observado, com exceção daquele feito já na petição inicial. Desta forma, o

⁴¹ STJ. REsp 948.117/MS (2007/0045262-5), Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 22.06.2010.

⁴² Gajardoni, Fernando da Fonseca. Teoria Geral do Processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral – São Paulo: Forense, 2015, p. 434.

procedimento se aplica igualmente à falência (Enunciado n. 247 do FPPC), na seara trabalhista (Enunciado n. 124 do FPPC) e também nos juizados especiais cíveis (art. 1.062 do CPC).⁴³

⁴³ Gajardoni, Fernando da Fonseca. Teoria Geral do Processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral – São Paulo: Forense, 2015, p. 434.

4. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. NATUREZA DO INSTITUTO E PROCEDIMENTO.

Como visto, a desconsideração da personalidade jurídica foi pela primeira vez consagrada pelo Código de Processo Civil pela Lei 13.256 de 04.02.2016. Até então, não havia no ordenamento jurídico brasileiro previsão expressa acerca da aplicabilidade do instituto e do procedimento a ser adotado. Inovou, então, o novo Código de Processo Civil ao incluir o instituto dentre as hipóteses de intervenção de terceiros do Título III.

Trata-se, como ensina o professor André Roque de *uma modalidade forçada de intervenção de terceiros, que amplia subjetivamente a relação processual originária, sem alterar-lhe o conteúdo, o objeto litigioso*.⁴⁴

É importante, antes de mais nada, que se entenda o que é uma intervenção de terceiro que vem tratada no Título III do Livro III do Código de Processo Civil.

A intervenção de terceiros, de uma maneira bem sucinta, é a possibilidade de um terceiro, que não integra a relação jurídica processual, vir a fazer parte deste processo que já está em trâmite, possibilitando desta forma a economia processual e harmonização das decisões.

As modalidades de intervenção são (i) a assistência, (ii) a denunciação da lide, (iii) o chamamento ao processo, (iv) o *amicus curiae* e (v) o incidente da desconsideração da personalidade jurídica. A modalidade que nos interessa aqui é esta última, mas todas elas estão expressamente previstas no diploma legal, havendo ainda previsões esparsas de intervenção em outros diplomas, como na Lei 9.469/1997, que dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta.

Pois bem. Não havendo dúvidas quanto à modalidade de intervenção de terceiros da desconsideração, é importante destacar também que a doutrina é clara

⁴⁴Gajardoni, Fernando da Fonseca. Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015: Parte Geral – São Paulo: Forense, 2015 p. 434.

no sentido de que o litisconsórcio formado em decorrência da desconsideração da personalidade jurídica é ulterior, passivo, facultativo e simples.

É ulterior porque, ao contrário do litisconsórcio inicial que surge já com a formação do processo, se forma quando o processo já está em curso. Passivo porque amplia subjetivamente a relação processual, acrescentando parte ao polo passivo da ação. Facultativo porque decorre de opção da parte requerer a sua formação. E simples porque o litisconsórcio ali formado comporta julgamento diverso para cada um dos réus, não havendo necessidade de sentença uniforme para todos.

É importante ressaltar também que a inovação se deu não só quanto à previsão expressa da modalidade que antes era inexistente, mas também quanto ao procedimento adotado para requerimento da desconsideração da personalidade jurídica.

O novo diploma legal prevê que a forma processual adequada à desconsideração da personalidade jurídica é a de incidente. Tal previsão está disposta em seu capítulo IV, mais especificamente dentre os artigos 133 e 137. É possível encontrar também ao longo da Lei disposição a respeito da forma processual a ser adotada. Nesse sentido, verifica-se o art. 795, §4º, segundo o qual para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto no Código.

Não há dúvidas, portanto, que a forma processual adequada para o requerimento de desconsideração da personalidade jurídica é a de incidente processual e depende de pedido da parte ou do Ministério Público, na forma do artigo 133 do Código de Processo Civil. Afastada está, portanto, a possibilidade de instauração do incidente de ofício pelo Juiz.

A forma de incidente, contudo, se trata de uma regra da qual o Código prevê exceção. Segundo o §2º do art. 134 dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

Alexandre Freitas Câmara muito bem explica o motivo de tal exceção:

Há casos em que o demandante, já na petição inicial (de processo cognitivo ou executivo) postula a desconsideração da personalidade jurídica. Nesse caso, a citação do sócio ou da sociedade (esta no caso de desconsideração inversa) já será requerida originariamente. Ocorrendo esse requerimento originário, a demanda terá sido proposta em face do indigitado devedor da obrigação (seja a sociedade, seja o sócio) e, também, em face de terceiro (o sócio ou a sociedade, conforme o caso) que, não obstante estranho à relação obrigacional deduzida no processo, pode ser considerado também responsável pelo pagamento. Formar-se-á, aí, então, um litisconsórcio passivo originário entre a sociedade e o sócio. E em razão desse litisconsórcio originário não haverá qualquer motivo para instauração do incidente. Afinal, nesse feito a pretensão à desconsideração integrará o próprio objeto do processo, cabendo ao juiz, ao proferir decisão sobre o ponto, acolher ou rejeitar tal pretensão.

Sendo originário o litisconsórcio entre sociedade e sócio, não haveria como tratar o indigitado responsável (não devedor), seja ele sócio, seja a sociedade (no caso de desconsideração inversa), como terceiro, motivo pelo qual não haveria qualquer sentido em instaurar-se um incidente que tem por fim promover uma intervenção de terceiro.⁴⁵

Neste caso, em que há dispensa do incidente e o pedido é feito já no corpo da petição inicial, verifica-se a hipótese de litisconsórcio originário, passivo, facultativo e sucessivo.

Como ensina André Roque, à semelhança da cumulação sucessiva de pedidos, o sócio ou a pessoa jurídica somente serão responsabilizados a título de desconsideração se o responsável originário também o for. Caso os pedidos contra sejam julgados improcedentes ou extintos sem resolução de mérito, prejudicada estará a análise da desconsideração.⁴⁶

Salvo essa exceção, portanto, a instauração do incidente é obrigatória para que se possa ampliar subjetivamente o processo. Não fosse assim, não seria legítima a decisão que determina que a execução contra a sociedade recaia também sobre o patrimônio do sócio que sequer era parte no processo.

⁴⁵Wambier, Teresa Arruda Alvim. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil, coordenadores – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 430.

⁴⁶Gajardoni, Fernando da Fonseca. Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015: parte geral/Fernando da Fonseca Gajardoni – São Paulo: Forense 2015, p. 437.

Segundo Cassio Scarpinella Bueno, o que o CPC de 2015 exige é que as razões de direito material que justificam a responsabilização do sócio pela pessoa jurídica (e vice-versa, no caso da desconsideração inversa) sejam apuradas (e decididas) em amplo e prévio contraditório. E explica: *A citação exigida pelo art. 135 justifica-se porque até aquele instante o sócio ou a pessoa jurídica é terceiro em relação ao processo. E somente após analisada a manifestação dos citados e produzidas eventuais provas, sempre com observância do contraditório, é que o magistrado decidirá pela desconsideração ou não, tal qual requerida.*⁴⁷

E tendo em mente que a forma processual adequada para a desconsideração da personalidade jurídica é a de incidente, questiona-se qual seria o momento adequado para esse pedido, uma vez que tal questão foi objeto de muita discussão pela doutrina.

O Superior Tribunal de Justiça já havia se pronunciado sobre o assunto, esclarecendo que a desconsideração pode ocorrer em qualquer fase do processo, mas o Código de Processo de 2015 acabou com qualquer dúvida quanto a isso, quando estipulou de maneira expressa que o incidente é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial (art. 134, caput, CPC).

Nesse sentido é o que esclarece a decisão do Ministro Relator Luis Felipe Salomão do Superior Tribunal de Justiça:

Nos termos do novo regramento (art. 134) o pedido de desconsideração não inaugura ação autônoma, mas se instaura incidentalmente, podendo ter início nas fases de conhecimento, cumprimento de sentença e executiva, opção, inclusive, há muito admitida pela jurisprudência, tendo a normatização empreendida pelo novo diploma o mérito de revestir de segurança a questão jurídica.⁴⁸

⁴⁷ Bueno, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil – inteiramente estruturado à luz do novo CPC – lei 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 158.

⁴⁸ STJ. RESP 1.729.554-SP (2017/0306831-0), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 08.05.2018.

Também quanto ao procedimento a ser observado pelo incidente, muito bem andou o novo Código de Processo Civil que traz detalhada e expressamente de que maneira deverão ser realizados os pedidos e tomadas as medidas.

O artigo 133, *caput* do CPC, reproduzindo em parte o que já previa o artigo 50 do Código Civil, estipulou que a desconsideração da personalidade jurídica depende do pedido da parte ou do Ministério Público, estando afastada, portanto, a possibilidade de instauração de ofício pelo Juiz.

Esse pedido deverá conter a fundamentação, com demonstração dos pressupostos legais, bem como o pedido. Sobre o pedido, faz uma crítica ao artigo 134, §4º, o autor Daniel Amorim, ao dizer que o novo CPC não foi feliz em prever que no requerimento *cabe à parte demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais para a desconsideração, o que pode passar a equivocada impressão de que o requerente terá que apresentar prova pré constituída e liminarmente demonstrar o cabimento da desconsideração*.⁴⁹

Segundo ele, na realidade, o requerente não deve demonstrar, mas apenas alegar o preenchimento dos requisitos legais para a desconsideração, tendo o direito a produção de prova para convencer o juízo de sua alegação, inclusive conforme expressamente previsto nos artigos 135 e 136 do Novo CPC, ao preverem expressamente a possibilidade de instrução probatória no incidente ora analisado.⁵⁰

Instaurando o incidente processual, então, haverá análise da plausibilidade das alegações pelo juiz que determinará a comunicação ao cartório distribuidor para que as “novas partes” passem a constar dos registros de distribuição, como determina o §1º do artigo 134 do Código de Processo Civil.

⁴⁹ Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume Único, 8 ed. – Salvador: Ed. JusPodvim, 2016. p. 310.

⁵⁰ Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume Único, 8 ed. – Salvador: Ed. JusPodvim, 2016. p. 310.

O que se questiona neste momento, e é objeto de divergência doutrinária, é se a instauração ocorre no momento em que há o pedido pela parte ou apenas quando admitido o pedido pelo juízo.

Para Daniel Amorim, em termos de segurança jurídica, em especial para fins de configuração de fraude à execução, é mais adequado entender-se que o mero pedido da parte já seja o suficiente para a instauração do incidente, até mesmo porque, infelizmente, a decisão judicial pode demorar a ser proferida, o que deixará tempo para manobras fraudulentas do sujeito que poderá ser atingido pela desconsideração.⁵¹

Pois bem. Até aí andou muito bem o novo Código de Processo Civil. Previu-se que (i) a desconsideração em regra deve ser instaurada, em regra, na forma de incidente, havendo exceção quando o pedido ocorrer já na petição inicial e que (ii) seu pedido poderá ser feito pelas partes ou pelo ministério Público, ainda que atuando apenas como fiscal da ordem jurídica (art. 178), não podendo ser o incidente instaurado de ofício pelo juiz.

Surgiram críticas, contudo, quanto à suspensão automática do processo principal quando da instauração do incidente, prevista do §2º do artigo 134 do Código de Processo Civil.

Segundo tal dispositivo, a instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do §2º, que trata da dispensa da necessidade de instauração de incidente quando a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na própria petição inicial.

O motivo da crítica a essa previsão de suspensão do processo foi muito bem explicada também pelo doutrinador André Roque, a teor da transcrição abaixo:

Instaurado o incidente, haverá automaticamente a suspensão imprópria do processo. Na verdade, o que fica suspenso é apenas o procedimento principal, a fim de que o incidente seja processado. A opção legislativa,

⁵¹ Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume Único, 8 ed. – Salvador: Ed. JusPodvim, 2016. p. 310.

entretanto, mostra-se criticável. Se estiver em curso a fase instrutória em um processo de conhecimento – por exemplo, uma perícia -, pode não fazer sentido paralisar o processo principal, aguardando a definição da questão da desconconsideração. Não haveria prejuízo para o sócio ou a pessoa jurídica que venham a ser atingidos pelo deferimento da desconconsideração porque eles serão citados no início do incidente (artigo 135) e poderiam, sem qualquer dificuldade, participar também da produção da prova que estivesse em curso no procedimento principal. Pior ainda é o caso da execução: uma vez instaurado o incidente, ficaria suspenso o procedimento principal e o requerente não poderia prosseguir com os atos executivos, mesmo permanecendo o responsável originário na relação jurídica processual e possuindo bens penhoráveis para, ao menos, satisfazer parte do crédito executado. Em outras situações, especialmente em relação ao incidente deflagrado na pendência de processo de conhecimento já em condições de julgamento, aí sim seria adequada a suspensão, a fim de evitar a formação de título executivo judicial sem a participação do sócio ou da pessoa jurídica a serem atingidos pela desconconsideração. Seria melhor, assim, que se tivesse previsto a não suspensividade automática do incidente, sem prejuízo de eventual atribuição de efeito suspensivo *ope judicis*, desde que presentes os requisitos da tutela provisória de urgência (art. 300).⁵²

De fato, a suspensividade automática do processo principal pode acabar por prejudicar o autor da ação, que se vê impossibilitado de prosseguir com os atos processuais. Ao se pensar num processo em fase de execução, por exemplo, o Exequente não só fica impossibilitado de prosseguir com os atos executivos, como também o Executado pode, através de manobras fraudulentas, utilizar desse tempo para ocultar os seus bens, dificultando ainda mais a satisfação do crédito e o encerramento do processo.

Como bem ressaltado pelo doutrinador, melhor seria se o Código de Processo Civil não tivesse previsto suspensividade automática do incidente, mas tão somente a possibilidade de atribuição, acaso presentes os requisitos da tutela provisória de urgência.

Por se tratar de previsão recente, apenas a prática e aplicação da previsão demonstrará se os executados aproveitarão dessa suspensão para a prática de manobras que dificultem ainda mais a obtenção do crédito exequendo pelos exequentes, mas tudo leva a crer que existe aí uma brecha para que assim ajam.

Pois bem, com a instauração do incidente forma-se então nova relação processual com a expansão do polo passivo da ação. E por assim ser, conforme

⁵²Gajardoni, Fernando da Fonseca. Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015: parte geral/Fernando da Fonseca Gajardoni – São Paulo: Forense 2015. P. 437/438.

dispõe o artigo 135 do Código de Processo Civil, o sócio ou a pessoa jurídica (no caso de desconsideração inversa) será citado para se manifestar e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 dias.

A intimação da parte consiste, de fato, em citação, uma vez que o incidente, como já visto, trata-se de hipótese de intervenção de terceiro chamado a integrar a relação processual já existente e da qual não tinha conhecimento. O citado, então, passará a efetivamente, integrar a relação processual na qualidade de parte.

Tal previsão, então, consagrou o princípio do contraditório para a desconsideração da personalidade jurídica, o que até então era objeto de discussão pela doutrina e jurisprudência. Em muitas oportunidades foram proferidas decisões de desconsideração da personalidade jurídica sem que fosse observado o contraditório.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, por diversas vezes decretou a nulidade de decisões proferidas sem que houvesse a intimação da parte a quem se referisse o pedido de desconsideração. A título de exemplo, vale a leitura de parte da decisão proferida no Recurso Especial de nº 686.112, de relatoria do Min. João Otávio de Noronha:

A controvérsia acerca da interpretação desse dispositivo legal diz respeito à necessidade ou não da citação dos sócios para fins de penhora de seus bens, na hipótese em que se dá a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade executada.

O art. 28 do CDC permite expressamente a desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade que age em detrimento do consumidor, especificamente quando houver ato fraudulento consubstanciado no excesso de poder, abuso de direito, infração da lei, ato ou fato ilícito, e violação dos estatutos ou contrato social da empresa fornecedora. Ademais, o *caput* daquele dispositivo fala ainda em possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da empresa fornecedora em relação de consumo, quando houver falência ou estado de insolvência da pessoa jurídica, seu encerramento ou inatividade provocados por má-administração.

Ocorrendo a aplicação desse instituto, pode o órgão julgador desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade para buscar bens com vistas a garantir o cumprimento da obrigação. Malgrado a limitação da responsabilidade de determinados tipos de sociedade tenha por fim o fortalecimento da iniciativa empresarial na realização de seus objetivos, não pode essa proteção ser utilizada de modo abusivo.

Na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade no âmbito civil, é usual que, após o pedido da parte, já em sede de execução, o juiz defira a pretendida desconsideração e, por conseguinte, determine a penhora dos bens do sócio. Nesse cenário, inclusive, mostra-se viável, a teor da orientação desta Corte, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da empresa por simples decisão interlocutória no processo de execução, sendo, pois, desnecessário o ajuizamento de ação autônoma para esse fim. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: REsp n. 418.385/SP, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ de 3.9.2007; REsp n. 331.478/RJ, relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ de 20.11.2006; AgRg no REsp n. 798.095/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 1º.8.2006; e REsp n. 767.021/RJ, relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ de 12.9.2005.

No entanto, ainda que se considere que o órgão julgador pode decretar a desconsideração da personalidade jurídica no bojo do próprio processo, faz-se necessário quando da inclusão do sócio na execução, especificamente para que os seus bens sejam objeto de penhora pelos débitos da sociedade executada, a sua citação. Nessa hipótese, deve o sócio ser citado para integrar o processo de execução com a finalidade de conferir eficácia aos postulados do contraditório e da ampla defesa; de modo que, havendo a penhora direta dos bens do sócio sem o contraditório prévio, manifesta é a inobservância dos preceitos mencionados.

Transcrevo, por oportuno, trecho da obra de Gilberto Gomes Bruschi e Sérgio Shimura que trata da matéria: "Para nós, um ponto intransponível! Se admitirmos a desconsideração da personalidade jurídica nos próprios autos da execução, ainda que o sócio seja citado para ingressar no feito, minimizando o problema da ausência de contraditório, ainda assim haverá inversão dos ônus do processo porque, embargando a execução, caberia a ele sócio e agora executado provar que não agiu de forma abusiva ou fraudulenta quando isso é de responsabilidade do credor. Ora, imaginando-se essa possibilidade, para fins de argumentação, o sócio deve ser citado para integrar o processo de execução para que possa exercer, de forma plena, os princípios do devido processo legal e, em particular, do contraditório e da ampla e defesa, repudiando-se, assim, a penhora direta de bens do sócio sem contraditório prévio e em execução sem título, com violação flagrante do devido processo legal por cerceamento de direito de defesa. Sendo assim, na execução de título extrajudicial, seria necessário abrir prazo para pagamento (art. 652 do CPC), permitindo-lhe, porém, a oposição de embargos à execução para discutir a questão. Assim, poderia o sócio ser incluído como parte, não havendo necessidade de instauração de processo autônomo de conhecimento." (Gilberto Gomes Bruschi e Sérgio Shimura, *Execução civil e cumprimento de sentença*, volume 2, Editora Método.)

Desse modo, concluo que o posicionamento consignado no acórdão recorrido no sentido de que se impõe a citação do sócio nos casos em que seus bens sejam objeto de penhora por débito da sociedade executada que teve a sua personalidade jurídica desconsiderada não contraria o disposto no art. 214, § 1º, do CPC.⁵³

O que se verifica, portanto, é que o Código de Processo Civil acabou com mais uma discussão que era muito frequente antes da previsão expressa do

⁵³ STJ, 4ª Turma, REsp 686.112/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 08.04.2008, Dje 28.04.2008.

instituto. Não restam mais dúvidas de que o princípio do contraditório deverá ser observado também no incidente da desconsideração da personalidade jurídica.

Vale destacar, contudo, que esse contraditório poderá ser diferido, acaso comprovada a necessidade de concessão de tutela de urgência. Isso porque, em se tratando da tutela de urgência, é importante ressaltar que é perfeitamente possível que o pedido de instauração de incidente da desconsideração já venha acompanhado do pedido de concessão, desde que demonstrados os requisitos do artigo 300 do Código de Processo Civil, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou resultado útil ao processo. Neste caso o contraditório será diferido e a prolação da decisão será feita antes da citação dos sócios e/ou sociedade.

5. DA DECISÃO DA DESCONSIDERAÇÃO. NATUREZA E EFEITOS PROCESSUAIS E PRÁTICOS.

5.1. Natureza Jurídica.

A desconsideração da personalidade jurídica, como visto com mais profundidade nos capítulos anteriores, é uma modalidade de intervenção de terceiros. Uma modalidade coata (não voluntária) mediante a qual se pede o reconhecimento, em certos casos autorizados pelo direito material, da extensão a alguém que não é parte da legitimidade passiva à execução forçada neste processo, atual ou futura e eventual. Trata-se, assim, de uma demanda incidental ao processo em curso cujo mérito é o pedido de extensão de responsabilidade a um terceiro.⁵⁴

A natureza da decisão proferida neste incidente é expressamente prevista pelo Código de Processo Civil. Estabelece o artigo 136 do Código de Processo Civil que *concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória*. Prevê ainda o parágrafo único do mesmo dispositivo que *se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno*.

Sobre o assunto é muito importante destacar as ponderações feitas por Câmara:

O pronunciamento judicial que resolve o incidente tem natureza de decisão interlocutória, já que não põe termo ao processo ou a qualquer de suas fases (cognitiva ou executiva). Assim, não sendo este provimento judicial capaz de enquadrar-se no disposto no art. 203, §1º, deve ser classificado como decisão interlocutória, nos precisos termos do §2º desse mesmo art. 203. E sendo este ato uma decisão interlocutória, o recurso admissível só pode ser o agravo de instrumento.

Vale ressaltar, porém, a importância de a lei expressamente afirmar o cabimento do agravo de instrumento, já que pelo sistema recursal inaugurado pelo Código de Processo Civil só são agraváveis as decisões interlocutórias expressamente indicadas por lei (art. 1.015). Pois o cabimento do agravo de instrumento contra a decisão que resolve o incidente de desconsideração da personalidade jurídica vem expressamente afirmado no art. 1.015, IV.

É agravável não só a decisão *de meritis* proferida no incidente, mas também a que o declara inadmissível (liminarmente ou após a manifestação do requerido). Eventuais outras decisões interlocutórias proferidas no curso do

⁵⁴Beneduzi, Renato Resende. Comentários ao Código de processo Civil: artigos 70 ao 187 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. – Coleção Comentários ao Código de Processo Civil, v.2/Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. p. 267.

incidente, porém (como seria o caso de alguma decisão que indeferisse a produção de certa prova), serão irrecorríveis, só podendo ser impugnadas juntamente com a decisão final do incidente (aplicando-se, por analogia, o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 1009 do CPC⁵⁵)⁵⁶

Em se tratando do *caput* em primeiro lugar, por ser a decisão proferida no incidente uma decisão interlocutória será uma decisão recorrível mediante agravo de instrumento, na forma do art. 1.015, IV.⁵⁷ E neste caso, por ser o agravo de instrumento um recurso não dotado de efeito suspensivo automático, tão logo decidido o incidente, colocar-se-á fim à suspensão do procedimento principal, salvo quando atribuído o efeito suspensivo ao recurso.

Com relação ao parágrafo único do dispositivo, extrai-se que se o incidente for instaurado diretamente perante o Tribunal, o recurso cabível será o de agravo interno, por ser a decisão ali proferida uma decisão monocrática interlocutória.

Em qualquer das hipóteses, a decisão, como ensina Alexandre Freitas Câmara, *deverá ser proferida com base em juízo de certeza, de modo a afirmar se estão ou não presentes os requisitos da desconsideração da personalidade jurídica e, por consequência, permitir que se estenda a atividade executiva (já iniciada ou ainda por iniciar-se) ao patrimônio do sócio ou da sociedade, conforme o caso.*⁵⁸

⁵⁵ §1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

§2º Se as questões referidas no §1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas.

⁵⁶ Wambier, Teresa Arruda Alvim. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil, coordenadores – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015., p. 434.

⁵⁷ Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

⁵⁸ Wambier, Teresa Arruda Alvim. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil, coordenadores – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 434.

Ainda a respeito da natureza da decisão proferida no incidente da desconconsideração da personalidade jurídica, é importante mencionar a ressalva que faz André Roque acerca da sistemática adotada no caso de desconconsideração requerida na petição inicial. Segundo o Autor, nesse caso, se o pleito for decidido como um capítulo da sentença, o recurso cabível será a apelação (art. 1.009, §3º), como manifestação do princípio da unirrecorribilidade. Caso, por outro lado, o juiz resolva fatiar a apreciação dos pedidos formulados na petição inicial e decida especificamente a desconconsideração a título de julgamento antecipado parcial do mérito, o provimento deverá ser impugnado por agravo de instrumento.⁵⁹

É importante se ter em mente, então, que o procedimento adotado quando do requerimento da desconconsideração da personalidade jurídica e também o procedimento adotado pelo magistrado quando da decisão é que ditarão qual o recurso cabível na hipótese. Se o requerimento se der na forma de incidente, o recurso será de agravo de instrumento ou agravo interno, a depender da fase e instância em que instaurado. Já se o requerimento for feito ainda no início da ação, mediante petição inicial, o recurso poderá ser o de apelação ou de agravo de instrumento, a depender da forma de julgamento adotada pelo julgador.

Em qualquer das hipóteses, a decisão que acolhe ou rejeita a desconconsideração da personalidade jurídica é uma decisão fundada em cognição exauriente, que julga o mérito do incidente de desconconsideração (julgando procedente ou improcedente uma demanda incidental cujo objeto é o pedido de extensão da legitimidade executiva passiva a um terceiro). Ainda quando se tratar de uma decisão interlocutória. Por isso, como qualquer decisão de mérito, ainda que o mérito do incidente não se confunda com o mérito da demanda em cujo processo se instaurou o incidente, ela é atingida pela imutabilidade da coisa julgada material naquilo, obviamente, que foi explicitamente decidido. Deste modo, as partes do incidente não poderão futuramente, no mesmo processo ou ainda em outro qualquer, recolocar eficazmente em discussão a questão da extensão ao terceiro da

⁵⁹Gajardoni, Fernando da Fonseca. Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015: parte geral/Fernando da Fonseca Gajardoni – São Paulo: Forense 2015. P. 422

responsabilidade executiva decidida no incidente (efeito positivo da coisa julgada material). Por este mesmo motivo, a decisão que julga o mérito do incidente, ao transitar em julgado, é impugnável mediante ação rescisória.⁶⁰

5.2.Efeitos.

Desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade, passa a ser perfeitamente possível e legítimo que o patrimônio dos sócios, ou da sociedade que teve a personalidade desconsiderada sejam alcançados para a satisfação da execução.

Segundo Cassio Scarpinella, o artigo 137 do Código de Processo Civil, aponta uma das consequências do acolhimento do pedido, a de reconhecer a ineficácia da alienação ou da oneração de bens em relação àquele que formulou o pedido. Trata-se, pois de um caso de fraude à execução (art. 792, V), a qual se verifica a partir da citação da parte cuja personalidade foi desconsiderada (art. 792, §3º).⁶¹

Em se falando em fraude à execução que é prevista no artigo 137 do Código de processo Civil, são importantes três considerações: (i) *fraude à execução consiste na realização de um ato de disposição ou oneração de coisa ou direito depois de instaurado um processo cujo resultado poderá ser impossível sem lançar mão deste bem*;⁶² (ii) *a sanção jurídica aplicável à alienação em fraude à execução é a sua ineficácia em relação ao prejudicado (art. 792, §1º)*;⁶³ (iii) *o ato será ineficaz*

⁶⁰Beneduzi, Renato Resende. Comentários ao Código de processo Civil: artigos 70 ao 187 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. – Coleção Comentários ao Código de Processo Civil, v.2/Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. p. 267.

⁶¹ Bueno, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015/Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 159

⁶²Dinamarco, Cândido Rangel, Instituições de direito processual civil, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 440.

⁶³Beneduzi, Renato Resende. Comentários ao Código de processo Civil: artigos 70 ao 187 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. – Coleção Comentários ao Código de Processo Civil, v.2/Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. p. 267.

*em relação ao requerente a partir do momento em que o terceiro é citado, se a desconsideração vier a ser deferida.*⁶⁴

Pois bem. Em que pese o Código de Processo Civil aponte como principal consequência do acolhimento do pedido de desconsideração o reconhecimento imediato de fraude à execução, o professor e doutrinador Araken de Assis faz a ressalva de que há *efeitos anteriores e mais extensos*.

Ocorrendo a desconsideração da pessoa jurídica, a pessoa suscitada, geralmente sócio(s), mas excepcionalmente a sociedade, empresária ou não (desconsideração inversa), e pessoa alheia (ou controlador de fato), integrar-se-á ao processo na qualidade de parte principal. Consoante a oportunidade dessa integração à relação processual pendente, no processo de conhecimento, seja autônoma (art. 134, §2º), seja incidente (art. 133, caput) a pretensão do suscitante, formar-se-á perante o suscitado e a autoridade da coisa julgada. Dependerá do entendimento porventura adotado quanto à existência dessa peculiar eficácia no processo executivo e identificação de análoga autoridade na decisão tomada, *incidenter tantum*, no curso da execução fundada em título judicial ou extrajudicial.⁶⁵

Na execução, a(s) pessoa(s) atingidas pela desconsideração tornar-se-á(ão) parte passiva legítima, abandonando-se a posição de terceiro(s). Logo, reagirá contra a execução injusta ou ilegal (superada a desconsideração, porque já resolvida), mediante embargos ou impugnação.⁶⁶

E ao se falar da resposta daquele que passa a integrar o polo passivo da demanda, vale mais uma vez ressaltar que o seu ingresso na ação não será feito por meio de intimação, como é comum em incidentes processuais, mas sim por meio de

⁶⁴Beneduzi, Renato Resende. Comentários ao Código de processo Civil: artigos 70 ao 187 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. – Coleção Comentários ao Código de Processo Civil, v.2/Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. p. 267.

⁶⁵Assis, Araken de. Processo civil brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo I, 2ª ed. ver. e atual. – São Paul: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 149.

⁶⁶ Assis, Araken de. Processo civil brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo I, 2ª ed. ver. e atual. – São Paul: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 150.

citação, já que está a se chamar terceiro a ingressar na ação para apresentação de defesa.

5.3. A responsabilidade patrimonial em caso de desconsideração da personalidade jurídica.

O artigo 785 do Código de Processo Civil estabelece que *o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições contidas em lei.*

O dispositivo legal traz previsão a respeito da responsabilidade patrimonial. Tal previsão, contudo, diz respeito à regra geral, pela qual, estando inadimplente o sujeito, o seu patrimônio, após procedimento próprio e em via executiva, será submetido à satisfação do credor.

A regra geral, como ensina o professor Thiago Ferreira Siqueira, se desdobra em outras duas: (i) em geral todos os bens do devedor estão sujeitos à responsabilidade patrimonial; e (ii) normalmente, apenas o patrimônio do devedor é responsável.⁶⁷

Essa regra, contudo, comporta exceções. Dentre elas, a hipótese verificada em caso de desconsideração da personalidade jurídica tratada ao longo deste trabalho.

Como visto ao longo deste trabalho a partir do momento em que se adquire personalidade jurídica, o patrimônio das pessoas jurídicas é distinto do de seus sócios. A sociedade, por lei, torna-se titular de direitos e obrigações, de modo que, em regra, não responde por obrigações assumidas por seus sócios, como estes também não respondem pelas obrigações contraídas pela sociedade.

É possível, contudo, quando verificadas situações fraudulentas caracterizadas pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial seja desconsiderada a

⁶⁷ Siqueira, Thiago Ferreira. A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil. Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.148/149.

personalidade jurídica para que, assim, possa o sócio responder pelas obrigações da sociedade, ou ainda, a sociedade responder por dívidas do sócio. Existindo, portanto, o abuso fraudulento desta autonomia patrimonial que é efeito da constituição da personalidade jurídica, esta poderá, por ordem judicial, ser desconsiderada para que se desfaça essa distinção entre os patrimônios, ainda momentaneamente e em situação específica.

Não se trata, vale dizer, de extinção ou dissolução da pessoa jurídica, ou tampouco de tornar devedor sujeito que inicialmente não era. O que ocorre na verdade, é a extensão da responsabilidade patrimonial ao sócio pela dívida da pessoa jurídica, ou na hipótese inversa, à pessoa jurídica, por débito do sócio.⁶⁸

Nestes casos, então, a hipótese será, nitidamente de responsabilidade patrimonial secundária, na medida em que bens de sujeito alheio à obrigação – o sócio, na desconsideração direta; a pessoa jurídica na desconsideração inversa – poderão sofrer atos de expropriação executiva na decorrência de seu inadimplemento.⁶⁹

O professor e doutrinador esclarece ainda que é importante deixar claro que, mesmo entre as partes, a decisão a respeito da desconsideração da personalidade jurídica – e, portanto, a coisa julgada da que sobre ela se forma – apenas se refere à específica dívida que seja discutida no processo. O credor não poderá, portanto, se valer da decisão que tenha decretado a desconsideração da personalidade jurídica em outro processo em que esteja em jogo dívida distinta.⁷⁰

O entendimento do professor corrobora, como se vê, com o quanto discorrido ao longo deste trabalho acerca do que consiste, de fato, a desconsideração da personalidade jurídica. Isso porque, como já destacado diversas vezes, a

⁶⁸ Siqueira, Thiago Ferreira. A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil. Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.231.

⁶⁹ Siqueira, Thiago Ferreira. A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil. Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.231.

⁷⁰ Siqueira, Thiago Ferreira. A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil. Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.231.

desconsideração torna ineficaz a personificação societária para determinadas situações, de uma maneira específica e pontual.

5.4. Interesse processual na desconsideração da personalidade jurídica.

Por fim, é de grande valia tratar, ainda a respeito da responsabilidade do sócio, sobre o seu interesse processual em obter a desconsideração. Isso porque, muito se questiona se a responsabilidade do sócio em caso de desconsideração da personalidade jurídica é considerada uma responsabilidade solidária ou somente uma responsabilidade subsidiária.

Em outras palavras, questiona-se se o sócio poderá ser responsabilizado apenas em caso de insolvência da pessoa jurídica, ou se assim poderá ser responsabilizado em qualquer condição, ainda que a empresa esteja solvente.

A bem da verdade, a questão envolve a responsabilidade principal e subsidiária, já que solidariedade e subsidiariedade não se opõem. Como se sabe, inúmeras são as condenações que declaram o sujeito responsável solidária e subsidiariamente por determinada obrigação.

A doutrina muito diverge a esse respeito. Enquanto muitos entendem que a responsabilidade principal não depende da insolvência da pessoa jurídica para implementar-se, outros também entendem que apenas há interesse de agir para a desconsideração da personalidade jurídica quando não mais houver suficiente patrimônio para garantia da obrigação.

O professor Dinamarco, então, com opinião que parece esclarecer a divergência acima apontada, explica que a tutela jurisdicional será útil quando trazer ao requerente *uma melhora em sua situação comum*.⁷¹

⁷¹Dinamarco, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo, Malheiros, 2017, p.353.

Assim, ao que parece, a posição mais adequada a resolver o impasse é a de que a insolvência da pessoa jurídica não é condição para o interesse do requerente em postular a desconsideração, assim como também não é para o seu provimento pelo judiciário, bastando que, havendo abuso da personalidade jurídica, haja interesse do exequente na desconsideração, por se tratar aquela condição de uma situação mais vantajosa ao credor.

6. CONCLUSÃO.

Ao longo do presente trabalho restou evidenciada a importância do estudo do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, sobretudo em razão da inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, lei 13.256/2016.

Durante todo o trabalho, pode-se verificar a quão necessária era a positivação do instituto, dadas as divergências de aplicação e procedimento a ser seguido, em que pese viessem os operadores do direito se utilizando da prática forense, fundamentados pelo posicionamento doutrinário e jurisprudencial.

Ao que parece, com a positivação expressa, muitas dúvidas foram sanadas, facilitando, assim, a aplicação do instituto, agora previsto dentre as modalidades de intervenção de terceiros.

Buscou-se neste trabalho demonstrar ao longo de sua dissertação as conclusões verificadas no decorrer de seu estudo, razão pela qual, serão elas sintetizadas na forma de tópicos, abaixo.

O Instituto, em que pese há muito conhecido pela doutrina e jurisprudência, somente agora passou a ter o seu procedimento previsto pela legislação, para abarcar de vez com as frequentes dúvidas acerca de sua aplicação e efeitos.

Para que se entenda em que consiste a desconsideração da personalidade jurídica é imprescindível um estudo prévio a respeito da personalidade jurídica e os efeitos dela decorrentes.

No ordenamento jurídico brasileiro, a pessoa jurídica não se confunde com a pessoa física de seus sócios.

A sociedade, como visto, tem sua constituição e dissolução prevista em lei e a sua personificação traz como consequência imediata a formação da personalidade jurídica própria da sociedade, possibilitando a distinção da sociedade, para os

efeitos jurídicos, dos membros que a compõe, tornando-se a pessoa jurídica sujeito autônomo de direitos e obrigações.

A partir do momento em que é constituída a pessoa jurídica, passa a sociedade a ter patrimônio próprio.

A sociedade constituída responde ilimitadamente perante terceiros pelas obrigações por ela assumidas, enquanto que os sócios poderão limitar suas responsabilidades, a depender do tipo societário registrado.

A distinção entre a sociedade e seus membros, da qual decorre também a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, acaba (muitas vezes) por ensejar, ou até mesmo “instigar” a prática de fraudes ou abuso de direitos por aqueles que veem nesta autonomia a possibilidade de utilização abusiva da personalidade jurídica e esquivas fraudulentas de responsabilidades perante terceiros/credores.

A desconconsideração da personalidade jurídica surgiu para remediar a utilização abusiva da personalidade jurídica, tendo por escopo o afastamento da autonomia que as pessoas jurídicas têm perante seus membros sem que seja a sociedade invalidada ou dissolvida.

Trata-se a desconconsideração da personalidade jurídica de uma condição pontual estabelecida com o objetivo exclusivo de evitar eventual tentativa de fraude pelos sócios ou pela sociedade (em caso de desconconsideração inversa). Trata-se de m afastamento momentâneo da autonomia entre o patrimônio da sociedade e de seus sócios, não havendo que se falar em nulidade da pessoa jurídica.

A desconconsideração da personalidade jurídica foi pela primeira vez consagrada pelo Código de Processo Civil pela Lei 13.256 de 04.02.2016. Até então, não havia no ordenamento jurídico brasileiro previsão expressa acerca da aplicabilidade do instituto e do procedimento a ser adotado. Inovou, então, o novo Código de Processo Civil ao incluir o instituto dentre as hipóteses de intervenção de terceiros do Título III.

Segundo os artigos 50 do Código Civil, o abuso da personalidade jurídica se caracteriza pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

A forma processual adequada à desconsideração da personalidade jurídica é a de incidente, havendo possibilidade de requerimento na própria petição inicial.

O incidente não deve ser observado tão somente na modalidade tradicional de desconsideração da personalidade jurídica, mas também em todas as suas outras modalidades.

O litisconsórcio formado em decorrência da desconsideração da personalidade jurídica, quando incidental, é ulterior, passivo, facultativo e simples.

Por se tratar de inclusão de um terceiro no polo passivo da ação, aquele que será incluído deverá ser citado para apresentar sua defesa, tendo o Código de processo Civil mais uma vez consagrado o princípio do contraditório.

A defesa daquele demandado, seja inicialmente, seja incidentalmente, é ampla e não se limita a questionar unicamente a desconsideração da personalidade jurídica.

O incidente da desconsideração da personalidade jurídica não pode ser instaurado *ex-officio*.

A decisão que acolhe ou rejeita a desconsideração da personalidade jurídica é uma decisão fundada em cognição exauriente, que julga o mérito do incidente de desconsideração (julgando procedente ou improcedente uma demanda incidental cujo objeto é o pedido de extensão da legitimidade executiva passiva a um terceiro

A natureza da decisão proferida no incidente é de *decisão interlocutória*, recorrível mediante agravo de instrumento. Se o incidente for instaurado em segundo grau, contudo, a decisão proferida pelo Relator será uma decisão monocrática interlocutória e será passível de reforma mediante a interposição de agravo interno.

A decisão que julga o mérito do incidente, ao transitar em julgado, é impugnável mediante ação rescisória.

Com o acolhimento do pedido de desconconsideração, reconhece-se a ineficácia da alienação ou da oneração de bens em relação àquele que formulou o pedido, com o reconhecimento automático de fraude à execução verificado a partir da citação da parte cuja personalidade foi desconconsiderada.

Desconconsiderada a personalidade jurídica da sociedade, passa a ser perfeitamente possível e legítimo que o patrimônio dos sócios, ou da sociedade que teve a personalidade desconconsiderada sejam alcançados para a satisfação da execução.

A insolvência da pessoa jurídica não é condição para o interesse do requerente em postular a desconconsideração, assim como também não é para o seu provimento pelo judiciário, bastando que, havendo abuso da personalidade jurídica, haja interesse do exequente na desconconsideração, por se tratar aquela condição de uma situação mais vantajosa ao credor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Alonso, Paulo Sergio Gomes. Pessoas Jurídica. Revista de Direito Empresarial | vol. 14/2016 | p. 33 - 53 | Mar - Abr / 2016 | DTR\2016\2908

Assis, Araken de. Processo Civil Brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo I – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Beneduzi, Renato Resende. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 70 a 187 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 – (Coleção Comentários ao Código de Processo Civil; v. 2/coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero).

BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 4. Ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, v. II, 1933.

Bueno, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015/Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos Materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º. Recurso especial nº 279.273 – SP. Recorrente: B Sete Participações S/A e outros. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 04 de dezembro de 2003. DJ em 29/03/2004.

Coelho, Fabio Ulhoa. Manual de direito comercial: direito de empresa/Fabio Ulhoa Coelho. 22. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder, Restrições à circulação de ações em companhia fechada, Revista de Direito Mercantil, vol. 36, 1977.

Didier Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2016. Vol. I.

Dinamarco, Cândido Rangel. Teoria Geral do novo processo civil. São Paulo: Malheiros, 2016.

Dinamarco, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo, Malheiros, 2017.

Fabretti, Láudio Camargo. Direito de empresa no novo Código Civil – São Paulo: Atlas, 2003.

Gajardoni, Fernando da Fonseca. Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral/Fernando da Fonseca Gajardoni. São Paulo: Forense, 2015.

Gajardoni, Fernando da Fonseca. Execução e Recursos: comentários ao CPC/2015/Fernando da Fonseca Gajardoni...[et al.]; - 1.ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

Globekner, Osmir Antonio. Informativo Jurídico. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor, ano XIII, n. 29.

Gonçalves, Maria Gabriela Venturoti Perrota Rios. Direito Comercial: direito de empresa e sociedades empresárias/Maria Gabriela Venturoti Perrota Rios Gonçalves, Victor Eduardo Rios Gonçalves – São Paulo: Saraiva, 2005.

MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro: direito societário: sociedades simples e empresariais. São Paulo: Atlas. 2004. v. 2º.

MARTINS. Fran. Curso de Direito Comercial. 30ª ed. atualizada por Carlos Henrique Abrão. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio. 3ªed. ref. E atual. Rio de Janeiro, Forense, 1991.

Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume único/Daniel Amorim Assumpção Neves – 8. Ed. – Salvador: Ed: JusPodvim, 2016.

Requião Rubens. Curso de Direito Comercial – São Paulo: Saraiva, 1998. Vol. 1: 23 ed.

Requião Rubens. Curso de Direito Comercial – São Paulo: Saraiva, 2003.

Wambier, Teresa Arruda Alvim. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil/Teresa Arruda Alvim Wambier...[et al.], coordenadores.—São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Wambier, Teresa Arruda Alvim, Wambier Luiz Rodrigues. Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Siqueira, Thiago Ferreira. A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil/Thiago Ferreira Siqueira; Arruda Alvim, orientador científico – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 – (Coleção Liebman/coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo Talamini).

STJ, 4ª Turma, REsp 686.112/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 08.04.2008, Dje 28.04.2008.