

**Coordenadoria Geral de Especialização Aperfeiçoamento e Extensão da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**

Beatriz Delácio Gnipper

**DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA DESCONSIDERAÇÃO SOB
A ÓTICA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL E AS INOVAÇÕES
INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 13.105/2015**

São Paulo, 2016

Beatriz Delácio Gnipper

**DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA DESCONSIDERAÇÃO SOB
A ÓTICA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL E AS INOVAÇÕES
INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 13.105/2015**

Trabalho de Conclusão do Curso de pós-
graduação lato sensu em Direito Processual
Civil na COGEAE-PUCSP

Orientador:

Professor Luciano Telles

**Coordenadoria Geral de Especialização Aperfeiçoamento e Extensão da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**

São Paulo, 2016

Beatriz Delácio Gnipper

**DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA DESCONSIDERAÇÃO SOB
A ÓTICA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL E AS INOVAÇÕES
INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 13.105/2015**

Trabalho de Conclusão do Curso de pós-
graduação lato sensu em Direito Processual
Civil na COGEAE-PUCSP

Aprovado em: ____/____/____

São Paulo, 2016

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo o estudo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, especialmente às grandes polêmicas que envolviam o instituto devido à ausência de regras claras sobre o procedimento a ser seguido quando de sua aplicação, o que vinha sendo até então regulado pela doutrina e pela jurisprudência. Contudo, ao longo do trabalho serão tecidas importantes considerações acerca das inovações introduzidas pela Lei nº 13.105/2015 a respeito do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Palavras chaves: pessoa jurídica; desconsideração da personalidade jurídica; civil; empresarial; processo civil; Lei nº 13.105/2015.

ABSTRACT

This dissertation aims at the Disregard of Legal Entity Doctrine, especially in regard of the great controversies that involved the institute due to lack of clear rules upon the procedure to be followed when of its applied, which had been so far regulated by doctrine and jurisprudence. Nevertheless, throughout this essay will be made important considerations about the innovations introduced by the Law 13.105/2015 on the Disregard of Legal Entity Doctrine institute.

Keywords: juridic person; Disregard Doctrine of the Juridical Personality; civil; corporate; civil procedure; Law n. 13.105//2015.

Sumário

INTRODUÇÃO	7
1. DA PERSONALIDADE JURÍDICA	9
1.1 Pessoa Jurídica	9
1.2 Personificação da Pessoa Jurídica	10
1.3 Da desconsideração da personalidade jurídica	12
1.3.1 Origem Histórica	12
1.3.2 Conceito	14
1.3.3 Pressupostos Autorizadores.....	15
1.3.4 Efeitos da desconsideração da personalidade jurídica.....	17
2. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	19
2.1 A desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil de 2002	19
2.2 A desconsideração da personalidade jurídica e seus aspectos processuais segundo a doutrina	21
2.2.1 Da legitimidade	21
2.2.2 Do ônus da prova.....	22
2.2.3 O devido processo legal	23
2.3 A desconsideração da personalidade jurídica na jurisprudência	29
3. DAS INOVAÇÕES DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA LEI Nº 13.105/2015.....	34
3.1 Considerações iniciais.....	34
3.2 Natureza: Incidente Processual	35
3.3 Legitimados	37
3.4 Cabimento, Requerimento na petição inicial e Suspensão do processo.....	39
3.5 Citação do sócio ou da pessoa jurídica.....	41
3.6 Resolução por decisão interlocutória	42
3.7 Desconsideração da personalidade jurídica e fraude à execução	43
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

INTRODUÇÃO

Muito se tem debatido sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Assim considerou-se oportuno estudo acerca do assunto, passando pelos aspectos conceituais, sua aplicabilidade no atual ordenamento jurídico brasileiro, até as inovações introduzidas recentemente pela Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil).

Ao que tudo indica, a grande polêmica envolvendo a desconsideração da personalidade jurídica é a falta de regras claras sobre o procedimento a ser seguido quando de sua aplicação.

Assim, visto que à matéria foi dedicado um Capítulo exclusivo no Novo Código de Processo Civil, intitulado “Do incidente da desconsideração da personalidade jurídica”, serão tecidas importantes considerações acerca dessas inovações, com o objetivo de tornar ainda mais atual a discussão sobre o tema.

O artigo foi dividido em três capítulos, dispostos de maneira a facilitar o entendimento do tema em questão e clarear os principais assuntos em estudo.

O primeiro capítulo foi construído a fim de apresentar uma parte conceitual e algumas noções sobre pessoa jurídica e aquisição da personalidade, para, assim, serem delineados os efeitos da aplicação da *Disregard Doctrine*.

Serão tecidas considerações breves acerca da origem histórica da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, bem como sua conceituação.

O segundo capítulo, tratará da aplicabilidade da teoria da desconsideração no atual ordenamento jurídico de acordo com a jurisprudência e a doutrina brasileira, especialmente antes da vigência do Novo Código de Processo Civil.

Este segundo capítulo elencará as condições imprescindíveis à aplicação da teoria em questão, bem como a identificação dos seus pressupostos teóricos.

O terceiro e último capítulo traz um estudo das inovações introduzidas pelo Novo Código de Processo Civil, que ao criar um Capítulo exclusivo sobre a desconsideração da personalidade jurídica, pôs fim a maioria das discussões e empecilhos que surgiam quando se pretendia aplicar o instituto.

Neste capítulo, consignaram-se as principais mudanças no que se refere ao procedimento a ser adotado quando da aplicação do instituto da desconsideração, sua

natureza, cabimento, requisitos, bem como suas consequências quando do acolhimento do pedido.

Para finalizar, a conclusão do estudo levará à constatação de que os embates sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica se deviam à falta de disciplina legal sobre o tema e o controverso entendimento jurisprudencial.

Contudo, com a vinda do Novo Código de Processo Civil, que dedicou um Capítulo exclusivamente ao instituto da desconsideração, acredita-se que a maioria das discussões sobre o tema será sanada, conferindo segurança jurídica ao desenvolvimento processual da desconsideração e assegurando tratamento uniforme aos jurisdicionados.

1. DA PERSONALIDADE JURÍDICA

1.1 Pessoa Jurídica

Empregada originalmente por Heise, jurista alemão do século XIX, a expressão pessoa jurídica foi amplamente difundida por Savigny, substituindo termos como *pessoa mística* ou *pessoa moral*, utilizados até então¹.

A pessoa jurídica surgiu a partir da complexidade da vida civil onde houve a necessidade de equiparar a pessoa humana a certos agrupamentos de indivíduos para um fim comum ou de interesse social.

O doutrinador Fran Martins define o conceito de pessoa jurídica como sendo um ente incorpóreo que, assim como as pessoas físicas, podem ser sujeitos de direitos e deveres:

“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, com domicílio e nacionalidade; podem estar em juízo, como autoras ou rés, sem com isso se reflita nas pessoas que as constituíra”².

Por essa razão as pessoas jurídicas passaram a ter endereço, nome particular, e a figurar no polo ativo ou passivo em juízo, sem que isso possa causar efeitos naqueles que as criaram, pois não há como confundir pessoas físicas e jurídicas, já que a última também possui patrimônio próprio e exerce direitos. Isso quer dizer que as pessoas jurídicas possuem vida autônoma daquelas que as idealizaram.

No mesmo sentido Silvio Rodrigues define o que é pessoa jurídica:

Pessoas jurídicas, portanto, são entidades que a lei empresta personalidade, isto é, são seres que atuam na vida jurídica, com personalidade diversa da dos indivíduos que a compõe, capazes de serem sujeitos de direito e obrigações na ordem civil³.

¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado: pessoas físicas e jurídicas. 2ª ed. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 2000 (vol. 1, p. 349).

² MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial. 28ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002 (p. 148)

³ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. 34ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2003 (vol. 1, p. 86)

No direito brasileiro, são tipos de pessoas jurídicas as elencadas no artigo 40 do Código Civil: “As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado”.

Entende-se por pessoas jurídicas de direito público interno: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, bem como suas respectivas autarquias, inclusive as associações públicas (artigo 41, Código Civil).

Por sua vez, consideram-se as pessoas jurídicas de direito público externo: os Estados estrangeiros e demais pessoas regidas pelo Direito Internacional Público (artigo 42, Código Civil).

Já as pessoas jurídicas de direito privado são: as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas e partidos políticos (artigo 44, Código Civil).

Prescreve o artigo 45 do Código Civil, que a existência legal da pessoa jurídica se inicia a partir da inscrição de seu ato constitutivo no respectivo registro. Inscrita, iniciar-se-á sua personalidade jurídica, o que lhe conferirá direitos e deveres próprios, desvinculando-a da pessoa de seus membros⁴.

1.2 Personificação da Pessoa Jurídica

A personificação é um instrumento do direito utilizado para se alcançar determinados objetivos práticos. É uma técnica-jurídica empregada para alcançar a autonomia patrimonial, limitação ou supressão de responsabilidades individuais.

Na obra “A desconsideração da Personalidade Jurídica” a autora Suzy Elisabeth Cavalcante Koury faz uma citação de Verrucoli, a fim de se posicionar acerca do tema:

“Atribuir à personalidade jurídica um valor limitado e relativo, não significa negar validade a este instituto, ao contrário, significa conservar este componente de valor, somente redimensionando-a e, portanto, individualizando nela os limites em relação à sua verdadeira função e ao seu desenvolvimento histórico”⁵.

Depois de personificado, o ente passa a ter existência jurídica, adquirindo personalidade e agindo no meio jurídico do mesmo modo que as demais pessoas

⁴ GONÇALVES, Oksandro. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Curitiba: Juruá, 2004 (p. 27)

⁵ KOURY, Susy Elisabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica. Disregard Doctrine e os Grupos de Empresas. 3ª Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2011 (p. 22)

jurídicas. Em consequência disso o ordenamento que o personificou não poderá mais desconhecer esse acontecimento ou mesmo afastar arbitrariamente seus fins.

O direito, ao reconhecer a personalidade jurídica de um ente, o faz com o intuito de fortalecer a sua unidade. Percebe-se claramente que a personalidade jurídica foi criada para ser atender às necessidades do universo jurídico, isto é, um instrumento criado com objetivos já traçados.

É correto afirmar que a personificação só se legitima enquanto seguir os fins para os quais foi criada, surgindo então a necessidade de desconsiderá-la caso esteja sendo utilizada com intuito diverso.

Rubens Requião salienta que no Brasil, ao contrário de outros países, o direito reconheceu ampla personalidade às sociedades, tanto civis como comerciais, e foi ratificado pelo Código Civil vigente.

O objetivo da personificação é associar uma coletividade de pessoas, regulando ou extinguindo as responsabilidades de cada indivíduo, juntamente com o afastamento dos patrimônios das pessoas naturais e das sociedades por elas constituídas.

Portanto, personificação é um instrumento aferido às pessoas jurídicas, seres dotados de existência e vontade própria, com disposição para proteger seus interesses.

A autonomia patrimonial, consagrada no artigo 20 do Código Civil de 1916, foi a principal consequência da personificação da personalidade jurídica no Brasil, isto é, a separação entre os bens do sócio e o patrimônio da pessoa jurídica.

Assim, importantes consequências, no tocante a responsabilidade patrimonial, como atingir os bens pessoais dos sócios que agirem de má-fé contra credor ou terceiro usando a pessoa jurídica como escudo, foram legalmente constituídas. Assim afirma Marçal Justen Filho:

“Isto posto, reputamos que a personificação societária envolve sanção positiva prevista pelo ordenamento jurídico. Trata-se de uma técnica de incetivação, pela qual o direito busca conduzir e influenciar a conduta dos integrantes da comunidade jurídica. A concentração da riqueza e a conjugação de esforços inter-humanos afiguram-se um resultado desejável não em si mesmo, mas como meio de atingir outros valores e ideais comunitários. O progresso cultural e econômico propiciado pela união e pela soma de esforços humanos

interessa não apenas aos particulares, mas ao próprio Estado”⁶.

Já para o doutrinador Alexandre Assumpção, a personificação da pessoa jurídica serve para capacitá-la, nas mesmas condições, com as pessoas físicas, desde que os pressupostos para sua aquisição forem observados.

Portanto, no intuito de coibir tais abusos e fraudes realizados em nome da pessoa jurídica, a desconsideração da personalidade jurídica se faz necessária, conforme se demonstrará adiante. A finalidade da possibilidade de haver desconsideração é a fixação de limites na utilização da personalidade jurídica.

1.3 Da desconsideração da personalidade jurídica

1.3.1 Origem Histórica

Para alguns, o *leading case* sobre o tema foi o julgamento do *Bank of the United States Vs Deveaux*, em 1809 nos Estados Unidos, ocasião na qual nasceu o tradicional termo “*lifting the corporate veil*”, o que sugere a ideia de que a empresa seria o véu protetor para práticas ilícitas dos sócios administradores. O julgamento, por tanto, autoriza a desconsideração da personalidade jurídica para “levantar o véu protetor” deste ente moral⁷.

No entanto, o mais importante precedente sobre o assunto, foi o julgamento do caso *Salomon Vs Salomon Co.*, em 1897, na Inglaterra. Na oportunidade, Aaron Salomon constituiu uma sociedade empresarial de produção de couro e calçados, adquirindo a ampla maioria das quotas e constituindo como sócios minoritários os seus próprios familiares. Em nome da sociedade procedeu com uma série de atos temerários à confiança do mercado.

Isso porque, além de incorrer em confusão patrimonial de seus bens com os da sociedade, na qualidade de administrador emitiu e adquiriu títulos privilegiados diante da iminente quebra da empresa.

⁶ JUSTEM FILHO, Marçal. Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987 (p. 23-43).

⁷ FIUZA, César. Direito Civil: curso completo, 8ª ed. Ver., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 (p. 144).

Dessa forma, quando da dissolução da empresa, recebeu todo o seu crédito em detrimento dos demais credores, fazendo valer seu privilégio, em autêntico abuso de direito na condução da pessoa jurídica⁸.

Embora o julgamento na *House of Lords* – última instância inglesa – tenha sido favorável a Salomon – vale dizer, decidindo pela não afetação do patrimônio de Salomon para saldar as dívidas da sociedade – a situação representou um verdadeiro marco histórico para o desenvolvimento da matéria, já que despertou o interesse em uma solução para o problema em evidência⁹.

Após esses precedentes iniciais, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica – ou *disregard of legal entity* – teve grande desenvolvimento nos Estados Unidos e, pouco a pouco, ganhou a adesão em vários outros países, principalmente na Europa, tais como Itália, Inglaterra, Alemanha e França¹⁰.

O Brasil, fortemente influenciado pela doutrina europeia, logo incorporou o debate da problemática na doutrina e jurisprudência.

O alemão Rolf Serick foi a grande referência sobre o tema no Brasil, tendo como seu primeiro seguidor o emitente professor Rubens Requião, que publicou em 1969 um artigo com o título de “*abuso de Direito e Fraudes através da Personalidade Jurídica*”¹¹.

Concomitantemente a isso tudo foi a adoção da teoria na jurisprudência pátria, o que paulatinamente ornou evidente a necessidade de previsão do instituto no ordenamento jurídico.

Se é inconteste que a desconsideração da personalidade jurídica teve sua primeira aparição legal no Brasil em 1990, com o Código de Defesa do Consumidor, não se pode olvidar que alguns precedentes legais já sugeriam a mitigação da limitação patrimonial aos bens das pessoas jurídicas, em casos de violação à lei ou ao contrato social.

⁸ FIUZA, César. Direito Civil: curso completo. 8ª ed. Ver., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 (p. 143).

⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze, Pamplona Filho, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral. 8ª Ed. Rev., atual e reform. São Paulo: Saraiva, 2005 (p. 288).

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: Introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil. 22ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008 (p. 336).

¹¹ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário. São Paulo: Atlas, 2008 (p. 231).

São hipóteses de responsabilização pessoal dos sócios, podendo-se citar como exemplos os artigos 66, parágrafo único, da Lei 4.591/64 e o artigo 135, do Código Tributário Nacional¹².

Diógenes Gasparini acrescenta, ainda, os seguintes dispositivos: artigo 10, do decreto federal nº 3.708/19; artigo 2º, parágrafo 2º, da CLT; artigo 6º, da Lei dos crimes de sonegação fiscal; artigo 6º, da lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico; artigos 115 a 117, 233 e 241, da Lei das Sociedades Econômicas¹³.

Por fim, por oportuno, destaque-se a hipótese do artigo 82 da Lei de Falências, como mais um dispositivo que diz respeito à responsabilização pessoal dos sócios, mas que poderá ser utilizado, por analogia, para desconsideração da personalidade jurídica.

Assim, a maioria dos dispositivos legais mencionados são anteriores à previsão legal da desconsideração da personalidade jurídica, e já evidenciavam, à época, a necessidade de previsão de mecanismos de defesa dos interesses da sociedade contra a sua desvirtuada utilização.

1.3.2 Conceito

A desconsideração da personalidade jurídica pode ser conceituada como um meio de repressão à frustração da atividade executiva, caracterizado pela decretação da inoponibilidade (ineficácia relativa) do limite patrimonial da pessoa jurídica, permitindo que sejam atingidos os bens de seus sócios, ex-sócios, acionistas, ex-acionistas, administradores, ex-administradores e sociedades do mesmo grupo econômico; ou, ainda, que sejam atingidos os bens da pessoa jurídica por obrigações contraídas por eles, no caso da chamada “desconsideração inversa da personalidade jurídica”¹⁴.

Cuida-se, portanto, de caso de responsabilidade executiva secundária, em que os bens de terceiro, como o sócio, por exemplo, respondem pela obrigação assumida pelo devedor, que é a pessoa jurídica.

Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho assinalam que *“a doutrina da desconsideração pretende o superamento episódico da personalidade jurídica da sociedade, em caso de fraude, abuso, ou simples desvio de função,*

¹² ROSENVALD, Nelson, Chaves, Cristiano. Direito Civil: Teoria Geral. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 (p. 284).

¹³ GASPARINI, Diógenes. Desconsideração Administrativa da pessoa jurídica. In: Revista JML de licitações e contratos, v. 1, nº 2, março de 2007 (p. 3).

¹⁴ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015/ Gilberto Bruschi, Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2016 (p. 138).

objetivando a satisfação do terceiro lesado junto ao patrimônio dos próprios sócios, que passam a ter responsabilidade pessoal pelo ilícito causado”¹⁵.

Em definição semelhante, o professor Marlon Tomazette assinala que “*a desconsideração da personalidade jurídica é a retirada episódica, momentânea e excepcional da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a fim de estender os efeitos de suas obrigações à pessoa de seus sócios ou administradores, com o fim de coibir o desvio de função da pessoa jurídica, perpetrado por estes*”¹⁶.

Destaca-se que o objetivo do instituto não é a extinção da pessoa jurídica do mundo negocial, mas sim a sua superação episódica, com a finalidade de invasão do patrimônio pessoal de seus sócios¹⁷.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica não visa atacar o plano de validade da pessoa jurídica, mas sim a eficácia relativa desta, mais especificamente no que diz respeito à sua autonomia patrimonial, como bem explica Gilberto Gomes Bruschi, citando Marçal Justen Filho:

A ineficácia que se pretende ver configurada ao desconsiderar a personalidade jurídica é a relativa, pois somente ocorre a desconsideração quando o negócio jurídico for ineficaz para determinada pessoa e eficaz para as demais. Deve-se ter em vista também que “a ineficácia relativa não se confunde com a anulabilidade, porquanto o ato anulável é dotado de eficácia até o instante em que for desconstituído (com efeito *ex tunc*). Na ineficácia relativa, o ato jurídico produz seus efeitos, “mas não são efeitos que se produzam perante terceiros, ilimitadamente. O direito estatui a validade do ato, mas sua eficácia subjetiva é delimitada”.

Importante ressaltar que a desconsideração da personalidade jurídica não é um instituto a ser utilizado em qualquer hipótese que se pretenda solver o débito dos credores. Antes, faz-se necessária a existência de alguns requisitos necessários e lógicos, que serão melhor delineados no próximo tópico.

1.3.3 Pressupostos Autorizadores

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. Pamplona Filho, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral. 8ª Ed. Rev., atual e reform. São Paulo: Saraiva, 2006 (p. 228).

¹⁶ TOMAZETTE, Marlon. Direito Societário. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004 (p. 70).

¹⁷ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário. São Paulo: Atlas, 2008 (p. 227-228).

Para que se cogite a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, pressupõe-se a personificação e a imputação da obrigação à pessoa jurídica. Na ausência de alguns desses requisitos, não haverá que se falar em desconsideração, mas em responsabilidade pessoal e direta. Além destes, também é requisito o desvio de função¹⁸.

A personificação, como já mencionado anteriormente, ocorre com o registro do instrumento constitutivo da sociedade¹⁹. Sociedades de fato, a exemplo das sociedades em comum e em conta de participação, por não estarem regularmente registradas, não possuem personalidade jurídica. Assim, não há que se falar em desconsideração em relação às sociedades de fato, haja vista haver pessoa jurídica a ser desconsiderada.

Ora, se não há pessoa jurídica, os sócios de sociedade de fato responderão com seus patrimônios por todas as obrigações contraídas.

Nos casos de tipos societários em que os sócios possuam responsabilidade ilimitada, também não faz sentido falar em desconsideração. Neste caso não se fala em desconsideração por uma questão prática, porque se os sócios respondem ilimitadamente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, é mais fácil aos credores executarem diretamente os sócios quando o patrimônio da sociedade for insuficiente ao adimplemento da obrigação²⁰.

Dessa forma, a desconsideração da personalidade jurídica acaba, na prática, sendo aplicada somente às sociedade em que a responsabilidade dos sócios é limitada.

Também, para que haja a desconsideração da personalidade jurídica, é necessário que o ato praticado seja inicialmente imputável à pessoa jurídica.

Esta é a finalidade da desconsideração: em determinado caso, superar a personalidade jurídica de uma sociedade, a qual tem originalmente responsabilidade civil. Superada, aquela responsabilidade será estendida a quem de fato causou a lesão, leia-se, seus sócios e/ou administradores. Então, para que haja a desconsideração, o ato deve ser em princípio imputável à pessoa jurídica.

Por fim, o terceiro requisito que autoriza a desconsideração da personalidade jurídica é o desvio de função. Este requisito é o mais polêmico e controvertido na doutrina.

¹⁸ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário. São Paulo: Atlas, 2008 (p. 236-237).

¹⁹ Das sociedades simples, o registro é feito no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, ao passo que as sociedades empresárias registram seus atos constitutivos na Junta Comercial.

²⁰ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário. São Paulo: Atlas, 2008 (p. 237).

Com relação à esse requisito, Fábio Ulhoa Coelho constatou que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica se dividiu em duas vertentes: “(i) a *teoria maior*, que corresponde à versão tradicional do instituto, levando em consideração aspectos subjetivos como desvio de finalidade e abuso de poder; e (ii) a *teoria menor*, segundo a qual, o aspecto subjetivo seria irrelevante, bastando a mera insuficiência do patrimônio social frente à satisfação de determinada obrigação para ensejar a decretação da desconsideração e a responsabilização de bens do sócio”²¹.

Em geral, o ordenamento jurídico brasileiro acolhe a *teoria maior*, exigindo o desvio de finalidade social ou a confusão patrimonial para desconsideração²².

São exemplos da aplicação da teoria maior o artigo 50 do CC²³, o *caput* do artigo 28 do CDC²⁴, o artigo 34 da Lei de Defesa da Ordem Econômica²⁵. E mais recentemente, o artigo 14 da Lei Anticorrupção²⁶.

1.3.4 Efeitos da desconsideração da personalidade jurídica

A desconsideração da personalidade jurídica gera efeitos no plano do direito processual, tornando inoponível (ou relativamente ineficaz) o limite existente entre os patrimônios da empresa e do sócio, permitindo que bens existentes no patrimônio do segundo respondam pela satisfação forçada da obrigação assumida pelo primeiro²⁷.

²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial de acordo com o novo Código Civil e alteração da LSA. São Paulo: Saraiva, 2002 (p. 40 e ss.).

²² BRUSCHI, Gilberto Gomes. Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015/ Gilberto Bruschi, Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2016 (p. 140).

²³ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão 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.

²⁴ 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.

²⁵ Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

²⁶ Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

²⁷ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015/ Gilberto Bruschi, Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2016 (p. 144).

Em outras palavras, o modo pelo qual o instituto da desconsideração atua, consiste em garantir a efetividade do processo de execução por meio da criação de hipótese excepcional de responsabilidade executória de bens existentes em patrimônio de terceiros.

Pode-se dizer, que os casos que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica se inserem – juntamente com as hipóteses de fraude de execução e de fraude contra credores – no gênero das circunstâncias previstas em lei que autorizam o credor a usar meios repressivos contra a frustração da atividade jurisdicional executiva, permitindo a prática de atos executivos sobre bens existentes em patrimônio de terceiro²⁸.

Os efeitos decorrentes da desconsideração da personalidade jurídica, da decretação da fraude de execução e da procedência da ação pauliana ao reconhecer a fraude contra credores são os mesmos: os limites dos patrimônios do devedor e do terceiro tronam-se inoponíveis em relação á atividade jurisdicional executiva que seria frustrada, caso a eficácia de tais limites não fosse relativizada²⁹.

A desconsideração difere da fraude à execução e da fraude contra credores porque a responsabilidade secundária por ela gerada não recai apenas sobre um ou alguns dos bens do patrimônio do terceiro (no caso, bens que foram alienados ou onerados em fraude à execução ou fraude contra credores), mas sobre a totalidade dos bens existentes no seu patrimônio, executados apenas os bens não sujeitos à penhora, como o imóvel protegido como bem de família³⁰.

Em linhas largas, poder-se-ia dizer que os bens onerados ou alienados em fraude de execução respondem pela satisfação forçada da obrigação como se não tivessem saído do patrimônio do devedor. Já nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, os bens do sócio respondem como se tivesse sido ele, sócio, quem também houvesse assumido a obrigação e não apenas a sociedade. A locução “como se tivesse

²⁸ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015/ Gilberto Bruschi, Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2016 (p. 145).

²⁹ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015/ Gilberto Bruschi, Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2016 (p. 145).

³⁰ Nesse sentido, já decidiu a jurisprudência do STJ: “A desconsideração da personalidade jurídica, por si só, não afasta a impenhorabilidade do bem de família, salvo se os atos que ensejaram a *disregard* também se ajustarem às exceções legais. Essas devem ser interpretadas restritivamente, não se podendo, por analogia ou esforço hermenêutico, apanhar situações não previstas em lei, de modo a superar a proteção conferida à entidade familiar” STJ, REsp 1.433.636/SP, 4ª T., j. 02.10.2014, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dje 15.10.2014.

sido” aqui, é importante. O sócio não é responsável executivo primário como a sociedade devedora. Ao contrário, é necessário o pronunciamento judicial para reconhecer sua responsabilidade como nos outros casos de responsabilidade executiva secundária³¹.

2. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

2.1 A desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil de 2002

Antes do advento do artigo 50 do Código Civil de 2002, a ideia da desconsideração da personalidade jurídica fora recebida pela ordem jurídica positiva por intermédio da jurisprudência e de regras específicas. De fato, antes do advento daquele Código, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica estava prevista, como regra, no Código de Defesa do Consumidor e nas Leis Antitruste e de Crimes Ambientais.

Afora esses preceitos normativos específicos, a desconsideração era aplicada pelos juízes e tribunais, em situações específicas recomendadas pela prudência exigida em cada caso e quando a situação fática permitia vislumbrar o uso da personalidade jurídica para fraudar direitos de terceiros.

O legislador do Código Civil de 2002 inseriu de forma sucinta e precisa a desconsideração da personalidade jurídica sem seu artigo 50, adotando a teoria em sua verdadeira essência, isto é, de acordo com a teoria maior da desconsideração.

Como já comentado, no Código de Defesa do Consumidor e nas Leis Antitruste e de Crimes Ambientais, o legislador ora distorceu a desconsideração, enquanto teoria doutrinária, autorizando-a em casos que se cogita de responsabilidade pessoal e direta dos sócios, ora conferiu caráter aberto a ela, possibilitando a desconsideração em qualquer caso em que houvesse óbices ao ressarcimento, nos moldes da teoria menor.

De acordo com Osmar Vieira da Silva, com o advento do Código Civil de 2002, a desconsideração foi definitivamente consagrada, visto ter sido positivada exatamente da forma que ela foi criada³².

³¹ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015/ Gilberto Bruschi, Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2016 (p. 146).

³² SILVA, Osmar Vieira da. Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais. Rio de Janeiro: renovar, 2002 (p. 146).

Vejam os textos de mencionado dispositivo:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão 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.

Percebe-se aqui, que o legislador adotou a teoria maior, tanto em seu aspecto subjetivo, quando no aspecto objetivo, tendo em vista a autorização da desconsideração tanto pelo desvio de finalidade quanto pela confusão patrimonial³³.

Apesar de o legislador não ter inserido a expressão *desconsideração da personalidade jurídica* no corpo do texto legal, é incontroverso que o dispositivo contempla tal instituto, porquanto trouxe exatamente o seu conteúdo.

Insta ressaltar a complexidade desse texto normativo. Como muito bem observa Edmar Oliveira Andrade Filho, neste artigo estão presentes diversas normas:

A primeira é uma norma de competência que é dirigida ao credor de uma pessoa jurídica, e que o habilita a ingressar em juízo e pleitear a responsabilização do sócio ou administrador da pessoa jurídica que, todavia, não participava da relação jurídica constitutiva da obrigação original. Uma outra norma, com o mesmo conteúdo da primeira, é dirigida ao Ministério Público nos casos em que, por lei, tiver de atuar no processo. A terceira norma é uma autorização concedida ao juiz ou tribunal competente para aplicar a sanção que, ao final, consiste na desconsideração da personalidade jurídica. Há mais: há uma quarta norma que atribui ao sócio ou administrador o direito de defender-se no processo respectivo.

Observa-se, contudo, que não há nenhuma disposição legal sobre os aspectos processuais desse instituto. As leis existentes que dispõem sobre a desconsideração da personalidade jurídica, bem como o Código de Processo Civil, não trazem normas

³³ Como vimos anteriormente, o desvio da finalidade ocorre com a prática de atos em fraude ou abuso de direito, ao passo que a confusão patrimonial decorre da não separação, no plano fático, entre o patrimônio social e o patrimônio pessoal de um sócio.

regulamentando o procedimento a ser adotado na sua aplicação³⁴. E esse era um dos grandes problemas atinentes à desconsideração da personalidade jurídica.

Talvez esse seja um dos principais motivos de tamanha divergência da doutrina e jurisprudência a respeito do assunto, especialmente com relação aos aspectos processuais, conforme se demonstrará adiante.

2.2 A desconsideração da personalidade jurídica e seus aspectos processuais segundo a doutrina

Passaremos a analisar os aspectos processuais da aplicação da *Disregard Doctrine* no sistema processual brasileiro, antes da vigência do Novo Código de Processo Civil, principalmente no que se refere ao artigo 50 do Código Civil.

Com relação à doutrina, as duas correntes que se desenvolveram acerca da forma de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica versavam sobre a necessidade ou não de propositura de ação autônoma para permitir a desconsideração, possuindo o direito fundamental ao devido processo legal como principal núcleo da discussão.

Contudo, antes de adentrar ao mérito do embate doutrinário, serão tecidas breves considerações relativas a legitimidade e o ônus *probandi* que circundam a aplicação do instituto.

2.2.1 Da legitimidade

A legitimidade para requerer a desconsideração da personalidade jurídica possui previsão legal no artigo 50 do Código Civil, que dispõe que: “[...] o juiz poderá decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo [...]”.

Justificando a legitimação do Ministério Público para propor a medida de superação da personalidade, importante colacionar lição de Rosendal e Farias, citando Deborah Pierre:

“É fácil, pois, depreender que esteja atuando como parte autora ou mên como fiscal da lei (*custos legis*), o *Parquet* pode propugnar pela aplicação do *disregard doctrine*. Justifica-se essa legitimidade por “medida de economia e de harmonização”, “calcado na sua missão

³⁴ GARCIA, Gabriela Helou, Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. Disponível em: < <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/455/293>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

constitucional de defesa da ordem jurídica e dos direitos assegurados pela Constituição Federal”³⁵.

Ponto pouco abordado pela doutrina é o concernente à legitimidade da própria pessoa jurídica para requerer sua desconsideração, conforme previsto no enunciado 285 da Jornada de Direito Civil: “Art. 50: a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica em seu favor”.

Assim, estabeleceu-se por renomados civilistas ser possível que a pessoa jurídica requeira ao juiz a superação da personalidade jurídica e conseqüentemente efeitos sobre a esfera patrimonial de um sócio, não havendo qualquer óbice no Ordenamento Jurídico³⁶.

Cumprе ressaltar que o limite subjetivo da desconsideração da personalidade jurídica na teoria maior é restrito àqueles sócios e/ou administradores que praticaram o ato. Tal limite subjetivo, por consequência, também enseja um limite temporal, posto que somente poderão ser responsabilizados os sócios que integravam a pessoa jurídica ao tempo do ato lesivo.

Desse modo, estando à frente da sociedade um novo grupo de pessoas em nada comum com os administradores pretéritos, revela-se defensável que a pessoa jurídica, apresentada pelos novos sócios, manifeste-se para que ocorra a desconsideração da personalidade ainda que seus efeitos se reportem à desconsideração do quadro social não mais existente, para, assim, atingir os bens dos ex-sócios que praticaram o ato abusivo.

2.2.2 Do ônus da prova

Adentrando na seara processual do instituto da desconsideração, incumbe abordar a questão referente ao *onus probandi* nas hipóteses em que se pretende superar a personalidade jurídica de uma sociedade para atingir o patrimônio de seus sócios e/ou administradores.

Consoante exposto, para que se aplique a superação da separação do ente moral e de seus sócios deve-se comprovar a ocorrência do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial por parte dos sócios ou administradores.

³⁵ FARIA, Cristiano Chaves de; Rosendal, Nelson. Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 10ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012 (p. 465).

³⁶ FARIA, Cristiano Chaves de; Rosendal, Nelson. Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 10ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012 (p. 465).

Assim sendo, a superação da autonomia patrimonial depende da comprovação de uma das mencionadas hipóteses, de modo que se revela imprescindível a atividade cognitiva do julgador para que se obtenha o provimento judicial que produza a ineficácia episódica da separação patrimonial e incida a responsabilidade pelo débito diretamente na figura dos sócios.

Dependendo a desconsideração de comprovação do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial, deve-se, nesse diapasão, inquirir a quem interessa a desconsideração para, obtendo tal resposta, seguir a regra geral insculpida no Código de Processo Civil.

Ressalta-se que o critério adotado pelo legislador ao distribuir o ônus da prova é o do interesse. Assim, o sujeito que se beneficiar do reconhecimento do fato controvertido tem o ônus de prová-lo.

Explica Ada Pellegrini Grinover, lembrando as lições de Malatesta: “o ordinário se presume e o extraordinário se prova”. Logo, diante da questão referente ao ônus da prova diante da desconsideração da personalidade jurídica, a eventual fraude cometida pelo devedor ou pelos sócios da sociedade devedora é fato constitutivo do direito do credor, que busca a satisfação, excepcionalmente no patrimônio pessoa do sócio³⁷.

Indiscutivelmente, é o credor quem, usualmente, formula o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, possuindo o interesse em ver a aplicação do instituto da desconsideração. Porém, como restará demonstrado, que em algumas ocasiões a pessoa jurídica poderá ter o interesse de promover a desconsideração para atingir os bens do sócio e/ou administrador que à época executou os atos reputados como indesejáveis pelo Ordenamento Jurídico³⁸.

Contudo, se a fraude é alegada pelo credor e seu reconhecimento irá beneficiá-lo, é a ele que cabe o ônus de demonstrar o fato fraudulento sob pena de, em não agindo assim, violar a regra do artigo 333 do Código de Processo Civil³⁹.

2.2.3 O devido processo legal

Como exposto anteriormente, a ausência de previsão legal específica instrumentalizando a aplicação da teoria da desconsideração ensejou a criação de duas

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da personalidade jurídica: aspectos de direito material e processual. Revista Forense, 1997 (p. 3-15).

³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 10ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

³⁹ Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito.

correntes. A controvérsia instaurada possui como ponto principal a dicotomia efetividade e segurança jurídica, bastante em evidência na doutrina.

Defendendo a necessidade de ação própria como forma de observância ao devido processo legal, posicionaram-se renomados autores como Fredie Didier Jr⁴⁰, Ada Pellegrini Grinover⁴¹, Cândido Rangel Dinamarco⁴², Fábio Ulhoa Coelho⁴³.

Tomando o posicionamento mais conservador e fundamentando a necessidade de processo autônomo como consectário lógico decorrente da excepcionalidade da medida que acarreta na ineficácia da personalidade jurídica, Ulhoa Coelho ensina que:

“Simples despachos em processos de execução movidos contra a sociedade, determinando a penhora de bens dos sócios importam e flagrante desobediência ao direito constitucional ao devido processo legal. Ao direito constitucional ao devido processo legal, de que é titular o sócio da sociedade limitada, corresponde o dever do credor social de promover a prévia ação de conhecimento, citá-lo, provar o pressuposto de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (fraude ou abuso de direito), obter sentença condenatória transitada em julgado para, somente depois, postular a penhora dos bens do patrimônio dos bens do membro da pessoa jurídica.”⁴⁴

Ada Pelegrini também sustenta a necessidade de ação própria, sem se atentar às questões concernentes à efetividade da medida, demonstrando acolher uma prevalência da ampla defesa em face da efetividade processual:

“Esse processo de conhecimento que se exige, fique claro, é o processo de conhecimento condenatório, no qual se pretende a formação do título executivo para que, depois, se promova a invasão patrimonial. A via própria assim exigida, portanto, não é necessariamente um processo que tenha por objeto a desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se de ação própria no sentido de que aquele

⁴⁰ Numa posição mais flexível, Fredie Didier in: DIDIER JR, Fredie Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do CC-2002). In: Regras processuais no novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica – aspectos de direito material e processual. Revista do Ministério Público Vol. 6. 2006.

⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. t. I, 541p

⁴³ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, v. 2. 55p.

⁴⁴ COELHO, Fábio Ulhoa apud: ALVIM, Eduardo Arruda e GRANADO, Daniel William. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. Revista Forense. V. 412, 2010. 76p

cujo patrimônio poderá ser atingido, via desconsideração, deve figurar no processo de conhecimento condenatório para que, também em relação a ele, se forme o título executivo. Em outras palavras e como já dito, não é possível penhorar bens de uma pessoa – como resultado da desconsideração da personalidade jurídica de outrem – sem que, em regular processo de conhecimento condenatório, de cognição plena e profunda, cercada por todas as garantias do contraditório, sejam examinados os pressupostos autorizadores da desconsideração e se imponha a sanção àqueles cujo patrimônio deverá ser impactado na sucessiva execução.”

Denota-se, pois, como expõe Bruschi⁴⁵, que a necessidade do ajuizamento de ação própria com o escopo de obter a sentença desfavorável aos sócios se sustenta também com observância do princípio *nulla executio, sine titulo*.

Em sentido oposto defendem, Arakén de Assis, Giblerto Gomes Bruschi, Eduardo Arruda Alvim, Nelson Rosenvald, a desnecessidade de ação autônoma, afirmando que apenas a demonstração da má utilização da personalidade jurídica, isto é, comprovados pela parte o abuso de direito através do desvio de função ou confusão patrimonial, estaria o juiz autorizado, em fase de execução, a determinar a constrição de bens dos sócios ou administradores, com o intento de garantir a satisfação do título, conferindo maior efetividade ao processo⁴⁶.

Fredie Diddier, apesar de ser considerado por Gilberto Bruschi como adepto da 1ª corrente, e suscitar em seu artigo que alinha o seu posicionamento ao que fora exposto por Fábio Ulhoa Coelho, apresenta uma posição intermediária, mais próxima da 2ª corrente do que das lições do ilustre comercialista.

A principal diferença existente entre a tese formulada pelos doutrinadores alinhados à 2ª corrente e a tese defendida Fredie Diddier é a obstinação deste em assegurar refutar qualquer ressalva ao exercício do contraditório, ainda que a oportunização se dê em momento posterior, dado o caráter de sanção da medida.

Assim, o renomado processualista baiano sustenta em sua defesa da necessidade de contraditório prévio à desconsideração que:

⁴⁵ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2009. 33-34p

⁴⁶ GONÇALVES, Oksandro. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Curitiba: Juruá, 2004.p. 162), MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro: direito societário. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v.2. p. 250-251; TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário. São Paulo: Atlas, 2008. v.1. p. 259

“Não se pode, na ânsia por uma efetividade do processo, atropelar garantias processuais conquistadas após séculos de estudos e conquistas. Imaginar a aplicação de uma teoria eminentemente excepcional, que inquina de fraudulenta a conduta deste ou daquele sócio, sem que se lhe dê a oportunidade de defesa - ou somente se lhe permita o contraditório eventual dos embargos à execução, com necessidade da prévia penhora dos embargos de terceiro ou do recurso de terceiro -, é afrontar princípios processuais básicos.”⁴⁷

Destarte, afastando-se da lição de Fábio Ulhoa e Ada Pellegrini, prossegue defendendo a possibilidade de haver desconsideração sem que os sócios tenham integrado a relação processual na fase de conhecimento:

“admite-se como lícita, também, a citação do sócio já no processo de execução, desde que se instaure um incidente cognitivo – o que não é raro nem esdrúxulo, basta ver o exemplo do concurso de credores – no processo executivo, para que se apure, em contraditório, o preenchimento dos pressupostos legais que autorizam a aplicação da teoria, bem como se lhe permita o exercício de uma ampla defesa. Não é necessária a instauração de um processo de conhecimento com esse objetivo; o que se impõe é a existência de uma fase cognitiva, mesmo incidente, de modo que o contraditório possa ser exercido.”⁴⁸

Reforçando a aproximação entre a tese defendida por Didier e os autores que alegam que a desconsideração prescinde de ação própria, incumbe colacionar lição de Cândido Rangel Dinamarco - tal qual citado por Eduardo Arruda Alvim -, defendendo a necessidade de contraditório prévio:

“indispensável colocar em um processo ou fase de conhecimento, ou *ao menos em um incidente idôneo do processo ou fase executiva*, os fatos que o credor afirme serem caracterizadores do abuso da personalidade jurídica; nesse processo ou nesse incidente, o juiz, em decisão preparada por regular contraditório, declarará se realmente houve a fraude e conseqüentemente os bens do

⁴⁷ DIDIER JR, Fredie Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do CC-2002). In: Regras processuais no novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2004. 12p.

⁴⁸ DIDIER JR, Fredie Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do CC-2002). In: Regras processuais no novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2004. 12p.

sócio responderão, ou se fraude alguma houve e nenhuma personalidade há a ser desconsiderada⁴⁹”.

Eduardo Arruda Alvim e Daniel William Granado, reiterando a desnecessidade de ajuizamento de uma nova ação, respeitando o devido processo legal, não foge ao cerne da temática e expõe, de modo nítido, sua tese:

“Isso não quer dizer, todavia, que o contraditório daquele em detrimento do qual houve a desconsideração não deva ser exercido .

Evidentemente, conquanto, reputemos desnecessária a propositura de ação autônoma com a finalidade de estender a responsabilidade das obrigações da pessoa jurídica ao sócio, por se tratar de exceção ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica – que traduz a ideia de que a pessoa jurídica não se confunde com a pessoa de seus membros – a desconsideração da personalidade jurídica apenas deve ser aplicada quando devidamente constatados os pressupôs necessários em um processo já existente, em prol da efetividade do processo. Deveras seria muito dispendioso e moroso fazer com que o credor ajuizasse nova ação tão somente para efetivar a desconsideração da personalidade jurídica. Mencionada constatação, ainda que possa ser aferida como incidente, em processo já em curso, deve observar o princípio do devido processo legal, possibilitando ao sócio oportunidade de defesa⁵⁰”.

Gilberto Gomes Bruschi aborda minuciosamente os aspectos processuais da doutrina da *disregard*, sustentando a necessidade da tutela jurisdicional diferenciada em questões que versem sobre temas específicos, como no caso da penetração da personalidade jurídica, traz três fundamentos centrais que, no entendimento do referido autor, permitem a aplicação da teoria sem a imperiosidade de ajuizamento de ação própria⁵¹.

⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel, apud ALVIM, Eduardo Arruda , Granado, Daniel Willian. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. Revista Forense. Rio de Janeiro, 412, p. 63-84, nov./dez.2010. 76p

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel, apud ALVIM, Eduardo Arruda , Granado, Daniel Willian. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. Revista Forense. Rio de Janeiro, 412, p. 63-84, nov./dez.2010. 76p

⁵¹ Contrariando a tese formulada pelo autor: Fredie Didier *in*: DIDIER JR, Fredie Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do CC-2002). In: Regras processuais no novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

O primeiro fundamento⁵² esposado pelo autor reporta-se à “ordem metodológica e prática”, aduzindo a contrariedade ao princípio da efetividade processual. De acordo com o mesmo, o alongado lapso temporal necessário para que sobreviesse o trânsito em julgado da sentença em um processo próprio de conhecimento acarretaria, usualmente, na ineficiência da medida, posto que a comum morosidade na obtenção da sentença de mérito, na forma do art. 269 do Código de Processo Civil, resultar, de certo, em medida inócua.

O segundo sustentáculo da tese defendida por Bruschi sustenta-se em uma interpretação – ressalte-se, um tanto quanto controvertida⁵³ - sobre a posição dos sócios como terceiros, invocando os arts. 592, II⁵⁴ e 596⁵⁵ do Código de Processo Civil.

Desta feita, sustenta que a desconsideração e conseqüente constrição de bens independem de contraditório prévio, uma vez que os sócios ingressariam na lide como terceiros, passando a exercer a defesa através de embargos de terceiros, exceção de pré-executividade ou até mesmo agravo de instrumento.

O terceiro e último argumento equipara a natureza jurídica de ineficácia da medida aos casos em que ocorre na fraude à execução. Sustenta, pois, que somente se exige a sentença para desconstituir atos anuláveis, como na fraude contra credores.

Embora possua argumentos sólidos, discorda-se da forçosa conclusão do supracitado autor, a seguir transcrita:

"Para dar ensejo à efetividade processual tão importante nos dias atuais, o exequente trará aos autos as provas que tiver e fará o pedido por simples petição, para que o magistrado decida, sem a manifestação da parte contrária, se irá ou não desconsiderar a personalidade jurídica, sem, contudo, obstar o direito de defesa e o contraditório, que serão postergados.

De convir, que é perfeitamente possível e correto o juiz examinar de maneira superficial as provas, trazidas pelo exequente e que embasaram seu pedido para desconsiderar a personalidade jurídica do executado, por mera decisão interlocutória, fazendo ou não com que se

⁵² BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2009. 96-97p

⁵³ O próprio autor salienta a posição de Sidnei Amendoeira Jr e Fredie Diddier, que entendem fazer menção tal artigo às hipóteses de responsabilidade decorrente da natureza da própria pessoa jurídica e não nos casos de aplicação do levantamento do véu.

⁵⁴ “Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens: [...] II- do sócio, nos termos da lei; [...]”

⁵⁵ “Art. 596. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida tem direito de exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade.”

tornem passíveis de penhora os bens das pessoas naturais ou mesmo de outras pessoas jurídicas, que constituem a executada primitiva⁵⁶”.

Os três argumentos trazidos pelo autor possibilitam, inevitavelmente, a conclusão da desnecessidade de ação autônoma para ensejar a responsabilização dos sócios pela obrigação originariamente contraída pela pessoa jurídica, no entanto, a conclusão de que ingressarão a lide como terceiros e terão, assim, em regra, o contraditório postergado, representa ofensa a garantias processuais como defendido por Fredie Didier.

2.3 A desconsideração da personalidade jurídica na jurisprudência

Inicialmente, os Tribunais divergiram quanto à aplicação processual da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, discutia-se sobre qual o momento em que se deveria pleitear tal medida, bem como pela (des)necessidade de ação própria para possibilitar a superação da personalidade e conseqüente alcance aos bens dos sócios, reflexos da discussão doutrinária no campo da aplicação do instituto.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça solucionou e pacificou a controvérsia sobre a *disregard doctrine* no âmbito jurisprudencial, adotando o entendimento pela desnecessidade de ação própria, podendo a desconsideração ser efetivada já no âmbito do processo de execução sem a necessidade de ação de conhecimento própria ou independentemente de participação dos sócios na fase prévia a formação do título, bastando a decisão judicial no bojo da própria execução ou através de incidente processual. Nesse sentido:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS. OBSERVÂNCIA. CITAÇÃO DOS SÓCIOS EM PREJUÍZO DE QUEM FOI DECRETADA A DESCONSIDERAÇÃO. DESNECESSIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO GARANTIDOS COM A INTIMAÇÃO DA CONSTRICÇÃO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VIA ADEQUADA PARA A DISCUSSÃO ACERCA DO CABIMENTO DA DISREGARD. RELAÇÃO DE CONSUMO. ESPAÇO

⁵⁶ BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2009. 100p

PRÓPRIO PARA A INCIDÊNCIA DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO. ART. 28, § 5º, CDC. PRECEDENTES.

[...]2. A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade.

3. Assim, não prospera a tese segundo a qual não seria cabível, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, a discussão acerca da validade da desconsideração da personalidade jurídica. Em realidade, se no caso concreto e no campo do direito material fosse descabida a aplicação da Disregard Doctrine, estar-se-ia diante de ilegitimidade passiva para responder pelo débito, insurgência apreciável na via da impugnação, consoante art. 475-L, inciso IV. Ainda que assim não fosse, poder-se-ia cogitar de oposição de exceção de pré-executividade, a qual, segundo entendimento de doutrina autorizada, não só foi mantida, como ganhou mais relevo a partir da Lei n. 11.232/2005.

4. Portanto, não se havendo falar em prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, em razão da ausência de citação ou de intimação para o pagamento da dívida (art. 475-J do CPC), e sob pena de tornar-se infrutuosa a desconsideração da personalidade jurídica, afigura-se bastante - quando, no âmbito do direito material, forem detectados os pressupostos autorizadores da medida - a intimação superveniente da penhora dos bens dos ex-sócios, providência que, em concreto, foi realizada.

5. No caso, percebe-se que a fundamentação para a desconsideração da pessoa jurídica está ancorada em "abuso da personalidade" e na "ausência de bens passíveis de penhora", remetendo o voto condutor às provas e aos documentos carreados aos autos. Nessa circunstância, o entendimento a que chegou o Tribunal a quo, além de ostentar fundamentação consentânea com a jurisprudência da Casa, não pode ser revisto por força da Súmula 7/STJ.

6. Não fosse por isso, cuidando-se de vínculo de índole consumerista, admite-se, a título de exceção, a utilização da chamada "teoria menor" da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornecedor somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um "obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores", mercê da parte final do

caput do art. 28, e seu § 5º, do Código de Defesa do Consumidor.

7. A investigação acerca da natureza da verba bloqueada nas contas do recorrente encontra óbice na Súmula 7/STJ.

8. Recurso especial não provido.

(REsp 1096604/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 16/10/2012)

Embora o julgado supratranscrito aborde questão abrangida pela teoria menor da desconsideração, resta evidente que a decisão fundamentou-se em conformidade com a teoria maior, posto que constatado os requisitos insculpidos no artigo 50 do Código Civil.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou a jurisprudência acerca das novidades trazidas pela legislação sobre o tema, através do recurso especial⁵⁷ relatado pelo ministro Luis Felipe Salomão, no qual a desconsideração foi negada, sob o fundamento de que não houve indícios de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial, requisitos essenciais para superar a personalidade jurídica, de acordo com o artigo 50 do Código Civil:

FALÊNCIA. ARRECADAÇÃO DE BENS PARTICULARES DE SÓCIOS-DIRETORES DE EMPRESA CONTROLADA PELA FALIDA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (DISREGARD DOCTRINE). TEORIA MAIOR. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ANCORADA EM FRAUDE, ABUSO DE DIREITO OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. RECURSO PROVIDO.

1. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica - disregard doctrine -, conquanto encontre amparo no direito positivo brasileiro (art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, art. 4º da Lei n. 9.605/98, art. 50 do CC/02, dentre outros), deve ser aplicada com cautela, diante da previsão de autonomia e existência de patrimônios distintos entre as pessoas físicas e jurídicas.

2. A jurisprudência da Corte, em regra, dispensa ação autônoma para se levantar o véu da pessoa jurídica, mas somente em casos de abuso de direito - cujo delineamento conceitual encontra-se no art. 187 do CC/02 -, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, é que se permite tal providência. Adota-se, assim, a

⁵⁷ REsp 693.235.

"teoria maior" acerca da desconsideração da personalidade jurídica, a qual exige a configuração objetiva de tais requisitos para sua configuração.

3. No caso dos autos, houve a arrecadação de bens dos diretores de sociedade que sequer é a falida, mas apenas empresa controlada por esta, quando não se cogitava de sócios solidários, e mantida a arrecadação pelo Tribunal a quo por "possibilidade de ocorrência de desvirtuamento da empresa controlada", o que, à toda evidência, não é suficiente para a superação da personalidade jurídica. Não há notícia de qualquer indício de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial, circunstância que afasta a possibilidade de superação da pessoa jurídica para atingir os bens particulares dos sócios.

4. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ - REsp: 693235 MT 2004/0140247-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 17/11/2009, T4 - QUARTA TURMA, DJe 30/11/2009) (grifo nosso).

Contudo, atualmente, vê-se na prática uma aplicação irrestrita do instituto, que tem sido utilizado pelo Poder Judiciário de forma excessiva, tratando-o como regra geral, desrespeitando a finalidade original de excepcionalidade da desconsideração da personalidade jurídica.

É notório o abuso na aplicação do instituto, tanto por parte dos legisladores como pela jurisprudência pátria, que, na busca pela celeridade, têm utilizado-a demasiadamente, sem o menor rigor técnico e científico, como mandamento universal.

Não raro nos deparamos com julgados que autorizam a *disregard doctrine* sem uma análise fática acerca da questão da pessoa jurídica ter sido ou não desviada de sua finalidade social, mediante abuso de direito, fraude ou confusão patrimonial. Tais decisões levam em consideração apenas o inadimplemento da dívida contraída pela sociedade, conforme se pode extrair da ementa abaixo colacionada com os respectivos trechos do voto do relator da decisão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. **Considerando que a agravante não demonstrou haver patrimônio a fim de garantir o débito e de que há indícios suficientes de que contra a pessoa jurídica restará frustrada a pretensão do credor, somente em relação aos seus diretores haverá alguma expectativa**

da credora em ver adimplido o seu crédito. AGRAVO DESPROVIDO. UNÂNIME.

[...]

Não ficou evidenciado possuir a executada patrimônio capaz de garantir o débito, além de indícios suficientes de que contra a pessoa jurídica restará frustrada a pretensão do credor, somente em relação aos seus sócios/diretores haverá alguma expectativa da credora em ver adimplido o seu crédito.

[...]

No caso dos autos, as agravantes sequer demonstraram a existência de bens em nome da executada a fim de garantia da execução.

Os autos dão indícios suficientes de que a pessoa jurídica não irá honrar com sua obrigação, tendo em vista as circunstâncias acima referidas, sequer localizado o endereço da empresa, conforme ficou evidenciado nos autos.

Assim, a satisfação da dívida deverá recair sobre a pessoa dos diretores, que responderão com o seu patrimônio⁵⁸.
(grifo nosso)

A problemática do tema se põe nas seguintes questões: Em quais casos, de acordo com a jurisprudência, a teoria da desconsideração deve efetivamente ser aplicada? Quais os princípios do ordenamento jurídico que devem ser hierarquizados ao ser aplicada a teoria da desconsideração? Quais são os critérios e os limites de aplicação da *disregard doctrine* no ordenamento jurídico segundo o entendimento jurisprudencial?

Destaca-se que a controvérsia que englobam os critérios e as formas efetivas de responsabilização dos sócios e/ou administradores da sociedade até então não foi objeto de estudo sistemático pela doutrina. Muito menos a jurisprudência é uníssona no tratamento do tema, faltando-lhe o enfrentamento necessário dos verdadeiros valores e critérios a serem sopesados para a determinação de responsabilidade nesses casos. Não há entendimento pacífico, nem mesmo posição unanime, a respeito da matéria, o que evidencia o seu caráter eminentemente polêmico.

Tendo em vista a falta de legislação específica sobre o tema, até o presente momento se fazia imperiosa a análise minuciosa e ponderada do caso concreto, com prudência e cautela, por meio do poder discricionário do juiz, decidindo se houve ou não um efetivo envolvimento do sócio o desvio e função da sociedade, através da concreta comprovação dos fatos. Isso tudo para que haja uma correta e eficaz aplicação

⁵⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70047408117. Vigésima Câmara Cível. Relator: Desembargador Rubem Duarte. Julgado em 18 abr. 2012.

da *disregard doctrine*, não desviando-se de sua verdadeira finalidade, como sempre defendeu Rubens Requião:

Há, pois, necessidade de se atentar com muita agudeza para a gravidade da decisão que pretender desconsiderar a personalidade jurídica. Que nos sirva de exemplo, oportuno e edificante, a cautela dos juízes norte-americanos na aplicação da *disregard doctrine*, tantas vezes ressaltada em seus julgados, que tem ela aplicação nos casos realmente excepcionais⁵⁹.

Diante das divergentes posições e interpretações e das lacunas deixadas pela legislação anterior, o legislador ao elaborar o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) tomou cuidado em dedicar um capítulo específico ao instituto da desconsideração, possivelmente com o escopo de ordenar e finalmente estabelecer as regras processuais a respeito.

Acredita-se que com a entrada em vigor de regras específicas sobre a desconsideração da personalidade jurídica, será construída uma disciplina processual coesa à realidade empresarial, de modo a esclarecer as questões controversas sobre o assunto.

Conforme se demonstrará no próximo capítulo, com a introdução de regras processuais específicas da desconsideração pelo Novo Código de Processo Civil, a maioria das dúvidas sobre o instituto será esclarecida e as discussões perderão seu espaço.

3. DAS INOVAÇÕES DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA LEI Nº 13.105/2015.

3.1 Considerações iniciais

Para fechamento do presente estudo, em consonância e complementação com todo acima exposto, nesse capítulo serão abordadas todas as principais normas acerca do instituto da desconsideração, que serão introduzidas em nosso ordenamento jurídico com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil.

⁵⁹ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica “*Disregard Doctrine*”. In: Enciclopédia Saraiva do Direito, São Paulo. 1977 (p. 8-77).

Como dito, o Novo Código de Processo Civil inseriu em capítulo próprio disposições sobre o procedimento da desconsideração da personalidade jurídica, almejando dar solução definitiva às controvérsias existentes, por meio da positivação de um incidente próprio, tal como defendera Bruschi através da necessidade de criação de uma tutela jurisdicional diferenciada para os casos de aplicação do instituto⁶⁰.

É notória a preocupação do Novo Código de Processo Civil com a efetividade das medidas processuais, visando dar maior celeridade ao processo, de modo a garantir aos que batem à porta dos tribunais real efetividade na prestação jurisdicional.

Especificamente com relação à desconsideração da personalidade jurídica, o principal objetivo do Novo Código de Processo Civil, segundo consta da exposição de motivos de seu anteprojeto, é o de “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal”⁶¹.

Dessa forma, partindo da necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal, preocupou-se o Novo Código de Processo Civil em incluir, expressamente, princípios constitucionais na sua versão processual. Com o mesmo objetivo, outras regras foram incluídas de forma a dar maior concreção a tais princípios, como, no caso, as que preveem um procedimento, com contraditório e produção de provas, previamente à decisão que desconsidera ou não a personalidade jurídica, tanto em sua versão tradicional, como às avessas.

Ademais, prevê, expressamente que, antecedida de contraditório e de produção de provas, haja decisão sobre a desconsideração da personalidade jurídica, com o redirecionamento da ação, na dimensão de seu patrimônio, e também sobre a desconsideração dita inversa, nos casos em que se abusa da sociedade, para usá-la indevidamente com a intenção de camuflar o patrimônio pessoal do sócio e/ou administrador.

Tecidas essas breves considerações, passaremos à análise dos artigos 133 a 137, que tratam do tema, no Livro III (Dos sujeitos do processo), Título III (Da intervenção de terceiros), Capítulo IV (Do incidente da desconsideração da personalidade jurídica), do Novo Código de Processo Civil.

3.2 Natureza: Incidente Processual

⁶⁰ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2009 (p. 110-112).

⁶¹ Cf. Anteprojeto do Código de processo Civil.

A criação do incidente da desconsideração da personalidade jurídica é uma das várias provas de extrema importância dada pelo Código de Processo Civil de 2015 em relação ao princípio constitucional do contraditório⁶².

Ao estabelecer a necessidades de instauração de um incidente processual para garantir o exercício prévio do contraditório pelo sócio cujos bens se queira atingir, o Código de Processo Civil de 2015 encampou o posicionamento intermediário do PL 3.401, de 24/04/2008⁶³.

De um lado, o Novo Código garante o exercício do contraditório antes de se desconsiderar a personalidade jurídica, rompendo com o sistema anterior que havia sido construído pela doutrina e pela jurisprudência no sentido de realizar a desconsideração e a constrição do bem do sócio sem a sua oitiva, postergando-se o exercício do contraditório para eventual processo incidental, com a oposição de embargos de terceiro⁶⁴.

De outro lado, o Código dispensa a instauração de um processo inteiramente autônomo com a finalidade de decretar a desconsideração da personalidade jurídica e constituir título executivo judicial contra o sócio, como pretendia a corrente minoritária⁶⁵.

A predileção do Código de Processo Civil de 2015 pela figura intermediária do incidente processual, no entanto, dá ensejo a algumas dúvidas processuais, a começar com a natureza jurídica do direito exercido no referido incidente. Tratar-se-ia de

⁶² Nesse sentido, confira-se o que diz a Exposição de Motivos do Anteprojeto de Lei: “(...) muitas regras foram concebidas dando concreção a princípios constitucionais como, por exemplo, as que preveem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera a pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou ‘às avessas’. O Código de Processo Civil de 2015 prevê expressamente que, antecedida de contraditório e produção de provas, haja decisão sobre a desconsideração da pessoa jurídica, com redirecionamento da ação, na dimensão de sua patrimonialidade, e também sobre a [des] consideração dita inversa, nos caso em que se abusa da sociedade, para usá-la indevidamente com o fito de camuflar o patrimônio pessoal do sócio” (Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Pagg. 23-24).

⁶³ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015/ Gilberto Bruschi, Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2016 (p. 159).

⁶⁴ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015/ Gilberto Bruschi, Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2016 (p. 159).

⁶⁵ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015/ Gilberto Bruschi, Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2016 (p. 159).

manifestação do direito de ação ou de mero requerimento, em que a parte pretende a adoção de medidas processuais?⁶⁶

A respeito dessa questão, a melhor resposta parece de Flávio Luiz Yarshell⁶⁷, para quem “o pleito de desconconsideração e a ‘defesa’ ofertada pelo terceiro envolvem o exercício do direito de ação”.

De fato a formação de processo autônomo não é requisito para o exercício de direito de ação. Há casos frequentes no processo civil brasileiro da formação de incidentes processuais que veiculem direito de ação, como a reconvenção, a ação declaratória incidental, a denunciação da lide e o incidente de arguição de falsidade de documento⁶⁸.

Esclarece o Novo Código qualquer controvérsia acerca da necessidade de ação de conhecimento com a inclusão dos sócios no polo passivo, pois será a desconconsideração resolvida por incidente próprio e especificamente criado para esse fim.

3.3 Legitimados

O artigo 133 do Código de Processo Civil de 2015 prevê expressamente que os legitimados ativos para requererem instauração do incidente da desconconsideração da personalidade jurídica serão a parte ou o Ministério Público. Confira-se:

Art. 133. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconconsideração inversa da personalidade jurídica.

Ao exigir a iniciativa de um legitimado, já de início, o Código de Processo Civil de 2015 deixa clara sua opção de não permitir a desconconsideração da personalidade jurídica *ex officio*, tal qual preceitua o Código Civil, em seu artigo 50.

⁶⁶ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Fraudes patrimoniais e a desconconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015/ Gilberto Bruschi, Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2016 (p. 159).

⁶⁷ O incidente da desconconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015. Revista da CAASP 16/53, abril de 2015.

⁶⁸ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Fraudes patrimoniais e a desconconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015/ Gilberto Bruschi, Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2016 (p. 159).

Entendeu-se que, por representar a desconsideração um novo pedido, e cujo acolhimento acarreta modificação da sujeição processual passiva, sua realização por iniciativa do órgão jurisdicional importaria afronta ao princípio do dispositivo, pondo em cheque, outrossim, a imparcialidade do órgão jurisdicional.

Há doutrina, no entanto, que se posiciona pela possibilidade de desconsideração *ex officio*, sempre que o direito material não exigir a iniciativa da parte para desconsideração. O fundamental é a observância do contraditório prévio para concretização da desconsideração, já que essa é a finalidade essencial do incidente⁶⁹.

Quanto à menção ao Ministério Público, entende-se abranger tanto a situação em que figurar como parte, como na função de fiscal da lei.

Levanta maiores discussões doutrinárias a referência genérica de “parte”, a qual reproduz o artigo 50 do Código Civil. Em relação à parte, as figuram que imediatamente vêm em mente são as do autor, nos processos em fase de conhecimento, e a do exequente, nos processos em fase de cumprimento de sentença e execução de título extrajudicial.

No entanto, outras figuras menos óbvias de parte, tal como o réu, podem se valer do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Imagine-se, por exemplo, o caso de um avalista, que tenha sido incluído no polo passivo do processo diante da já sabida insuficiência de bens da pessoa jurídica devedora principal. Pode esse avalista utilizar o incidente para demonstrar que a insolvência da devedora principal decorre de ato ilícito de um sócio e pretender que, por força da desconsideração da personalidade jurídica, os bens desse sócio respondam antes de poderem ser executados bens dele, avalista⁷⁰.

Ou, ainda, imagine-se o caso da própria pessoa jurídica ré que pretenda corresponsabilizar um ou alguns de seus sócios que agiram com desvio de finalidade. Nesse sentido dispõe o Enunciado 285 da CEJ/CJF: “*Art. 50. A teoria da desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica em seu favor*”.

O CPC de 2015 admite também o emprego do mesmo incidente para a hipótese de querer responsabilizar pessoa jurídica por atos praticados pelas pessoas naturais que

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; e Daniel Mitidiero. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015 (pág. 208).

⁷⁰ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015/ Gilberto Bruschi, Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2016 (p. 160-161).

a controlam ou comandam. É o sentido da previsão do §2º do artigo 133, ao se referir à “desconsideração inversa da personalidade jurídica”, admitindo, portanto, que pessoa jurídica seja responsabilizada por atos praticados por pessoas naturais de seus quadros sociais⁷¹.

Já a legitimidade passiva do incidente caberá ao sócio (ou à sociedade, no caso de desconsideração inversa), cujos bens o requerente pretenda atingir por meio da desconsideração da personalidade jurídica⁷².

3.4 Cabimento, Requerimento na petição inicial e Suspensão do processo

O caput do artigo 134 do Novo Código de Processo Civil torna clara a amplitude de cabimento do incidente de desconsideração, prevendo-o tanto para a fase de conhecimento, quanto para a fase de cumprimento de sentença, bem como para o processo de execução fundada em título executivo extrajudicial:

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Vale dizer, que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é cabível praticamente em todos os processos que veiculem pretensões condenatórias e executivas, tanto perante a Justiça Comum, quanto perante as Justiças Especializadas. Além disso, o incidente é cabível tanto na fase de conhecimento⁷³ quanto na fase de cumprimento de sentença ou na execução de título extrajudicial⁷⁴.

Aponta-se, aqui, novamente o rompimento do legislado com o que normalmente ocorria durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, ou seja, a decretação

⁷¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

⁷² BRUSCHI, Gilberto Gomes. Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015/ Gilberto Bruschi, Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2016 (p. 162).

⁷³ Inclusive perante os tribunais caso o processo esteja em fase de recurso (cf. art. 932, VI, do CPC/2015).

⁷⁴ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015/ Gilberto Bruschi, Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2016 (p. 163).

da desconsideração já após a fase cognitiva, durante a prática de atos executivos e diante da constatação da insuficiência de patrimônio da sociedade⁷⁵.

O pedido de sua instauração, com a demonstração da presença dos pressupostos materiais, será comunicado imediatamente ao distribuidor, que fará as anotações cabíveis, suspendendo o processo, salvo se o requerimento for feito com a petição inicial⁷⁶, conforme redação dos parágrafos do artigo 134 do Novo Código:

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º 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.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Se a desconsideração é requerida na petição inicial, o contraditório se faz na própria contestação, dispensando a realização de incidente autônomo. Nesse caso, para o processo, devem também ser citados o sócio ou a pessoa jurídica que poderão ser atingidos pela desconsideração. Não haverá suspensão do processo e a prova dos requisitos para a desconsideração devem ser trazidos no curso do processo⁷⁷.

Nesse caso, o pedido será processado junto com as demais pretensões da petição inicial, regra geral pelo procedimento comum e sem a suspensão do processo, podendo ser decidido por sentença⁷⁸ (quando caberá apelação, nos termos do artigo 1.009) ou parcial e antecipadamente na forma do artigo 356 do Novo Código de Processo Civil⁷⁹.

⁷⁵ BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015*/ Gilberto Bruschi, Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 (p. 163).

⁷⁶ Bueno, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015 (p. 133).

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; e Daniel Mitidiero. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015 (pág. 209).

⁷⁸ Conferir, nesse sentido, os Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis nº 248 – (art. 134, § 2º; art. 336) “Quando a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial. Incumbe ao sócio ou a pessoa jurídica, na contestação, impugnar não somente a própria desconsideração, mas também os demais pontos da causa” e nº 390 – (arts. 136, caput, 1.015, IV, 1.009, § 3º) “Resolvida a desconsideração da personalidade jurídica na sentença, caberá apelação”.

⁷⁹ BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015*/ Gilberto Bruschi, Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 (p. 174).

Se requerida em outro momento, o incidente suspende o curso do processo até sua decisão. Será objeto de petição própria, em que o requerente demonstrará a satisfação dos pressupostos materiais para a desconsideração. Além da oitiva da parte contrária, também deverão ser citados para o contraditório o sócio ou a sociedade que poderão ser atingidos pela desconsideração⁸⁰.

Sendo pleiteada fora da petição inicial, o que pode se dar a qualquer momento da fase de conhecimento ou da execução, a desconsideração da personalidade jurídica será processada por meio de incidente, dependendo de pedido do legitimado, com a demonstração do preenchimento dos requisitos legais previstos pela lei material aplicável ao caso concreto⁸¹.

Com isso, conclui-se que trazendo efetividade ao procedimento, o Novo Código incorporou a desconsideração como incidente próprio com cabimento em toda e qualquer fase do processo, o que é plenamente justificável, uma vez que possibilita o contraditório com ampla dilação probatória independentemente da fase em que se encontra o processo.

3.5 Citação do sócio ou da pessoa jurídica

Prosseguindo à análise do novo diploma processual, conclui-se que é o artigo 135 que introduziu a real necessidade de supremacia do contraditório no âmbito da desconsideração, inviabilizando o anterior posicionamento jurisprudencial dominante que possibilitava a desconsideração num momento anterior para só depois permitir a defesa do sócio num momento em que já havia sido determinada a penhora de bens:

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Mencionado artigo impõe a necessidade de citação dos sócios, terceiros e da pessoa jurídica para se manifestarem no prazo comum de 15 dias, bem como requerer a produção de provas, sem, aparentemente, criar qualquer limitação ao exercício do contraditório, em louvável homenagem à ampla defesa.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; e Daniel Mitidiero. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015 (pág. 209).

⁸¹ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015/ Gilberto Bruschi, Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 (p. 174).

A citação do sócio para o incidente obedecerá, como costuma acontecer. Às regras estabelecidas nos artigos 238 a 259 do novo diploma.

O incidente prosseguirá com sua instrução na forma do procedimento comum, devendo ser intimados dos atos nele praticados não apenas os legitimados ativo e passivo, mas também a sociedade, que é parte na demanda principal e possui interesse na sua resolução⁸².

Porém, segundo o Superior Tribunal de Justiça, “a falta de citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, por si só, não induz nulidade, a qual apenas será reconhecida nos casos de efetivo prejuízo ao exercício de defesa” (STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.471.665/MS, rel. Min. Marco Aurélio Belizze. Dje 15/12/2014)⁸³.

Destarte, de acordo com a procedimentalização adotada pelo novo código de processo civil, a desconsideração em momento anterior à manifestação das partes não fica vedada, mas o que a jurisprudência vinha tratando como regra passa a ser exceção.

Ademais, é plenamente aceitável nos casos em que se revele necessária a utilização da medida cautelar para assegurar o resultado útil do processo que se decrete a desconsideração previamente à manifestação do sócio, diferindo o contraditório para momento posterior, trata-se, no entanto, como já ressaltado, de exceção, haja vista que a regra é o direito de manifestação em momento anterior à medida.

3.6 Resolução por decisão interlocutória

Terminada a instrução, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será resolvido por meio de decisão interlocutória, tal como previsto no artigo 136 do Novo Código de Processo Civil:

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

⁸² BRUSCHI, Gilberto Gomes. Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015/ Gilberto Bruschi, Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 (p. 175).

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; e Daniel Mitidiero. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015 (pág. 209).

Por se tratar de decisão interlocutória e haver expressa autorização legal (artigo 1.015, IV, do CPC/2015), a decisão que acolhe ou rejeita o incidente de desconsideração da personalidade jurídica pode ser desafiada mediante recurso de agravo de instrumento⁸⁴.

Contudo, se o incidente for instaurado em grau recursal e for decidido pelo relator (cf. artigo 932, IV, do CPC/2015), o recurso cabível será agravo interno ao órgão colegiado a que pertencer o relator.

Além disso, embora interlocutória, a decisão que resolve o incidente de desconsideração da personalidade jurídica decide matéria de mérito e será imunizada por coisa julgada material, podendo eventualmente ser impugnada via ação rescisória⁸⁵.

3.7 Desconsideração da personalidade jurídica e fraude à execução

Em relação à fraude à execução, o artigo 137 do novo diploma estabelece que o acolhimento do pedido de desconsideração torna ineficaz os atos de alienação ou oneração de bens em relação ao seu requerente, ou seja, à parte ou ao Ministério Público, dependendo de quem provocou o incidente, *verbis*:

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

Contudo, mencionado dispositivo não é claro com relação ao marco inicial em que os atos de alienação ou oneração teriam ocorrido em fraude à execução.

Da conjugação do artigo 137 com o §1º do artigo 134 do Novo Código de Processo Civil – que exige a anotação do legitimado passivo no cartório distribuidor – poder-se-ia concluir que o marco inicial para configuração da fraude à execução seria o momento da anotação do nome do sócio no cartório distribuidor, a partir de quando os terceiros fossem adquirir bens desse sócio, poderiam saber que pendia contra ele demanda capaz de reduzi-lo à insolvência⁸⁶.

⁸⁴ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015/ Gilberto Bruschi, Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 (p. 175).

⁸⁵ Nesse sentido, a posição de Yarshell, Flávio Luiz. O incidente..., cit., p. 52: “A decisão aí proferida (ainda que interlocutória), será apta à formação de coisa julgada material e, eventualmente, estará sujeita a ação rescisória”.

⁸⁶ Tal interpretação, que, na linha da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça, prestigia a boa-fé do terceiro adquirente que faz pesquisa nos distribuidores forenses, já estava praticamente consolidada quando da promulgação do Novo Código de Processo Civil. É o que se depreende do seguinte julgado:

Seguindo o entendimento da Corte Especial do STJ, que exige a citação do devedor para a configuração de fraude à execução⁸⁷, outra interpretação válida seria fixar o marco inicial para a fraude à execução no momento da citação do sócio para o incidente da desconsideração da personalidade jurídica (art. 135 do CPC/2015)⁸⁸.

De fato, os artigos 135 e 136 do CPC/2015 preveem que a desconsideração não se dará a não ser que o terceiro seja citado para se defender no incidente e o §4º do artigo 795 reforça tal conclusão estabelecendo que “para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do previsto neste Código”⁸⁹.

Contudo, o artigo 792, §3º, do CPC/2015 contraria essas duas interpretações ao prever que “nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar”⁹⁰.

Vale dizer que, por tal dispositivo, o marco inicial para ocorrência de fraude à execução, seria a partir do momento em que a sociedade (ou o sócio na desconsideração inversa) for citada na demanda principal.

Para Gilberto Gomes Bruschi, tal solução é de todo desaconselhável, uma vez que gerará extrema insegurança jurídica para os terceiros na aquisição de bens dos sócios, pois nada constará nos ofícios distribuidores em nome desses e, ainda assim, tais aquisições poderão ensejar a decretação de fraude à execução.

Entendemos, portanto, que a interpretação dos artigos 137 e 792, §3º, do CPC/2015 devem ser harmonizadas com os artigos 134, §1º, e 135 do mesmo diploma e

“DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL FRAUDE À EXECUÇÃO CONFIGURADA PENHORA. A presente Execução foi distribuída em 24 de maio de 2010 (fl. 30), em 13 de outubro de 2011, houve a desconsideração da personalidade jurídica e determinada a anotação dos nomes dos sócios ao Distribuidor nos termos do Provimento CG nº 24/2006, e desde já, determinada a penhora de bens pessoais até a satisfação integral da dívida (fls. 95/97). Considerando que os Agravantes alienaram o imóvel somente em 28 de junho de 2013, conforme informação constante da Escritura Pública Definitiva de Venda e Compra de Imóvel Urbano (...), restou incontroverso nos autos que a alienação do bem foi efetivada após o ajuizamento da ação executiva e à decretação da desconsideração da personalidade jurídica, razão pela qual os Agravantes já tinham conhecimento de que os bens particulares dos sócios respondiam pelas obrigações da pessoa jurídica, conforme artigo 50, do Código Civil.” (TJSP, 38ª Câm. Dir. Priv., AI 2184605-62.2014.8.26.0000, rel. Des. Eduardo Siqueira, j. 11.02.2015)

⁸⁷ STJ, EREsp 259.890/SP, Corte Especial, j. 02/06/2004, rel. Min. José Delgado, DJ 13/09/2004: “não é possível a declaração de fraude à execução sem a existência de demanda anterior com citação válida”.

⁸⁸ É esse, por exemplo, o entendimento de Flávio Luiz Yarshell.

⁸⁹ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015/ Gilberto Bruschi, Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 (p. 177).

⁹⁰ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015/ Gilberto Bruschi, Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 (p. 177).

com a prevalência da boa-fé do terceiro adquirente, já consagrada pelo STJ na Súmula 375, de modo que o magistrado verifique a ocorrência de fraude de execução a partir da anotação do nome do sócio no cartório distribuidor, isto é, da instauração do incidente⁹¹.

A interpretação correta do marco inicial, portanto, não deve ser a partir da citação para a ação principal, nem da citação daquele que se pretende responsabilizar e, muito menos do acolhimento do incidente de desconconsideração, como define equivocadamente o artigo 137.

Opinião semelhante é a exarada por Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello, para quem:

“O §1º (do art. 134) estabelece a necessidade de que a instauração do incidente seja comunicada ao distribuidor. (...) Possibilitar que terceiros tenham ciência da possibilidade da desconconsideração é a finalidade deste ofício dirigido ao distribuidor, para que se saiba que, a partir daquele momento, alienações e onerações dos bens do sócio ou da sociedade (no caso da desconconsideração inversa) poderão ser tidas como fraudulentas. Essa situação, como já observamos, equivale à pendência de ação contra o responsável”.

Assim, se a alienação ou oneração de bens do sócio ocorrer após esse marco inicial (admissibilidade da instauração do incidente e anotação no distribuidor) e dele resultar a frustração da atividade executiva, a fraude à execução estará configurada e o ato será considerado ineficaz em relação ao requerente do incidente⁹².

⁹¹ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Fraudes patrimoniais e a desconconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015/ Gilberto Bruschi, Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 (p. 178).

⁹² BRUSCHI, Gilberto Gomes. Fraudes patrimoniais e a desconconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015/ Gilberto Bruschi, Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 (p. 179).

CONCLUSÃO

Realizadas as considerações acerca da positivação do incidente da desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código de Processo Civil, cumpre ressaltar o progresso que representa a instrumentalização para a consagração da doutrina, conferindo a devida importância ao instituto que ficava à mercê da interpretação judicial mais cômoda à luz do caso concreto, sem conferir a devida segurança jurídica.

Antes de tudo, cabe lembrar que a teoria da desconsideração foi inicialmente criada pela doutrina e pela jurisprudência como um mecanismo de tutela da boa-fé na condução da pessoa jurídica, repudiando atos fraudulentos e abusivos no uso das prerrogativas desse ente.

Com a evolução da teoria da desconsideração, existiram diversas interpretações e discussões acerca dos seus requisitos, momento e forma de aplicação, cada qual conferindo maior importância a determinados interesses e, por vezes, desvirtuando o instituto.

A regra geral que até então vinha sendo adotada no ordenamento jurídico está prevista no artigo 50 do Código Civil, que consagra a teoria maior da desconsideração, tanto na sua forma subjetiva quanto objetiva.

O fato é que, exceto em situações excepcionais, somente é possível a desconsideração quando verificado o desvio da sua finalidade, caracterizado pelo desvio intencional do sócio de fraudar seus credores com o uso abusivo da autonomia patrimonial da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial, demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios.

A desconsideração da personalidade jurídica é um instituto de suma importância, que foi recepcionado pelo Novo Código de Processo Civil, que trouxe previsão legal processual e será utilizado para dirimir as dúvidas até então existentes.

Ainda que o Novo Código de Processo Civil possa ter algumas falhas, é louvável o intuito de se estabelecer um procedimento a ser seguido, evitando assim, a utilização de procedimentos diversos em casos semelhantes.

A perspectiva é que se aplicado da maneira correta, o instituto da desconsideração servirá para o aprimoramento da pessoa jurídica, coibindo os abusos praticados pelas pessoas que as constituem, que são ocultados pelo princípio da autonomia patrimonial e da separação das personalidades.

Contudo, em compensação, se o instituto da desconsideração for aplicado sem critérios, ensejará o corrompimento do ente personificado e comprometerá a sua função institucional lhe conferindo grandes prejuízos.

Desta feita, a sistematização pelo Novo Código de Processo Civil, ainda que tardia, cria um molde que resguarda os direitos dos sócios e administradores da pessoa jurídica, somente atingindo o patrimônio destes após ampla cognição. Tal fato protege os diversos interesses tutelados pela *disregard doctrine*, que possui como escopo encorajar a devida utilização do instituto da pessoa jurídica, de modo a prestigiar a efetividade da separação patrimonial, conferindo evidente aumento de segurança jurídica às pessoas jurídicas e seus sócios, e, ao mesmo tempo, também dá credibilidade ao procedimento tomado pelos credores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Mariana Candini. Alguns aspectos processuais da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e análise do procedimento pretendido pelo anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9577&revista_caderno=21. Acesso em: 24. Fev. 2016.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015/ Gilberto Bruschi, Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

CARVALHO, Nathalia Vernet de Borba. A desconsideração da personalidade jurídica e o redirecionamento da execução contra os sócios. Disponível em http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/nathalia_carvalho.pdf. Acesso em 11. Março. 2016.

CARVALHO, Pedro Marco Brandão. Desconsideração da personalidade jurídica: teorias, aspectos processuais e o direito falimentar. Disponível em: http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/PEDRO_MARCO_BRANDAO.pdf. Acesso em 10. Fev. 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa *apud*: ALVIM, Eduardo Arruda e GRANADO, Daniel William. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. Revista Forense. V. 412, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial de acordo com o novo Código Civil e alteração da LSA. São Paulo: Saraiva, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, v. 2.

DIDIER JR, Fredie Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do CC-2002). In: Regras processuais no novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *apud* ALVIM, Eduardo Arruda, Granado, Daniel Willian. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. Revista Forense. Rio de Janeiro, 412, p. 63-84, nov./dez.2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FARIA, Cristiano Chaves de; Rosendal, Nelson. Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 10ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

FERREIRA, Daniel Franco. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/98/3/20505337.pdf>. Acesso em 10 de Março de 2016.

FIUZA, César. Direito Civil: curso completo, 8ª ed. Ver., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze, Pamplona Filho, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral. 8ª Ed. Rev., atual e reform. São Paulo: Saraiva, 2005.

GARCIA, Gabriela Helou, Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/455/293>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

GASPARINI, Diógenes. Desconsideração Administrativa da pessoa jurídica. In: Revista JML de licitações e contratos, v. 1, nº 2, março de 2007.

GONÇALVES, Oksandro. Desconsideração da Personalidade Jurídica, Curitiba: Juruá, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da personalidade jurídica: aspectos de direito material e processual. Revista Forense, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica – aspectos de direito material e processual. Revista do Ministério Público Vol. 6. 2006.

JUSTEM FILHO, Marçal. Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica. Disregard Doctrine e os Grupos de Empresas. 3ª Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; e Daniel Mitidiero. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial. 28ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado: pessoas físicas e jurídicas. 2ª ed. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 2000.

PEREIRA, Vinícius Guimarães Mendes. A desconsideração da personalidade jurídica nas sociedades empresárias. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37241/a->

desconsideracao-da-personalidade-juridica-nas-sociedades-empresarias. Acesso em: 18. Fev. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: Introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil. 22ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Marina Silva Fonseca. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica do Novo CPC. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2016/01/19/o-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-do-novo-cpc/>. Acesso em 10. Março. 2016.

REQUIÃO. Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica “*Disregard Doctrine*”. In: Enciclopédia Saraiva do Direito, São Paulo. 1977.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. 34ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSEVALD, Nelson, Chaves, Cristiano. Direito Civil: Teoria Geral. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Osmar Vieira da. Desconsideração da Personalidade Jurídica: aspectos processuais. Rio de Janeiro: renovar, 2002.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário. São Paulo: Atlas, 2008.

TOMAZETTE, Marlon. Direito Societário. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004 .