



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Vitor Dias Conceição

INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERNOSALIDADE JURÍDICA:
OS REFLEXOS TRAZIDOS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E PELA LEI DA
LIBERDADE ECONÔMICA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

SÃO PAULO

2020

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Vitor Dias Conceição

INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA:
OS REFLEXOS TRAZIDOS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E PELA LEI DA
LIBERDADE ECONÔMICA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em **Direito Processual Civil**, sob a orientação do Professor Doutor **Cassio Scarpinella Bueno**.

Conceição, Vitor Dias.

Instituto da desconsideração da personalidade jurídica: os reflexos trazidos pelo novo código de processo civil e pela lei da liberdade econômica / Vitor Dias Conceição – São Paulo, 2020.

Trabalho de Conclusão da Especialização (pós-graduação) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020.

Orientador: Prof. Dr. Cassio Scarpinella Bueno.

1. Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica. 2. Aspectos Históricos e Teorias. 3. Novo Código de Processo Civil. 4. Lei da Liberdade Econômica. 5. Autonomia Patrimonial.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Vitor Dias Conceição

Aprovado em: ____/____/____

Examinadores

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus, por toda sua força e por ter guiado os meus passos para que não me desviasse dos seus caminhos.

Ao meu orientador Professor Dr. Cassio Scarpinella Bueno, por ter aceitado a orientação deste trabalho e, de forma atenciosa, ter acompanhado a elaboração desta monografia.

Aos meus pais, Sr. Joselito e Sra. Marisa, a minha irmã Andressa e a minha namorada Bárbara, por todo o suporte, apoio e paciência, bem como por não medirem esforços para que eu alcançasse meus objetivos.

Aos meus amigos e colegas de profissão que estiveram presentes durante a especialização no curso de Direito Processual Civil, pela companhia e cumplicidade ao longo dessa jornada.

A Professora Dra. Fabiana de Souza Ramos pelos ensinamentos e estímulos oferecidos em aula, durante todo o curso.

E a todos que, de alguma forma, fizeram parte da minha formação. Por seu apoio, minha eterna gratidão.

É muito melhor lançar-se em busca de conquistas grandiosas, mesmo expondo-se ao fracasso, do que alinhar-se com os pobres de espírito, que nem gozam muito nem sofrem muito, porque vivem numa penumbra cinzenta, onde não conhecem nem vitória, nem derrota.

Theodore Roosevelt

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade a análise das alterações trazidas pelo novo código de processo civil e pela lei da liberdade econômica ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

O problema é tratado a partir de uma abordagem exploratória, mediante pesquisa bibliográfica, apontando desde a origem histórica do instituto, com todas as suas denominações e teorias, bem como sobre a novidade do incidente processual, trazida pelo novo código de processo civil e as alterações ocorridas no artigo 50 do Código Civil brasileiro, que estabelece os requisitos para concessão da desconsideração da personalidade jurídica.

Palavras-chave: Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica. 2. Aspectos Históricos e Teorias. 3. Novo Código de Processo Civil. 4. Lei da Liberdade Econômica. 5. Autonomia Patrimonial.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the changes brought by the new code of civil procedure and the law of economic freedom for the institute of disregard of legal personality.

The problem is addressed from an exploratory approach, through bibliographical research, pointing from the historical origin of the institute, with its denominations and theories, as well as on the novelty of the procedural incident, brought by the new code of civil procedure and the changes that occurred in Article 50 of the Brazilian Civil Code, establishing the requirements for granting of the disregard of the legal personality.

Keywords: 1. The disregard of the legal entity. 2. Historical Aspects and Theories. 3. New Civil Procedure Code. 4. Economic Freedom Act. 5. Patrimonial Autonomy.

LISTA DE ABREVIATURAS

CPC – Código de Processo Civil

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CJF – Conselho da Justiça Federal

EUA – Estados Unidos da América

IDPJ – Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica

LLE – Lei da Liberdade Econômica

STJ – Superior Tribunal de Justiça

RESP – Recurso Especial

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. <u>DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: ASPECTOS HISTÓRICOS, CONCEITO E SUAS TEORIAS.....</u>	13
1.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO.....	13
1.2 CONCEITO E TERMINOLOGIA.....	14
1.3 PANORAMA DO INSTITUTO UTILIZADO NO DIREITO BRASILEIRO.....	16
1.4 DAS TEORIAS MAIOR E MENOR.....	17
2. <u>DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COM A VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI Nº 13.105/2015)</u>	19
2.1 DOS ELEMENTOS DA DEMANDA.....	20
2.1.1 Das Partes Envolvidas.....	20
2.1.2 Da Causa de Pedir.....	22
2.1.3 Do Pedido.....	23
2.2 LEGITIMAÇÃO DAS PARTES E AS PESSOAS ATINGIDAS PELA DESCONSIDERAÇÃO.....	25
2.2.1 - Da Possibilidade de Litisconsórcio.....	26
2.2.2 - Da Possibilidade de Intervenção de Terceiros.....	27
2.2.3 - Chamamento ao Processo.....	28
2.2.4 - Denúnciação da Lide.....	29
2.2.5 - Assistência.....	31
2.3 REQUISITOS E PRESSUPOSTOS LEGAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	32
2.4 DA PRODUÇÃO E DO ÔNUS DA PROVA NO INSTITUTO.....	35
2.5 DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA.....	38
2.6 DA DESNECESSIDADE DE AÇÃO AUTÔNOMA E DA POSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE PROCESSUAL.....	41
2.7 DO CONTRADITÓRIO	45
2.8 FRAUDE CONTRA CREDORES.....	47
2.9 FRAUDE À EXECUÇÃO.....	48
3. <u>DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA A NOVA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA (LEI nº 13.874/2019)</u>	51
3.1 DAS NOVIDADES TRAZIDAS PELA NOVA LEI.....	51
3.2 AUTONOMIA PATRIMONIAL ENTRE A SOCIEDADE E OS SÓCIOS.....	53

3.3	ABUSO DE PERSONALIDADE - DESVIO DE FINALIDADE E CONFUSÃO PATRIMONIAL.....	55
3.4	DA FORMAÇÃO DO GRUPO ECONÔMICO.....	59
3.5	DA POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO OU EXPANSÃO DA FINALIDADE DA EMPRESA.....	63
4.	<u>CONCLUSÃO.....</u>	<u>64</u>
5.	<u>REFERÊNCIAS.....</u>	<u>65</u>

INTRODUÇÃO

O surgimento da personalidade jurídica ordenou no Brasil e no mundo a responsabilidade das sociedades civis e mercantis através da autonomia patrimonial, o qual determinou a divisão do patrimônio dos sócios com o da sociedade. As novas leis incentivaram o crescimento da atividade comercial, tentando evitar, na medida do possível, os problemas que pudessem ocorrer com o exercício das negociações empresariais.

Porém, a separação do patrimônio possibilitou o início das fraudes e abusos de direito praticados sob o véu da pessoa jurídica, obrigando o direito a elaborar mecanismos capazes de ajustá-la a propósitos legítimos.

Desta forma, os doutrinadores foram buscar em julgados estrangeiros soluções para evitar que a proteção individual dos bens dos sócios resultasse em desvio da finalidade da pessoa jurídica, por meio da fraude ou abuso de direito, ocasionando prejuízo ao credor que não possui meios de ressarcir-se do dano, diante da positivação da autonomia patrimonial.

Assim, o instituto da desconsideração da pessoa jurídica foi a forma encontrada pelos doutrinadores para realizar as correções aos desvios de finalidade da pessoa jurídica, que teve sua positivação e origem no direito costumeiro.

Referido instituto ganhou força na década de 50 (cinquenta), a partir da tese de doutorado defendida por Rolf Serick na Universidade de Tübingen, Alemanha.

Foi com base em sua teoria, que foi fundamentada a superação da personalidade jurídica da sociedade em casos específicos, pulando, desta maneira, a barreira da responsabilidade limitada dos sócios. Ou seja, o magistrado, em razão do abuso da pessoa jurídica, pode, para impedir a realização do ilícito, desconsiderar o princípio da separação entre o empresário e a sua empresa.

Esse princípio, conhecido como princípio da autonomia patrimonial, tem como objeto a divisão dos bens, direitos e obrigações, de modo a não se confundir o patrimônio jurídico da sociedade com o de seus sócios.

A autonomia não é necessariamente atacada pelo instituto da desconsideração, sendo que este último somente é usado excepcionalmente, em casos de práticas fraudulentas e abusivas, atingindo o patrimônio do verdadeiro responsável pelas ilicitudes concretamente identificadas.

Ocorre que, pela falta de rito processual no Brasil pelo revogado Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/73), nem sempre a desconsideração foi utilizada acertadamente, abalroando, por vezes, com o princípio da autonomia patrimonial.

Com intuito de suprimir tal omissão, o Novo Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015) e a Nova Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) introduziram diversas alterações na legislação pátria, como, por exemplo, o surgimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, pelo artigo 133 do Código de Processo Civil e a alteração do artigo 50 do Código Civil, abordando o tema da desconsideração como mecanismo de utilização mais restrito, privilegiando assim a segurança jurídica e a livre iniciativa empresarial.

As alterações e inclusões são recentes e veremos o resultado com o passar do tempo, mas pelo histórico de volatilidade do direito brasileiro, sabemos que surgirão diversas outras novidades, para podermos nos adequar com o período que estamos vivendo.

1. DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: ASPECTOS HISTÓRIOS, CONCEITO E SUAS TEORIAS.

Para possibilitar uma análise mais ampla das novidades introduzidas no instituto da desconsideração da personalidade jurídica, faz-se necessário o estudo de alguns aspectos deste tema, como sua evolução histórica, conceito, teorias e seus princípios norteadores.

1.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica foi criado para coibir o uso ardiloso e incorreto da proteção patrimonial adquirida pela personalização das sociedades. Assim esclarece o Professor Fábio Ulhôa Coelho:

A doutrina criou, a partir de decisões jurisprudenciais nos EUA, Inglaterra e Alemanha, principalmente, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, pela qual se autoriza o Poder Judiciário a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, sempre que ela tiver sido utilizada como expediente para a realização de fraude. Ignorando a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar-se, direta, pessoal e ilimitadamente, o sócio por obrigação que, originariamente cabia à sociedade.¹

Desta maneira, a desconsideração enseja, processualmente, o descarte da autonomia patrimonial, desconstituindo a blindagem da segregação entre os patrimônios da sociedade e seu empresário.

A história desse instituto aponta a primeira aplicação desse remédio na Inglaterra², no ano de 1897, no *leading case* conhecido como Salomon x Salomon Co, resumido com sutileza por Marlon Tomazette:

Aaron Salomon era um próspero comerciante individual na área de calçados que, após mais de 30 anos, resolveu constituir uma *limited company* (similar a uma sociedade anônima fechada brasileira), transferindo seu fundo de comércio a tal sociedade. Em tal companhia, Aaron Salomon tinha 20 mil ações, e outros seis sócios, membros de sua família, apenas uma cada um. Além das ações, o mesmo recebeu várias obrigações garantias, assumindo a condição de credor privilegiado da companhia.

Com o tempo, a suscitada companhia mostrou-se inviável, entrando em liquidação, onde os credores sem garantia restaram insatisfeitos.

¹ COELHO, Fábio Ulhôa. Manual de Direito Comercial. 14ª Ed. Saraiva, São Paulo. Saraiva, 2003, p. 126

² Trata-se a Inglaterra de país sob o sistema legal de Common Law, onde o Direito se baseia com mais força nos princípios do que no texto legal.

Com a finalidade de proteger os interesses de tais credores, o liquidante pleiteou uma indenização pessoal de Aaron Salomon, sendo que a companhia era ainda a atividade pessoal do mesmo, uma vez os demais sócios eram fictícios.

O juiz inaugural e o tribunal desconsideraram a personalidade da companhia, impondo a Salomon a responsabilidade sobre as dívidas da empresa. Tal decisão foi reformada pela Casa dos Lordes, que prestigiou a autonomia patrimonial da empresa regularmente constituída. Assim, surgia a famosa "*disregard doctrine*".³

Mesmo que a *disregard doctrine*⁴ não tenha prevalecido no *leadind case* abordado acima, foi a partir deste caso que a mesma se espalhou para todos os territórios, cujo sistema adotado era a Common Law, especialmente nos Estados Unidos, onde teve um amplo desenvolvimento doutrinário sobre este instituto. Na década de 50, a desconsideração alcançou espaço no Sistema Jurídico Alemão⁵, alastrando-se para demais países europeus e outros sob sistema de Civil Law. No Brasil, referida doutrina teve seu pontapé inicial nos anos 60.

1.2 CONCEITO E TERMINOLOGIA

A desconsideração da personalidade jurídica, se trata do meio de repressão à frustração da atividade executiva. Referido conceito é caracterizado pela decretação da ineficácia do limite patrimonial da empresa, para que também sejam atingidos os bens dos 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 desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Nessa esteira, o conceito da desconsideração origina-se de uma responsabilidade executiva secundária, ou seja, em que a obrigação foi assumida pelos sócios, tendo em vista que eles contraíram uma sociedade e formalizaram o registro da pessoa jurídica. Assim, a validade da sociedade não é questionada na desconsideração da personalidade jurídica, pois ela continua existindo.

³ TOMAZETTE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o CDC e o novo Código Civil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3104>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

⁴ Uma das várias expressões utilizadas para se referir à desconsideração da personalidade jurídica; dentre as quais, também se pode citar: "disregard of legal entity", "piercing the corporate veil", "desestimación de la personalidad", entre outros

⁵ Através dos estudos do catedrático Rolf Serick professor da Faculdade de Direito de Heidelberg, que analisou a jurisprudência Norte Americana e Inglesa.

Ordena o artigo 790 do Novo Código de Processo Civil (antigo Art. 591 do CPC/73) que ficam sujeitos à execução os bens do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

A desconsideração é o instituto criado para afastar momentaneamente esta autonomia patrimonial que as pessoas jurídicas possuem, como forma de realizar a satisfação das obrigações pactuadas.

Com origem na jurisprudência anglo-saxônica a desconsideração lá é conhecida como "*disregard of legal entity*" ou "*disregard doctrine*". Nos países da Common Law usam-se também expressões retóricas como levantar o véu da pessoa jurídica ("*piercing the corporate veil*"). No direito alemão fala-se em "*Durchgriff derr juristischen Person*", no direito italiano "*superamento della personalità giuridica*", no direito argentino "*desestimación de la personalidad*"⁶

Aqui no Brasil a nomeação mais usual e correta para tal instituto é a desconsideração da personalidade jurídica, não se podendo falar em despersonalização. No caso, não se trata de mero preciosismo terminológico, uma vez que há uma grande diferença entre as duas figuras, despersonalizar é completamente diverso de desconsiderar a personalidade.

Enquanto “despersonalizar” significa anular a personalidade, na desconsideração a personalidade resta mais protegida, já que não se trata de anulação definitiva da personalidade, mas sim de uma simples desconsideração, uma retirada momentânea de eficácia da personalidade.

"A *disregard doctrine* não visa a anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto dentro de seus limites, a pessoa jurídica em relação às pessoas que atrás dela se escondem"⁷. A pessoa jurídica é um instituto muito importante para ser destruído, de modo que não deve ocorrer a despersonalização, " a destruição da entidade pessoa jurídica, mas a suspensão dos efeitos da separação patrimonial in casu"⁸.

Depreende-se de que se trata de uma técnica com aplicação em situações específicas, por isso fala-se em suspensão episódica e temporária, já que a pessoa jurídica continuará a existir para todos os demais atos, diferentemente da despersonalização.

⁶ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante, A desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) e os grupos de empresas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forenseop., p. 65.

⁷ REQUIÃO, Rubens, Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica, p. 14.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. 2 ed. São Paulo: RT, 197

1.3 PANORAMA DO INSTITUTO UTILIZADO NO DIREITO BRASILEIRO.

Conforme já comentado, no Brasil, a *disregard doctrine* teve suas primeiras aparições na década de 60, com os estudos de Rubens Requião, segundo o qual, tal instituto jurídico não constitui a “anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito concreto”⁹.

Nesse período, vigia o Código Civil de 1916 que não fazia qualquer menção à desconsideração da personalidade jurídica, pois quando da sua elaboração, a própria Europa e Estados Unidos estavam iniciando os estudos acerca do referido instituto.

Mesmo assim, para fundamentar a aplicação do instituto, independentemente de legislação nesse sentido, o renomado jurista defendia que caberia ao juiz natural da causa, por seu livre convencimento, afastar ou não a blindagem da personalidade jurídica conforme a questão fática de cada caso. Nesse sentido, é bastante claro seu entendimento:

Se a personalidade jurídica constitui uma criação de lei, como concessão do Estado à realização de um fim, nada mais procedente de que se reconhecer no Estado, através de sua justiça, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado. A personalidade jurídica passa a ser considerada doutrinariamente um direito relativo, permitindo ao juiz penetrar o véu da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude através de seu uso¹⁰.

Portanto, até a década de 90, coube à jurisprudência, baseada nos estudos de Rubens Requião e de outros que se seguiram a partir daquele, a tratativa da desconsideração da personalidade jurídica.

O surgimento de leis sobre essa questão se deu apenas em 1990 com o advento do Código de Defesa do Consumidor, que trouxe a seguinte disposição no seu artigo 28:

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.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

⁹ REQUIÃO, Rubens. “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica”, na Revista dos Tribunais, n. 410, p. 12, 1969

¹⁰ REQUIÃO, Rubens. “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica”, na Revista dos Tribunais, n. 410, p. 15, 1969

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

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

Com o passar dos anos o instituto continuou evoluindo, a partir do Código de Defesa do Consumidor, ensejando a necessidade de seu alastramento a outros ramos do Direito, como, por exemplo, a sua expressa inclusão no artigo 50 do Código Civil de 2002, recentemente alterado pela lei da liberdade econômica, conforme será abordado adiante.

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.¹¹

Por fim, com a inclusão desse artigo no Código Civil de 2002, restou claro a existência de duas teorias distintas sobre referido instituto que, podem ser ementadas em duas principais vertentes: (i) teoria menor e (ii) teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica.

1.4 DAS TEORIAS MAIOR E MENOR.

Nos termos do acima exposto, existem 2 (duas) teorias que norteiam a desconsideração da personalidade jurídica, como constata Fabio Ulhôa Coelho:

1. A **teoria maior**, que corresponde à versão tradicional do instituto, levando em consideração aspectos subjetivos (como o desvio de finalidade e o abuso de direito);
2. 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 dos sócios.¹²

Pois bem. Os artigos 50 do Código Civil, caput do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, artigo 34 da Lei de Defesa da Ordem Econômica e o artigo 14 da Lei Anticorrupção são ótimos exemplos do nosso ordenamento jurídico brasileiro de aplicação da teoria maior.

Porém, também existem casos, mesmo que raros, onde aplica-se a teoria menor, como é o caso do §5º do artigo 28 do CDC e no artigo 4º da Lei de Defesa do Meio Ambiente:

¹¹ Art. 50 – CC 2002 (antes da alteração);

¹² COELHO, Fabio Ulhôa. Curso de direito comercial de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 40 e seguintes.

Art. 4º: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”¹³

Nessa esteira, vale esclarecer que a teoria maior é a regra geral em nosso ordenamento jurídico, obrigando a comprovação de desvio de finalidade, prova de insolvência ou da confusão patrimonial para que então, seja desconsiderada a personalidade jurídica.

Com o tempo, juristas e operadores do direito a subdividiram em paralelo objetivo e paralelo subjetivo. No objetivo, não importa o elemento da fraude, a confusão patrimonial é considerada suficiente para a desconsideração, também sendo extremamente necessário. Sendo assim, se os sócios possuírem bens seus em nome da empresa, é requisito para a autorização da desconsideração.

Já o paralelo subjetivo não age dessa forma, concluindo que deve haver demonstração de abuso da personalidade jurídica, seja ele pela fraude, bem como pelo desvio da finalidade atribuído a personalidade jurídica.

A teoria menor é tratada por Rolf Hanssen Madaleno como um certo desprezo:

Para adeptos da formulação menor da desconsideração da personalidade jurídica, também reconhecida como aplicação objetiva do desvendamento, existe completo desprezo à forma jurídica, sendo suficiente, tão-somente a demonstração da insolvência da empresa e a não satisfação do crédito.¹⁴

Quanto a essas teorias no Direito Trabalhista, em virtude de não possuir respaldo legal na Consolidação das Leis Trabalhistas, aplica-se subsidiariamente o artigo 50 do Código Civil em casos relacionados a Justiça do Trabalho.

Nesses casos, a verba pleiteada pelo reclamante é de natureza alimentar, caracterizando-se como uma fraude a tentativa de impedir a sobrevivência do trabalhador se respaldando de legislação para aplicação da teoria menor.

Ademais, a aplicação de cada uma das teorias pode ser encontrada em jurisprudências, conforme ementa abaixo transcrita:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO MONITÓRIA - DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA - INAPLICABILIDADE DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO - INCIDÊNCIA DA TEORIA MAIOR DA DESCONSIDERAÇÃO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE ATOS ABUSIVOS OU

¹³ BRASIL, Lei 9.608 de 1998. Congresso Nacional.

¹⁴ MADALENO, Rolf Hanssen. A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa jurídica no direito de família e no direito das sucessões. 2008. 364 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 85

FRAUDULENTOS DOS SÓCIOS - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. · A teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica toma por base a existência de uma relação de consumo entre as partes, o que não se configura nos autos, já que há indícios que os produtos adquiridos servirão como insumos ou matérias-primas que se destinaram a produzir outros bens ou prestar determinado serviço.· Aplicabilidade da teoria maior, pela qual, faz-se necessária a demonstração de atos abusivos ou fraudulentos dos sócios.¹⁵

Desta forma, conclui-se que o entendimento majoritário adota a teoria maior em inúmeros casos, sendo os de aplicação da teoria menor exclusivos a assuntos relacionados aos direitos do consumidor e do meio ambiente.

2. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COM A VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI Nº 13.105/2015).

A sociedade empresária possui obrigações absolutamente autônomas. No entanto, a legislação determina que a pessoa física dos sócios e também dos administradores da sociedade, podem responder por meio de seus bens particulares pelas responsabilidades, inclusive, patrimoniais da empresa.

Nesse sentido, mesmo que a dívida seja da pessoa jurídica a responsabilidade em casos excepcionais, como por exemplo, constatado o abuso da personalidade jurídica para ocultação patrimonial, pode recair sobre o patrimônio dos sócios, por meio da desconsideração da personalidade jurídica e conforme art. 790, VII, do CPC/15.

Ainda que o direito material – mais especificamente o artigo 50 do Código Civil (antes da alteração) – continuamente ratificasse este tema, o direito processual carecia de regulamentação acerca do procedimento da desconsideração da personalidade jurídica.

Por esses e outros motivos, o novo Código de Processo Civil trouxe o procedimento adequado para o requerimento, que visa alcançar o patrimônio dos sócios, desde que os requisitos materiais previstos no Código Civil estejam devidamente comprovados, mediante interpretação restrita e em obediência ao devido processo legal.

¹⁵ TJ-SE - AI: 2006210072 SE, Relator: DES. JOSÉ ALVES NETO, Data de Julgamento: 22/05/2007, 1ª. CÂMARA CÍVEL

2.1 ELEMENTOS DA DEMANDA

Como é cediço, a demanda é um *ato* de tentativa de refúgio no Poder Judiciário. É com ela, corretamente instrumentalizada por uma *petição inicial*, que se instaura o processo e esse é o primeiro e mais amplo efeito da demanda processual.¹⁶

Ao demandante são garantidas constitucionalmente as portas ao Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV – assegurar a cada um *his day in court*).¹⁷ O magistrado deverá apreciar a demanda, nem que seja para indeferir a petição inicial (CPC, art. 295), mesmo que pareça evidente a falta de qualquer pressuposto ao julgamento de mérito.

2.1.1 Das Partes Envolvidas

As partes de um processo, no sentido estrito do termo, são simplesmente aqueles que demandam e também aqueles que são demandados em uma ação.

Porém, esse conceito é incompleto, já que não explica o significado de ser parte e também impõe uma limite, na medida em que não engloba a figura do assistente ou até mesmo do Ministério Público, quando atua na defesa dos incapazes.

Por isso LIEBMAN ampliou esse conceito para definir como partes “*os litigantes, as partes em contenda, as pessoas que levaram a controvérsia diante do juiz*”. E continua com a afirmação de que são partes “*os sujeitos do contraditório perante o juiz*”. Esse enquadramento *liebmaniano* é seguido pelo Código de Processo Civil ao qualificar o assistente como parte (CPC, art. 52) e também pela doutrina brasileira em geral.¹⁸

Denota-se que as partes na relação processual são um conceito mais amplo e não obrigatoriamente as partes na demanda serão aquelas no processo, porque pode acontecer de ser inserido um litisconsorte necessário ulterior (CPC/15, art. 113 ao 118), assistente, participação do MINISTÉRIO PÚBLICO, recurso de terceiro prejudicado, sucessão processual, entre outros.

¹⁶ . Independentemente da citação do réu, porque o indeferimento liminar da petição inicial (CPC, art. 295), a concessão de tutela antecipada *inaudita altera parte* (CPC, art. 273), a hipótese do art. 285-A do Código de Processo Civil são atos nitidamente jurisdicionais e ninguém afirma que aí não há processo. Cfr. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, III, n. 1.026-A, pp. 412-414

¹⁷ DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 435, p. 115

¹⁸ DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 520, p. 252; CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. II, t. I, n. 5, pp. 69-70; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*, I, n. 66, p. 88.

Vale esclarecer, no entanto, que esse conceito de parte não envolve a análise do direito material. Trata-se pois do conceito *puro*, que difere de *parte legítima*, qualidade essa que têm somente os sujeitos da relação material posta no conflito litigioso.

O conceito puro de parte significa que ser parte no processo envolve uma série de situações jurídicas ativas e passivas, como faculdades, ônus, poderes e deveres inerentes.

Assim, depreende-se que alguém só se torna parte em 3 (três) situações: no ajuizamento da demanda, por força de sucessão ou quando ocorre alguma modalidade de intervenção por um terceiro no processo pendente.¹⁹

No caso, o que diferencia a parte legítima do terceiro interessado é justamente que este não é sujeito dos atos processuais da demanda em discussão, ou seja, não tem faculdades, sujeições, poderes, deveres e ônus que aquela tem, apesar de a sentença o afetar.

Esses termos são de extrema importância, pois o sócio-administrador que sofreu a desconsideração não é parte *na demanda* inicial do credor. Enquanto não incluído na lide, ele será apenas um terceiro, pois assim é todo aquele que não é parte. Ele se tornará parte *no processo* quando houver a desconsideração da personalidade jurídica, mas como ele é terceiro interessado, poderá também intervir na demanda pendente e se tornará parte.

Nesse sentido, quem sofreu a desconsideração será parte na demanda inicial quando for convidado a participar desde o início da relação processual levada a juízo por aquele que se diz credor, como ocorre, em um processo cognitivo cujo objeto é exclusivamente a desconsideração da personalidade jurídica e a condenação do sócio empresário.

É cediço que é impossível um sócio ser atingido por desconsideração pelo simples fato de ser sócio, já que não foi ele que praticou o ato, justamente por não ter as rédeas da sociedade nas mãos.

Sendo parte na fase de conhecimento e condenado, o sócio deixa de ser um simples responsável patrimonial para se tornar *devedor* do título executivo judicial. Mas se do processo ou fase de conhecimento não participou, o sócio que sofreu a desconsideração não será devedor, mas sim o responsável.

¹⁹ . LIEBMAN, Manual de direito processual civil, 1, n. 41, p. 125; DINAMARCO, Intervenção de terceiros, n. 3, p. 14-16.

Fica claro, então, que essa distinção é extramamente importante e terá repercussões na posição do sócio perante a execução e as matérias objeto de defesa e a apuração de sua responsabilidade pelo pagamento dos acessórios, como multas, custo do processo, entre outros custos.

2.1.2 Da Causa de Pedir

A causa de pedir é um dos elementos mais importante da demanda. Existe no ordenamento uma previsão dos fatos tipificados que ordena a aplicação dessa previsão sempre que acontecer qualquer fato lá contido.

Esse é o motivo pelo qual o sistema processual ordena que o demandante explicithe os fatos que supostamente lhe dariam o direito pleiteado e qual a previsão que lhe amparariam (CPC/15, art. 319, III).

Nessa esteira, existem 2 (dois) sistemas sobre a *causa petendi*. O primeiro é aquele no qual os fatos influenciam no objeto do conhecimento do juiz e o segundo é aquele em que é necessário que o autor esclareça qual o fundamento jurídico trazido.

A escolha de um ou de outro sistema implica em uma série de conseqüências. Para os que adotam o primeiro sistema, chamado de *teoria da substanciação*, existem limitações à alteração dos fatos narrados no processo a serem considerados pelo juiz, porém esses fatos não estão cobertos pela eficácia da coisa julgada e podem servir para ulterior ajuizamento de uma nova demanda. A escolha da teoria da substanciação leva também a uma aceleração no procedimento, na medida em que impede retrocessos e evita atrasos na solução do litígio.

Já a adoção do segundo sistema, conhecido como a *teoria da individuação*, implica o retardamento da solução da demanda. Porém, em contrapartida, agiliza a solução da controvérsia de forma eficaz..

Aqui no Brasil, o sistema utilizado é o da teoria da substanciação, a teor do art. 282, inc. III, do Código de Processo Civil de 1973 (atual art. 319, sem fazer distinções entre direitos relativos ou absolutos).²⁰

²⁰ Apesar de o Código não fazer distinções de exigências entre direitos absolutos ou relativos, parte da doutrina defende que para a primeira categoria a substanciação seja amenizada, *cfr.* RICARDO DE BARROS LEONEL, *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, n. 2.1.8, pp. 93 ss. Para conceituação de demandas autodeterminadas e heterodeterminadas, *cfr.* JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo*

Na desconsideração da personalidade jurídica, a causa de pedir sempre será o elemento que a autoriza e sua ocorrência no caso em juízo. Se houver um caso de fraude, por exemplo, a causa de pedir sempre será a previsão abstrata que autoriza a desconsideração com base na fraude e a sua ocorrência no caso em tela. Assim, a abordagem generalizada de ocorrência de uma das situações que autoriza a desconsideração é insuficiente.

Frisa-se que o demandante tem o ônus de comprovar, de forma pormenorizada, sua ocorrência *in casu*.

Também é evidente que, se a demanda for proposta exclusivamente contra a companhia/empresa, eventual elemento que autorize a desconsideração não faz parte da causa de pedir inicial. A resposta para esse problema está muito mais próxima da estabilização da demanda, conforme será aqui abordado.

2.1.3 Do Pedido

Cabe esclarecer que a demanda processual, no Brasil, possui uma *estrutura bifronte*²¹ na medida em que a parte indica a espécie de provimento jurisdicional que almeja e especifica qual bem da vida pretende, sendo que o pedido é diferente um do outro, quando a espécie de provimento é distinta. Desta forma o “pedido” se torna o terceiro elemento mais importante da demanda processual.

Essa forma estrutural é um dos motivos para a exigência de o pedido ser determinado, nos termos do art. 324 do Novo Código de Processo Civil. Assim, trazendo esses conceitos para o tema do presente trabalho, percebe-se que a parte que pretende ver a personalidade jurídica desconsiderada não pode somente abordar a incidência de uma das hipóteses de desconsideração na sua causa de pedir e fazer o pedido para que determinada pessoa jurídica seja desconsiderada e o patrimônio do sócio atingido.

O Novo Código de Processo Civil proíbe essas atitudes genéricas e o demandante tem o dever de fazer o pedido de desconsideração de forma determinada e especificada, discriminando qual o sócio sofrerá a desconsideração, bem como o valor que seu patrimônio será afetado.

civil, nn. 3.9.1.1 e 3.9.1.2, p. 117-19, CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 177, RICARDO DE BARROS LEONEL, *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, n. 2.1.9, pp. 97-99

²¹ DINAMARCO, Instituições de direito processual civil, II, n. 443, p. 122.

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica pode trazer consigo também o tema da cumulação de pedidos, ou seja, o autor pode propor contra o réu/requerido mais de uma ação, que podem ser imaginadas como objeto separado de uma relação processual.

A lei exige três requisitos de compatibilidade para o cúmulo de pedidos: (i) compatibilidade entre os pedidos; (ii) compatibilidade de competências e (iii) compatibilidade dos procedimentos, todos previstos no artigo 327 do Novo Código de Processo Civil.

Ademais, segundo a linguagem de CHIOVENDA, existem no direito 3 (três) tipos de cumulação de pedidos: (i) cúmulo sucessivo, (ii) cúmulo eventual e (iii) cúmulo alternativo.

O cúmulo sucessivo (ou condicional), se trata dos casos quando o segundo “pedido” só pode ser analisado se houver a análise prévia do primeiro pedido. Ou seja, existe um pedido principal e um pedido acessório, que está vinculado ao primeiro.

Já o segundo cúmulo, é conhecido como o *cúmulo eventual* (ou subordinado), que ocorre quando o segundo pedido é analisado no evento do primeiro ser rejeitado (pedido subsidiário). Nessa situação, o demandante não pretende o acolhimento simultâneo de seus pedidos, mas sim o acolhimento do segundo pedido caso o primeiro não seja provido. Trata-se de uma “*gradazione d’interessi dell’attore; alla principale corrisponde un maggior interesse, alla subordinata un interesse minore*”.²²

Trata-se, pois, de um cúmulo alternativo, porém, essa alternatividade é qualificada pela eventualidade de o segundo pedido ser examinado somente se o primeiro não for acolhido (opção por *escolha prioritária*),²³ como dispõe o art. 326 do Novo Código de Processo Civil.

Por fim, o terceiro cúmulo é conhecido como o *cúmulo alternativo*, quando dois pedidos são feitos para um *ou* outro ser acolhido. O pedido será alternativo quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo” (CPC/15, art. 325).

Assim, essa alternatividade dá ao magistrado a liberdade de optar por aquele que se lhe pareça mais adequado segundo o direito e os padrões de justiça, uma vez que, acolhido um dos pedidos, o demandante não terá interesse em recorrer para acolhimento do outro.

Nessa esteira, sobre o tema estudado no presente trabalho, não pode o demandante pedir a condenação da sociedade empresária por inadimplemento de uma obrigação *ou* a condenação do sócio em razão da desconsideração da personalidade jurídica, pelos mesmíssimos motivos.

²² CHIOVENDA, *Princippi di diritto processuale*, § 91, n. II, p. 1.131. Na mesma linha, DINAMARCO defende o cúmulo eventual como a “reunião de dois ou mais pedidos em uma só iniciativa processual, com a manifestação de preferência por um deles”, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 475, p. 176

²³ DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 475, p. 177

No entanto, poderá o demandante, se assim lhe for conveniente, pedir a condenação da sociedade em razão do inadimplemento de uma obrigação e pedir, por força da desconsideração da personalidade jurídica, a condenação de um sócio *ou* outro, se eles forem sócios-controladores e tiveres poderes de administração individuais.

2.2 LEGITIMAÇÃO DAS PARTES E AS PESSOAS ATINGIDAS PELA DESCONSIDERAÇÃO

Após uma breve explanação sobre os elementos da demanda (parte, causa de pedir e pedido), voltamos a focar especificamente no instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Pois bem. Com a inclusão do artigo 133, caput, do novo CPC/15, foi conferida à parte e ao Ministério Público, a legitimidade para requerer a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Vale destacar que o código exige que seja realizado pedido nos autos, o que afasta a possibilidade de instauração *ex officio* pelo juiz²⁴. Assim, a legislação está de acordo com o que dispõe o art. 50 do CC, e, segundo as palavras de Flávio Yarshell, o credor é o legitimado a fazer o requerimento em juízo, já que ele que ocupa a posição de demandante²⁵.

Já em relação ao Código de Defesa do Consumidor, existe entendimento no qual se permite ao magistrado aplicar a desconsideração da personalidade jurídica sem provocação do interessado.

Entretanto, como é função do Novo Código de Processo Civil reger sobre normas gerais de direito processual e por prever expressamente a necessidade de pedido da parte, a discussão parece superada.

Por fim, além da parte, pode também requerer a instauração do incidente o próprio Ministério Público, nas causas em que ele já oficiou em razão do seu dever que lhe impõe a legislação vigente. Não se trata, portanto, de exigência que o parquet deva officinar nos pedidos de desconsideração da personalidade jurídica, e sim somente menção expressa a sua legitimidade nos casos em que já atue.

²⁴ Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 571

²⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. In CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 233.

Nesse sentido, Flávio Luiz Yarshell entende que o Ministério Público somente será legitimado a instaurar a desconsideração nos casos em que for titular do direito de ação, e não quando figurar na qualidade de custos legis, como ocorre nas ações civis públicas, uma vez que esta interpretação seria a mais compatível com o de reconhecer interesse ao credor para que faça o pedido²⁶.

2.2.1 Da Possibilidade de Litisconsórcio

Mesmo sendo possível a averiguação da responsabilidade do sócio depois do transcurso de toda a fase cognitiva, sendo desnecessário o tratamento do litisconsórcio com o tema ora estudado, podem surgir casos nas quais a pluralidade de partes pode se relacionar com a desconsideração da personalidade jurídica.

Existem situações nas quais se justificam a pluralidade de partes e até mesmo a intervenção do sócio em demanda pendente. Sem contar que o empresário, por qualquer motivo que seja, pode querer amparar-se pelos benefícios de eventual coisa julgada.

Desde que tenha interesse jurídico, ou seja, desde que seja possível o litisconsórcio, ele pode se relacionar com a desconsideração da personalidade jurídica. A criação do fenômeno da pluralidade de partes, gera a economia processual com a poupança de despesas e esforços, bem como a harmonia dos julgados²⁷ quando houver comunhão de direitos relativas à mesma lide.

Cabe esclarecer que o sócio não é co-titular com a pessoa jurídica (situação ativa), uma vez que seu interesse em eventual demanda, na qualidade de sócio empresário, não passa de interesse econômico na qual detém determinada parcela do capital social ter seus créditos satisfeitos.

Da mesma forma, o sócio não é co-titular de uma obrigação (situação passiva) porque ele é mero responsável e não se trata de co-obrigado. A admissibilidade da desconsideração não está portanto no art. 113 do Novo Código de Processo Civil.

Assim, para a desconsideração, não é esse fundamento que autoriza o litisconsórcio, porque não há conexão entre a pretensão do autor contra a sociedade e contra o sócio.

²⁶ In CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 233

²⁷ . JOSÉ FREDERICO MARQUES, Instituições de direito processual civil, II, n. 692, p. 201

A causa de pedir em face da sociedade empresária será o inadimplemento de determinada obrigação e contra o empresário será a sua responsabilidade por ter incorrido em algumas das situações que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica.

Essas questões são um liame menos intenso que a conexidade, caracterizado pela mera existência de algum quesito comum de fato ou de direito, o qual, aparecendo em todas as causas de pedir (ainda que implicitamente), se apresente como uma das premissas necessárias para a decisão da causa.

Esse critério de *afinidade de questões* é o mais próximo da desconsideração da personalidade jurídica, porque há pontos de interligação entre a causa de pedir contra a sociedade e contra o sócio, pois ambas as pretensões possuem uma *crise de adimplemento* a ser resolvida e é essa pois a *questão comum*.

2.2.2 Da Possibilidade de Intervenção de Terceiros

Ademais, podem surgir situações nas quais os interesses de determinado processo projetam-se para direito de terceiros, apesar de o artigo 506 do Novo Código de Processo Civil dispor que a “*sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros*”.

Assim, o que liga um terceiro a demanda é o objeto da causa, vez que o que ali se discute poderá intervir na esfera do direito de alguém que não faz parte da relação jurídica-processual.²⁸ Isso justifica o ingresso do terceiro em processo pendente.

O interesse processual será existente ou não quando não houver outro meio da parte ou do terceiro obter a tutela jurisdicional que almeja. Como afirma DINAMARCO, “*constitui objeto do interesse de agir a tutela jurisdicional e não o bem da vida a que ele se refere*”.²⁹

A partir de agora será visto como se relacionam as diversas modalidades de intervenção de terceiros com a desconsideração da personalidade jurídica.

²⁸ DINAMARCO, Instituições de direito processual civil, II, n. 584, p. 377

²⁹ DINAMARCO, Instituições de direito processual civil, II, n. 544, p. 310

2.2.3 Chamamento ao Processo

O chamamento ao processo é conhecido como o ato com que o demandado pede a integração de terceiro ao processo para que, no caso de ser julgada procedente a ação do autor, também aquele seja condenado e a sentença valha como título executivo em face dele.

Quando o terceiro é chamado, torna-se parte na qualidade de litisconsorte passivo comum e não unitário e em tese é concebível que a sentença dê tratamento diferente a esses litisconsortes.

Trata-se de um tipo de intervenção provocada e por isso o chamado não pode se recusar a responder nos autos. Quando se instaura esse litisconsórcio passivo há a ampliação do objeto do processo porque há uma pretensão a condenação do chamador contra esse terceiro que interveio e também há alteração na estrutura do processo, tendo em vista a ampliação do número de demandados.

Todas as hipóteses do art. 130 do Novo Código de Processo Civil indicam terceiros que tinham legitimidade passiva *ad causam* mas que o autor, por qualquer razão, não trouxe para o processo.

Transladando esses conceitos para o tema aqui estudado, percebe-se que é admissível a ligação da desconsideração da personalidade jurídica com o chamamento ao processo. Pode ocorrer a situação se o dito credor demandar a sociedade, alegar que houve uma das hipóteses de desconsideração e ajuizar a demanda contra um sócio-administrador.

Portanto, se a demanda do autor for procedente e ter-se decidido que houve desconsideração da personalidade jurídica, ambos sócios-controladores já serão partes na execução, juntamente com a sociedade. Se não houvesse o chamamento ao processo nesse caso, o primeiro sócio-administrador teria que ajuizar novo processo de conhecimento contra o segundo sócio-controlador, na medida em que a responsabilidade entre eles é solidária.

Outra hipótese é trazida por CÁSSIO SCARPINELLA BUENO³⁰ e adotada por ANDRÉ PAGANI DE SOUZA. Trata-se do exemplo de demanda movida contra a sociedade e, sob a alegação de abusos cometidos, contra os sócios também. Entendem esses doutrinadores que, se a demanda for procedente contra a sociedade e os sócios, é possível que estes chamem ao processo os administradores da sociedade.

³⁰ Partes e terceiros no processo civil brasileiro, n. 3.4, pp. 108-109.

Diz CÁSSIO SCARPINELLA que “*ainda quando a responsabilidade dos sócios e dos administradores é prevista em lei senão como solidária em determinadas hipóteses, mas, quando, como subsidiária*”.³¹ Ele defende portanto o alargamento das situações de cabimento de chamamento ao processo quando se trata também de responsabilidade subsidiária.

Cabe esclarecer, no entanto, que o chamamento ao processo somente é possível se a responsabilidade entre sócios e administradores for solidária. Caso contrário ele não será cabível, pois só há razão em se falar em chamamento ao processo nas situações de responsabilidade solidária e não subsidiária.

Diante de todo o contexto acima exposto e dos exemplos trazidos, percebe-se que a multiplicidade de situações do direito material pode criar exemplos de cabimento do chamamento ao processo quando o tema é desconsideração da personalidade jurídica.

2.2.4 Denúnciação da Lide

A Denúnciação da lide se trata da demanda com que a parte provoca a integração de um terceiro ao processo pendente, para auxiliá-lo no litígio com o adversário comum e de figurar como demandado em um segundo litígio.

É uma modalidade de intervenção provocada, tendo em vista que o terceiro ingressante torna-se parte independente de sua vontade. Citado, em relação a esse primeiro litígio torna-se *assistente litisconsorcial* da parte que o denunciou e também *réu* na segunda demanda.

A denúncia da lide amplia o objeto do processo, na medida em que a pretensão do autor contra o demandado é somada à pretensão do litisdenunciante contra o litisdenunciado. Mas essa última pretensão possui um caráter de *eventualidade*, de modo que se a demanda litisdenunciante vencer a demanda proposta pelo autor, a demanda contra o terceiro-litisdenunciado também será improcedente. Trata-se pois de demandas prejudiciais.

As hipóteses de denúncia envolvem situações nas quais em alguma medida o terceiro é teoricamente obrigado a ressarcir a parte por aquilo que ela vier a perder ou deixar de ganhar em determinado processo, mas sua legitimidade é somente da na ação de garantia e não na demanda inicial.

³¹ Partes e terceiros no processo civil brasileiro, n. 3.4, pp. 108-109.

A primeira hipótese é descrita no inc. I do art. 125 do Novo Código de Processo Civil, segundo a qual é admitida a denunciação da lide na demanda em que terceiro reivindica a coisa cujo domínio foi transferido à parte, para que esta possa exercer o direito de evicção.

Trata-se daquele que estiver obrigado por lei ou contrato a indenizar em demanda regressiva, como ocorre no caso de titular de garantia a ser cumprida por terceiro. Esse é o exemplo mais corriqueiro na praxe judiciária, principalmente em relações com seguradoras, mas a redação do dispositivo é bastante ampla e envolve uma série de situações que o direito material mostra possível.

Vale apontar que, pela antiga redação do *caput* do art. 70, no CPC/73, pareceria que a denunciação era obrigatória e que traduzia um ônus absoluto. Mas a doutrina sempre entendeu que essa obrigatoriedade só é válida na hipótese do inc. I, assim, o novo código de processo civil, com o artigo 125, alterou a descrição do *caput*, conforme segue:

Art. 70 (CPC/73). A denunciação da lide é obrigatória:

I – ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta;

Art. 125 (CPC/15). É admissível a denunciação da lide, promovida por qualquer das partes:

I – ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam.

Ademais, a denunciação da lide é instituto exclusivo ao processo ou fase de conhecimento, pois não faz sentido pensar em denunciação se não houver *condenação a ressarcir*, como de fato não há na fase executiva ou no processo cautelar. DINAMARCO defende sua admissibilidade no processo monitório, mas ele mesmo afirma que prevalece o entendimento em sentido contrário.³²

Pois bem. Ao trazer esses preceitos para o tema ora estudado, percebe-se que a doutrina é oscilante. Parte dela não aceita a denunciação da lide mas outra parte sim, como o faz ANDRÉ PAGANI DE SOUZA. Traz este doutrinador os seguintes exemplos.

³² DINAMARCO, Instituições de direito processual civil, II, n. 601, p. 410; CELSO BARBI, Comentários ao código de processo civil, I, n. 407, pp. 253-254.

Determinado sócio que teve seus bens penhorados sem prévia citação apresenta embargos de terceiro com o intuito de desconstituir a constrição havida.

No caso, o sócio alega que não houve fraude alguma e denuncia a lide à sociedade ou ainda ao sócio que participou dessa eventual fraude, com a intenção de, se perder os embargos, obter a condenação daquele que foi litisdenunciado. O outro exemplo é bem semelhante, com a diferença de ter havido prévia citação do sócio e portanto a situação ser de embargos do executado.

Para ir contra esse exemplo nem é preciso analisar se é cabível ou não denunciação da lide em embargos de terceiro e do executado, porque a premissa anterior, de direito material, não se verifica. A denunciação da lide necessariamente envolve uma situação de regresso, de eventualidade.

Já foi visto acima que o sócio que praticou alguma das hipóteses de desconsideração não tem direito à sub-rogação, porque isso criaria um absurdo daquele que fez determinado ato ilícito ter garantido seu regresso contra a sociedade ou demais sócios e seu prejuízo seria *zero*. Isso geraria um enriquecimento ilícito, que nosso sistema repudia.

Como a ausência de regresso faz parte do conceito de desconsideração da personalidade jurídica, é impossível falar em denunciação da lide.

2.2.5 Assistência

Com relação a “Assistência”, esta é a ajuda que uma pessoa presta a uma das partes principais do processo, com a finalidade de melhorar suas condições para obter a tutela jurisdicional. Na disciplina das intervenções de terceiros, chama-se assistência o ingresso voluntário de um terceiro na ação, com a finalidade de ajudar uma das partes.

Trata-se de uma relação de prejudicialidade entre a situação jurídica do terceiro e aquela discutida na demanda pendente. Ao ingressar na demanda o terceiro torna-se parte e terá faculdades, poderes, deveres, ônus, mas como não é titular do litígio pendente, não pode ir contra as estratégias planejadas pela parte principal.

É por essas razões que se classifica o assistente como parte auxiliar. Sua intervenção não altera o objeto do processo, porque o assistente limita-se a aderir a causa pendente, sem demandar.

Existem duas hipóteses de assistência no direito brasileiro. A primeira é a assistência simples (art. 121 CPC/15) e a segunda é a litisconsorcial (art. 124/CPC/15) . A diferença entre elas está entre a maior ou menor intensidade que os efeitos jurídicos da decisão terá sob a esfera do assistente.

Assim, diante desse quadro, é intuitiva uma situação na qual o sócio empresário pleiteará o ingresso na demanda para auxiliar a pessoa jurídica, com o intuito de livrá-la de uma condenação, mormente se houver o receio de que haja uma ulterior desconsideração da personalidade jurídica.

Há interesse jurídico na intervenção, pois eventual procedência poderá ensejar a desconsideração da personalidade jurídica e abalo da relação sócio-sociedade,³³ sem contar a relação de responsabilidade patrimonial entre autor da demanda e assistente.

A assistência é cabível em todas as modalidades de processo, inclusive no processo ou fase executiva. Essa espécie de intervenção é cabível em todos os momentos dos procedimentos, ou seja: desde a propositura da demanda até o trânsito em julgado (ou satisfação da execução).

Desta forma, conclui-se que é possível a utilização da assistência no instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

2.3 REQUISITOS E PRESSUPOSTOS LEGAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

O art. 50 do Código Civil (lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que versa até hoje sobre a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, estabelecia que *"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"*.

Assim, de acordo com o art. 50 do Código Civil (CC), antes da alteração trazida pela lei da liberdade econômica, para haver a desconsideração da personalidade jurídica, já era preciso que fosse preenchido o seguinte requisito: "abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial."

³³ No mesmo sentido, ANDRÉ PAGANI DE SOUZA, Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais, n. 3.4.1, pp. 127-128.

Em outras palavras, para se ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica e se estender os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações suas para o patrimônio dos seus sócios ou administradores é preciso que esteja configurada a confusão patrimonial (entre o patrimônio da pessoa jurídica e o de seu integrante) ou o desvio de finalidade (a pessoa jurídica deve estar sendo utilizada pelo seu integrante para uma finalidade distinta daquela para a qual ela foi criada).

Isso significa dizer que, em se tratando de uma relação jurídica disciplinada pelo Direito Civil, o art. 50 do CC determina que, para um sócio ou administrador responder por uma obrigação que era originariamente da pessoa jurídica da qual ele faz parte, deve haver confusão patrimonial ou desvio de finalidade. E só. Nada mais do que isso. Não há qualquer outro pressuposto ou requisito a ser preenchido.

Apesar do texto inequívoco da lei, não era isso que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vinha decidindo ao aplicar o art. 50 do CC. Em acórdão datado de 22 de junho de 2017, a 22ª Câmara de Direito Privado da referida Corte Estadual decidiu o seguinte:

Execução de Título Extrajudicial – Desconsideração da Personalidade Jurídica – Decisão agravada que indeferiu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica – Medida Excepcional – Ausência de esgotamento dos meios para localização dos bens dos executados – Pleito de desconsideração que se mostra prematuro – Recurso não provido" (TJSP, 22ª Câmara de Direito Privado, AI n. 2096910-65.2017.8.26.0000, rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. 22/6/2017, negaram provimento, v.u.).

A decisão cuja ementa está acima transcrita foi objeto de recurso especial (REsp n. 1.729.554/SP, autuado em 21/12/2017 e distribuído ao Min. Luís Felipe Salomão, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça), no qual se alegou violação dos artigos 133 e 134 do Código de Processo Civil de 2015 (lei 13.105, de 13 de março de 2015), bem como do já mencionado art. 50 do CC.

Vale lembrar que ambos os artigos do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) estabelecem que devem ser observados os pressupostos previstos em lei para se realizar a desconsideração da personalidade jurídica. Por exemplo, o § 1º do art. 133 do CPC/2015 dispõe que. "*O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei*".

Já o § 4º do art. 134 do mesmo diploma legal prescreve o seguinte: "*§ 4o O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica*".

Desta forma, em ambas as oportunidades, o CPC/2015 deixa claro que a figura de intervenção de terceiros denominada "Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica" disciplinada pelos seus artigos 133 a 137 não têm o objetivo de alterar os pressupostos para se proceder à desconsideração da personalidade jurídica fixados pelo direito material (no caso concreto, pelo art. 50 do CC).

Pelo contrário, o objetivo do CPC/2015 é conferir uma disciplina processual para operacionalizar as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica já existentes e previstas no direito material e não criar novos pressupostos para aplicação do instituto estatuído pelo art. 50 do Código Civil.

Pois bem, não causou surpresa alguma a notícia de que a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acima referida foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), veiculada pelo próprio "Migalhas" em 10/5/2018, na seção "Migalhas Quentes", sob o título "STJ fixa entendimento sobre desconsideração da personalidade jurídica no CPC/2015"¹.

Conforme noticiado, em julgamento ocorrido em 8/5/2018, a 4ª Turma do STJ decidiu por unanimidade que:

"Se a insolvência [do devedor] não é pressuposto para decretação da desconsideração da personalidade jurídica, não pode ser considerada, por óbvio, pressuposto para instauração do incidente ou condição para o seu regular processamento".

Portanto, nas causas em que a relação jurídica subjacente ao processo for "cível-empresarial, caso dos autos, a desconsideração da personalidade jurídica será regulamentada pelo art. 50 do Código Civil", que não impõe a caracterização de insolvência do devedor (pessoa jurídica) para se instaurar o incidente a que se referem os artigos 133 a 137 do CPC de 2015 e se aplicar a *disregard doctrine*.

Porém, tendo em vista a necessidade de alterações na legislação, para respeitar a autonomia patrimonial dos sócios com suas empresas/sociedades, a lei da liberdade econômica veio para alterar o artigo, trazendo as seguintes alterações:

Desconsideração da personalidade jurídica - Art. 50 do Código Civil. Como era antes:

a) era aberto o conceito de abuso que autorizava a desconsideração da personalidade jurídica; e

b) não existia definição de confusão patrimonial ou de desvio de finalidade.

Como ficou após a publicação da Lei 13.874/2019, conhecida como "Lei da Liberdade Econômica":

a) desconsideração é tratada como exceção (realçado o conceito restritivo);

b) há definição dos conceitos de confusão patrimonial e desvio de finalidade;

c) não há exigência do dolo específico para a caracterização do desvio de finalidade;

d) há proibição de cobrança de outra empresa do mesmo grupo econômico para saldar dívidas de uma empresa, salvo se presentes os requisitos autorizadores da desconsideração; e

e) somente em casos de intenção clara de fraude, sócios poderão ter patrimônio pessoal usado para saldar dívidas da empresa.

Referidas alterações e inclusões, serão tratadas mais adiante no presente trabalho, para ficar possibilitada a comparação do que continuou e o que alterou, com relação aos requisitos para consideração da desconsideração da personalidade jurídica.

2.4 DA PRODUÇÃO E DO ÔNUS DA PROVA NO INSTITUTO

O art. 136 do CPC/15 deixa clara a possibilidade de instrução probatória ao ser instaurado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. A prova, evidentemente, deve ser produzida em relação ao fato controvertido, isto é, o que é afirmado por uma parte e impugnado especificamente pela outra (CPC/15, art. 341).

Caso o pedido de desconsideração da personalidade jurídica seja feito na petição inicial, nada impede que a instrução probatória prossiga em conjunto com a do objeto principal, já que não haverá a formação de um incidente e nem suspensão do processo. Por outro lado, se formulado no curso do processo de conhecimento, até mesmo em razão de sua suspensão, a instrução probatória será realizada de forma autônoma.

Mas, claro que a análise do caso concreto poderá indicar outro caminho. Caso a instrução probatória do objeto principal não tenha ocorrido e o pedido de desconsideração tenha sido feito antes de seu início, poderá ser conveniente que se produzam as provas do pedido de desconsideração da personalidade jurídica concomitantemente ao do objeto principal.

Caberá ao magistrado, em cada caso, decidir o modo. Da mesma forma, as partes poderão, de comum acordo, fazê-lo, nos termos do art. 190, respeitados os limites legais.

Por isso, parece ser adequado que o magistrado prolate uma espécie de decisão de saneamento do incidente (art. 357, II), na qual ele delimitará os fatos que serão objeto de prova e quais os meios de prova admitidos. Se requerido na inicial, a decisão de saneamento será, de qualquer modo, o momento adequado para tratar do assunto.

A regra geral a ser aplicada é a do art. 373 do CPC, motivo pelo qual, a princípio, aquele que pedir a desconsideração terá que provar a presença dos requisitos previstos na lei de direito material. Mas nada impede, como alerta Arruda Alvim, “*que se proceda à inversão do ônus da prova, quando presente alguma das situações descritas no art. 373, § 1º, do CPC/2015*”³⁴.

No microsistema do Código de Defesa do Consumidor, a desconsideração é possível 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” (art. 28).

Pela leitura fria desse dispositivo com o art. 6º, inc. VIII, haveria uma inversão do ônus da prova: o sócio ou a sociedade teria que provar que não cometeu nenhum ato que autorizasse a desconsideração. Exceto em situações extremas (CPC, art. 335), esse dispositivo deve ser relativizado. Porque a desconsideração configura um direito de crédito e, como tal, tem de ser provado também pelo consumidor.

Assim como ele tem de provar o seu direito de crédito contra a pessoa jurídica (devedora) ao propor sua demanda. Essa regra de inversão não é absoluta e, para que ela aconteça, é necessário que haja verossimilhança das alegações e³⁵ que o consumidor seja hipossuficiente em termos jurídicos. Como verossimilhança, têm de ser muito fortes os elementos que supostamente conduziriam à desconsideração (CDC, art. 28) e há de haver indícios de sua ocorrência *in casu*.

Por hipossuficiência, não se deve entender como mera ausência de recursos financeiros, mas sim jurídica. Ou seja, dificuldade técnica do consumidor em produzir a prova.³⁶ E claro que, mesmo presentes esses dois elementos, a inversão do ônus é faculdade do juiz e não necessariamente ocorrerá. A própria leitura da letra da lei, ao dispor que a inversão será uma faculdade do julgador, deixa claro que a sua prudência em não cometer excessos também é lei e não se pode buscar uma ilegítima satisfação do alegado direito do consumidor a qualquer custo.

Mesmo porque há princípios e regras maiores, que tratam (a) da presunção de boa-fé, inerente a todas as relações jurídicas e que confere (b) segurança a elas.

³⁴ Novo Contencioso Cível no CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 113

³⁵ Apesar de a lei utilizar a conjunção adversativa “ou”, o correto é utilizar a conjunção aditiva “e”. Isso é muito bem defendido por DINAMARCO, in Instituições de direito processual civil, III, n. 799, nota n. 7, p. 79.

³⁶ JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO, Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, pp. 156 ss

Talvez em situações assim, em que se entenda que basta a verossimilhança ou a hipossuficiência, seja conveniente o emprego da moderna teoria das cargas probatórias dinâmicas, desenvolvida pelo jurista argentino JORGE PEYRANO. Tal tese visa a romper com a natureza estática da distribuição do ônus da prova, que a distribui segundo a posição da pessoa no processo e de acordo com a natureza do fato, como dispõe o art. 333 do Código de Processo Civil brasileiro.

Apesar dessa tese ser ainda muito vaga e deixar a cargo do juiz a distribuição do ônus da prova, e até mesmo confrontar com normas do Código brasileiro, talvez possa ser utilizada para distribuir de forma justa o *onus probandi*. Claro que ela pode abrir campo para arbitrariedades, mas pode um dia ser utilizada, a depender da situação.³⁷

Por fim, há equivocado posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quando se trata de execução de dívidas fiscais e o sócio é inserido já no início como devedor da certidão de dívida ativa.³⁸

A justificativa dada é o de que o direito consubstanciado nessa certidão é dotado de presunção *juris tantum* de liquidez e certeza. Em situações assim, em que o sócio e a pessoa jurídica são inseridos como devedores da certidão de dívida ativa, haveria inversão do *onus probandi* e o sócio deveria provar que não se insere na *fattispecie* do inc. III do art. 135 do Código Tributário Nacional, segundo o qual os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado “são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”.

Esse dispositivo não trata de desconsideração propriamente dita, mas é equivocada a inversão, porque o sócio é inserido na qualidade de responsável tributário e só se cometeu algum ato em excesso de poder ou infração de lei ou contrato. Ora, inverter o ônus da prova em situação como essa implica dizer que se presume a prática de algum ato doloso ou culposo. Presume-se com isso a má-fé, o que é impossível, como visto acima.

³⁷ Sem falar expressamente em distribuição dinâmica do ônus da prova, LUIZ GUILHERME MARINONI e MARCOS AURÉLIO DE LIMA JÚNIOR entendem que deve ser relativizado o *onus probandi* em determinados casos de desconsideração, in “Fraude-configuração-prova-desconsideração da personalidade jurídica”, Revista dos tribunais, n. 783, pp. 159 ss.

³⁸ STJ, 2ª T., Resp 839877/RJ, rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 15.8.06, v.u., DJ 25.8.06; 2ª T., AgRg no Resp 978809/RS, rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 6.11.07, v.u., DJ 21.11.07; 1ª S., EResp 702232/RS, rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 14.9.05, v.u., DJ 26.9.05; 1ª T., Resp 493940/PR, rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, j. 2.6.05, v.u., DJ 20.06.05; 2ª T., Resp 729996/PR, rel. Ministra ELIANA CALMON, j. 5.5.05, v.u., DJ 6.6.05. Para constar, posicionamento do Superior Tribunal de Justiça de que a Fazenda tem de provar algum elemento do art. 135 do Código Tributário Nacional quando a execução é “redirecionada” ulteriormente: 2ª T., Resp 724077/SP, rel. Min. PEÇANHA MARTINS, j. 20.10.05, v.u., DJ 21.11.05; 2ª T., AgRg no Ag 662610/RS, rel. Min. JOÃO OTÁVIO NORONHA, j. 21.6.05, v.u., DJ 22.8.05; 1ª T., Resp 732143/SC, rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, j. 6.9.05, v.u., DJ 19.9.05; 1ª T., AgRg no Resp 739717/MG, rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, j. 2.8.05, v.u., DJ 3.10.05.

A presunção da certidão de dívida ativa restringe-se à dívida nela declarada e quem são seus devedores. Ela não é título executivo judicial, mas extrajudicial e portanto essa presunção não pode extrapolar para criar situações absurdas e gerar presunção de má-fé.³⁹

2.5. DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA

Como ensina Flávio Tartuce, também é possível, no caso de confusão patrimonial, responsabilizar a empresa por dívidas dos sócios, por meio da desconsideração inversa ou invertida.

O exemplo típico é a situação em que o sócio, tendo conhecimento de eventual separação ou divórcio, compra bens com capital próprio em nome da empresa (confusão patrimonial).

Por essa forma de desconsideração, tais bens poderão ser alcançados pela separação ou pelo divórcio, fazendo que o instituto seja aplicado no direito de família. Outrossim, na IV Jornada de Direito Civil foi aprovado o Enunciado nº 283, com a seguinte redação:

“É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada ‘inversa’ para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros.”

E o Código de Processo Civil vigente também dispõe sobre a hipótese da desconsideração inversa, ou seja, responsabilização da pessoa jurídica pelas obrigações do empresário, no seguinte dispositivo:

“Art. 133. (...) 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.”

Nesse mesmo contexto surgiu, no entanto, outro instituto de proteção de bens: a desconsideração inversa da personalidade jurídica. Embora não esteja expressa na legislação, a desconsideração inversa é um entendimento da doutrina e da jurisprudência que passou a ganhar espaço nos últimos anos.

A ideia é justamente o caminho contrário: liberar os bens da pessoa jurídica para saldar dívidas de cunho particular.

³⁹ Concorde com o perigo desse precedente MANTONVANNI COLARES CAVALCANTE, in “O chamado redirecionamento” da execução fiscal ao sócio da pessoa jurídica executada”, Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior, p. 356.

A desconsideração inversa ocorre, portanto, quando o sócio utiliza a pessoa jurídica para proteger bens que seriam do patrimônio pessoal. Na prática, isso é feito por meio da transferência, ou da própria aquisição em nome da pessoa jurídica. Ao fazer isso, os credores pessoais do sócio não conseguem encontrar bens suficientes em seu acervo, já que eles estariam protegidos pela autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

Justamente por fazer o caminho contrário, a desconsideração inversa começa, basicamente, no Direito de Família.

É muito comum, por exemplo, o sócio querer esconder bens pessoais para se beneficiar nos casos de partilha ou divórcio.

Nesse sentido, tal conduta também se insere como mau uso da personalidade jurídica, justificando a aplicação da desconsideração inversa. Esse também é o entendimento do STJ. No julgamento do Recurso Especial 948.117/MS, a ministra relatora Nancy Andrighi pondera:

“Sua adoção somente é recomendada quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no “ art. 50 do CC/02.

A ideia foi admitida também nos enunciados 283 e 285 da Jornada de Direito Civil. Diz os dispositivos.

Enunciado 283: É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada “inversa” para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros.

Enunciado 285: A teoria da desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica, em seu favor.

A par da construção tradicional da desconsideração da personalidade jurídica, com responsabilização de sócios ou administradores por obrigações da sociedade vem se discutindo a possibilidade de aplicação da desconsideração no sentido inverso, isto é, “o afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio”.

Em outras palavras, - “a desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para contrariamente ao que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador.

Com efeito é possível que o sócio use uma pessoa jurídica para esconder o seu patrimônio pessoal dos credores, transferindo-o por inteiro à pessoa jurídica e evitando com isso

o acesso dos credores a seus bens. Em muito desses casos será possível visualizar a fraude (teoria maior subjetiva), ou a confusão patrimonial (teoria maior objetiva) e, em razão disso, vem sendo admitida a desconsideração inversa para responsabilizar a sociedade por obrigações pessoais dos sócios. O mesmo raciocínio da desconsideração tradicional é usado aqui para evitar o mau uso da pessoa jurídica.

É interessante expor que a desconsideração inversa da personalidade jurídica poderá ser aplicada no Direito de Família.

Caracteriza-se a desconsideração inversa quando é afastado o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio, como, por exemplo, na hipótese de um dos cônjuges, ao adquirir bens de maior valor, registrá-los em nome de pessoa jurídica sob o seu controle, para livrá-los da partilha a ser realizada nos autos da separação judicial. Ao se desconsiderar a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar a pessoa jurídica pelo devido ao ex-cônjuge do sócio.

Relativamente à desconsideração da personalidade jurídica em sentido inverso, quem primeiramente tratou do tema foi o Prof. Fábio Konder Comparato⁴⁰, trazendo com prodigiosa propriedade a lição que:

“137. Aliás, essa desconsideração da personalidade jurídica não atua apenas no sentido da responsabilidade do controlador por dívidas da sociedade controlada, mas também em sentido inverso, ou seja, no da responsabilidade desta última por atos do seu controlador. A jurisprudência americana, por exemplo, já firmou o princípio de que os contratos celebrados pelo sócio único, ou pelo acionista largamente majoritário, em benefício da companhia, mesmo quando não foi a sociedade formalmente parte no negócio, obrigam o patrimônio social, uma vez demonstrada a confusão patrimonial de facto”.

Impõe-se, ainda, rechaçar que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica inversa só pode ser aplicada se for demonstrada a transferência de bens do patrimônio particular do sócio controlador-devedor para a pessoa jurídica. Isto porque, frustradas as diligências realizadas, exsurge evidente que, na condição de “dono” ou “sócio de fato” ou “controlador” das sociedades, seja demonstrado a retira da caixa, mediante expedientes lícitos ou ilícitos, formais ou informais, o necessário para a sua manutenção e de sua família. Ao lado disso, revela-se imprescindível lançar mão dos entendimentos jurisprudenciais emanados pelos Tribunais de Justiça, os quais são utilizados como verdadeiro sedimento, porquanto, ao se manifestarem sobre

⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder, Salomão Filho, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

situações concretas, amoldam as normas genéricas e abstratas, bem como traçam linhas diretivas a serem observadas. Assim, colhem-se os seguintes:

“Ementa: Agravo de Instrumento. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Possibilidade. Assim, diante das inúmeras e infrutíferas tentativas de localizar bens em nome dos executados capazes de garantir o juízo executório, bem como da confusão havida entre o patrimônio de seu sócio majoritário, ao lado de sua esposa, e da sociedade que o mesmo integra, possível afigura-se a desconsideração inversa da personalidade jurídica determinada na origem. Em decisão monocrática, dou provimento ao agravo de instrumento.” (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Vigésima Câmara Cível/ Agravo de Instrumento Nº. 70041914102/ Rel. Desembargador Glênio José Wasserstein Hekman/ Julgado em 04.04.2011).

“Ementa: Apelação Cível. Locação. Embargos de Terceiros. Penhora. Desconsideração de Personalidade Jurídica Reconhecida, na forma inversa. Existência de dados fáticos que autorizam a incidência do instituto. Possibilidade da penhora de bens da empresa autorizada diante das circunstâncias excepcionais comprovadas nos autos e já destacadas pela sentença, que vai confirmada por seus fundamentos. APELO IMPROVIDO.” (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - Décima Sexta Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70017992256/ Rel. Desembargadora Helena Ruppenthal Cunha/ Julgado em 07.03.2007).

2.6 DA DESNECESSIDADE DE AÇÃO AUTÔNOMA E DA POSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE PROCESSUAL

Muito se discute na doutrina acerca da necessidade ou não do ajuizamento de demanda autônoma para que haja a desconsideração da personalidade jurídica.

Parte da doutrina entende que é necessária uma demanda com fim específico para tanto, porque é preciso que o credor prove as excepcionais hipóteses que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica, como se percebe nas conhecidas e prestigiosas opiniões de ADA PELEGRINI GRINOVER⁴¹ e FÁBIO ULHOA COELHO.⁴²

Todos eles tinham essa posição, por entenderem que somente assim estaria plenamente respeitado o *due process of law*, na medida em que haveria uma cognição exauriente para apurar uma hipótese que autorizaria a desconsideração da personalidade jurídica.

⁴¹ Da desconsideração da personalidade jurídica (aspectos de direito material e processual)”, Revista Forense 371, pp. 14-15.

⁴² Curso de direito comercial, II, n. 6, pp. 54-56.

Porém essa posição doutrinária partia de uma premissa correta (preservação da garantia constitucional do devido processo legal) para se chegar a uma conclusão equivocada (necessidade de demanda autônoma).

Atualmente, entende-se que é desnecessária a propositura de demanda autônoma para apuração de alguma situação que autorize a desconsideração da personalidade jurídica, como também defendem CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO,⁴³ ANDRÉ PAGANI DE SOUZA,⁴⁴ GILBERTO GOMES BRUSCHI,⁴⁵ COMPARATO-SALOMÃO,⁴⁶ ARAKEN DE ASSIS⁴⁷ e CÁSSIO SCARPINELLA BUENO⁴⁸.

Nessa esteira, uma das grandes novidades do novo Código de Processo Civil foi a criação de uma nova modalidade de intervenção de terceiros, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Esta surgiu com o intuito de eliminar a insegurança em relação aos redirecionamentos de execuções e arbitrárias extensões de responsabilidade executiva a sujeitos diferentes do obrigado. Assim, com o advento do Novo Código, está só será possível quando já houver pronunciamento judicial a respeito (DINAMARCO; LOPES, 2016).

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, normatizadas pelos art. 133 a 137 do novo código, traz o magistrado superando a autonomia da sociedade para alcançar o patrimônio dos sócios. Sendo assim, pretende tornar ineficaz os atos realizados pela pessoa jurídica, quando eles forem praticados em descumprimento à função social da empresa. Seria essa uma exceção a preservação da personalidade jurídica e da responsabilidade civil da sociedade, depende do preenchimento de certos requisitos (DONIZETTI, 2016).

Há o requisito objetivo, que trata da insuficiência patrimonial do devedor, como também o requisito subjetivo, este se refere no desvio da finalidade ou confusão patrimonial por meio de fraude ou de abuso de direito. Sendo assim é necessário os dois para que seja aplicado o incidente. O Novo CPC adotou a Teoria Maior da Desconsideração, já que exige a configuração objetiva desses requisitos.

⁴³ Fundamentos do processo civil moderno, II, n.671, p. 1196-1199.

⁴⁴ Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais, n. 3.3.4, pp. 114-125.

⁴⁵ Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica, n. 9.2, p. 100.

⁴⁶ O poder de controle na sociedade anônima, nota n. 93, p. 481

⁴⁷ Manual da execução, n. 107.5, p. 405.

⁴⁸ Partes e terceiros no processo civil brasileiro, n. 3.4, pp. 108-109.

“Assim, não basta apenas a comprovação do estado de insolvência da pessoa jurídica para que os sócios e administradores sejam responsabilizados; é preciso que se comprove a ocorrência do desvio de finalidade ou de confusão patrimonial” (DONIZETTI, 2016, p. 252).

Corroborando com isso, Medina (2017)⁴⁹ coloca em sua obra sobre o Direito Processual Civil, que:

À luz do CPC/2015, fica claro que se trata de questão a ser resolvida incidentalmente, ainda que se admita que o pedido de desconconsideração seja veiculado com a petição inicial (cf. § 2.º do art. 134 do CPC/2015). Segundo pensamos, a despeito de tramitar incidentalmente, a questão será resolvida como principal, de mérito, e não incidental, incidindo, no caso, o disposto no art. 503, caput do CPC/2015, podendo ser atacada de ação rescisória, consoante se expõe infra (MEDINA, 2017, p. 90).

O objetivo do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica é de criar condições para que ao longo do processo sejam apuradas as razões pelas quais o direito material autoriza a responsabilização de pessoas naturais por atos praticados por pessoas jurídicas. Esse incidente é admitido também para hipóteses de querer colocar a responsabilidade para a pessoa jurídica por atos praticados pelas pessoas naturais que a controlam (BUENO, 2016)⁵⁰.

Conforme o art. 134, do Novo CPC, o incidente poderá ser instaurado em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. Caso seja requerida a desconconsideração da personalidade na inicial, ele é dispensado, sendo apreciado quando do julgamento da causa. Quando o incidente é instaurado provoca a suspensão do processo, e segundo o art. 135 e 136, após citação da pessoa que possa vir a ser atingida pela desconconsideração e a realização de eventual instrução probatória, o incidente é decidido por decisão interlocutória (CPC, Art. 134-136, 2015).

Sobre isso, Bueno (2016) traz do NCPC que a parte pode pedir ou atuação do Ministério Público, será citado o sócio ou a pessoa jurídica para que se manifeste no prazo de quinze dias. O autor também acrescenta que caso a petição inicial já indicar os motivos para responsabilizar os sócios, o processo não se suspende já que eles não serão terceiros, e sim réus, ainda que de caráter sucessivo, alternativo ou eventual.

Atuação provocada. De acordo com o CPC/2015, não há possibilidade de atuação

⁴⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. Direito processual civil moderno. – 3 ed – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

⁵⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. – São Paulo: Saraiva, 2016.

jurisdicional sem o requerimento da parte ou do Ministério Público; ou seja, é vedado ao juiz, de ofício, determinar a inclusão do sócio ou do administrador no polo passivo da demanda, para fins de desconsideração da personalidade jurídica.

O art. 133 do CPC/2015 está em consonância com o art. 50 do Código Civil, que também prevê o expresse requerimento do interessado ou do Ministério Público, não se podendo cogitar de atuação ex officio (DONIZETTI, 2017, p. 212).

Mesmo sendo uma novidade trazida pelo novo Código de Processo Civil, não significa que o resultado que ele objetiva não fosse possível de se chegar anteriormente, porém com o instituto não se pode recusar a percepção de que sua observância é de rigor (BUENO, 2016).

A citação que o art. 135 exige é porque até aquele instante o sócio ou a pessoa jurídica é terceiro em relação ao processo. Porém se o tempo para que este seja citado puder comprometer a efetividade do direito material em questão é viável a concessão de tutela provisória, com o intuito de satisfação futura do direito a ser reconhecido naquele incidente. Assim o terceiro passa a ser parte do processo (BUENO, 2016).

Donizetti (2017) argumenta que o novo código condicionou o deferimento da medida, seja na petição inicial ou de caráter incidental, a prévia citação do sócio ou da pessoa jurídica, com a intenção de evitar constrição judicial dos bens do sócio sem poder se defender.

Depois de analisada a manifestação dos citados e produzidas eventuais provas, o juiz julgará procedência ou não na desconsideração da personalidade jurídica. Caso o incidente transcorrer em primeira instância é decisão interlocutória e agravável. Já se for instaurado perante o Tribunal, a decisão é interlocutória e monocrática (BUENO, 2016).

Assim que a personalidade jurídica for desconsiderada, passa a ser legítimo que os atos constitutivos alcancem o patrimônio do sócio. Caso seja desconsideração inversa, os bens da pessoa jurídica responderão pelas dívidas do sócio.

Sobre isso, Donizetti (2017)⁵¹ trata:

Desconsideração inversa. Em vez de desconsiderar a personalidade jurídica para que eventual constrição de bens atinja o patrimônio dos sócios, a desconsideração inversa objetiva atingir os bens da própria sociedade em razão das obrigações contraídas pelo sócio, desde que, da mesma forma que a desconsideração tradicional, sejam preenchidos os requisitos legais.

⁵¹ DONIZETTI, Elpidio. Novo código de processo civil comentado – 2ed – São Paulo: Atlas, 2017.

A teoria da desconsideração inversa não contava com previsão legal, mas a doutrina e a jurisprudência, de forma majoritária, já admitiam sua aplicação tanto no âmbito do direito obrigacional como no direito de família (DONIZETTI, 2017, p.213).

Caso seja acolhido o pedido de desconsideração, e houver alguma das hipóteses caracterizadoras da fraude à execução, a alienação ou oneração de bens da pessoa jurídica ou do sócio não gerará efeitos perante o eu requireu a desconsideração (DONIZETTI, 2017).

2.7 DO CONTRADITÓRIO

Mais importante até mesmo que a necessidade ou não de demanda autônoma para a desconsideração da personalidade jurídica, é verificar se é imprescindível o contraditório antes que haja a invasão patrimonial.

Quando se fala em desconsideração da personalidade jurídica, pensa-se somente em patrimônio. E como ilumina DINAMARCO, “*não só a vida e a liberdade são objeto da garantia do devido processo legal, mas também o patrimônio*”. Sendo o patrimônio daquele que sofreu a desconsideração responsável, o contraditório deve ser atendido antes que haja expropriação.

O disposto no art. 596 do CPC/73 (atual Art. 795 CPC/15) também dá essa interpretação, pois dá ao sócio o direito de “exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade” aos seus. Ora, o sócio somente poderá exercer essa faculdade se houver o contraditório antes. Especificamente ao tratar da desconsideração da personalidade jurídica, defende FREDIE DIDIER JÚNIOR que “o que importa é dar oportunidade ao debate, não sendo lícita a aplicação da sanção sem o prévio contraditório.

Não se pode, na ânsia por uma efetividade do processo, atropelar garantias processuais alcançadas aos 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”.⁵²

Justamente por ser uma medida excepcional de imputação de responsabilidade, que demanda cognição estendida pelas partes (o que pode ser feito na execução), cujo *onus probandi*

⁵² Regras processuais no código civil, n. 4, pp. 13.14.

é do credor, o contraditório é essencial para que haja a desconsideração da personalidade jurídica. Claro que podem ocorrer situações nas quais seja necessária alguma medida urgente e o contraditório seja diferido, mas se trata de situações excepcionais cujo ônus da prova da excepcionalidade continua do credor.

Ao se falar em ônus da prova é também pertinente dizer o local em que será colhida a prova e também o resultado a ser dado pelo juiz. Demonstrado acima que não é necessário que haja o ajuizamento de uma demanda autônoma, é portanto imprescindível que haja um incidente cognitivo na execução para a apuração da responsabilidade oriunda da desconsideração da personalidade jurídica.

A depender da forma com que seja feita a desconsideração, o remédio processual adequado será diferente. Somente depois de realizado todo o contraditório é que o juiz deverá pronunciar-se para afirmar se houve ou não alguma hipótese que autorize a desconsideração e se os bens do sócio responderão pela dívida.

Antes disso é prematura qualquer expropriação, ainda que liquidativa. Pois não basta mera citação do sócio sem que lhe seja dado reais oportunidades de demonstrar a inocorrência de qualquer situação que autorize a desconsideração e de rebater as provas trazidas por aquele que tem interesse nela.

Autorizar a penhora de bens do sócio antes do contraditório e antes que se decida sobre a ocorrência de alguma hipótese autorizadora da desconsideração significa grave desrespeito à cláusula constitucional do devido processo legal (CF, art. 5º, inc. LV), porque se dará tratamento de ordinário a um método de imputação de responsabilidade extraordinário.

De *lege ferenda* é pertinente a criação de um meio cognitivo para que sejam realizados o contraditório e eventual instrução probatória para se apurar a responsabilidade do sócio e alguma causa que autorize a desconsideração da personalidade jurídica, no bojo de qualquer execução. Isso facilitaria a instrução probatória e não geraria qualquer violação ao devido processual legal. Ao contrário, traria mais segurança às relações jurídicas e decisões judiciais.⁵³

Portanto, somente após ter sido feito todo o contraditório e depois de prévio pronunciamento judicial é que os bens do sócio poderão ser penhorados.

⁵³ Assim também pensa GILBERTO GOMES BRUSCHI, Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica, n. 9.3, pp. 110-112. Também DINAMARCO, Fundamentos do processo civil moderno, II, n. 668, pp. 1193-1195. Há projetos de lei nesse sentido: projeto de lei n. 3.401, de 24 de abril de 2008 e projeto de lei n. 2.426, de 5 de novembro de 2003.

2.8 FRAUDE CONTRA CREDITORES

O instituto da fraude contra credores está previsto nos artigos 158 ao 165 do Código Civil de 2002. Denomina-se fraude contra credores a atuação maliciosa do devedor que, encontrando-se em insolvência ou na iminência de se tornar insolvente, começa a dispor de seu patrimônio de modo gratuito (doação ou remissão de dívidas) ou oneroso (compra e venda), com objetivo de não responder por obrigações assumidas anteriormente à transmissão.

O devedor utiliza-se de métodos maliciosos para se ver livre do pagamento da dívida perante o credor. Versa a respeito da transmissão, gratuita ou onerosa, de bens do devedor, que já estando insolvente ou reduzindo-se a insolvência, dificulta recebimento a que seus credores teriam direito.

Em regra, deverá conter dois elementos, quais sejam: objetivo (*eventus damni*) que se refere a atuação em prejuízo aos credores, devendo o interessado comprovar o nexo causal entre o ato do devedor e o seu estado de insolvência e o elemento subjetivo (*consilium fraudis*) que define a manifesta intenção de prejudicar credores.

O art. 158 do CC⁵⁴ prevê as hipóteses de remissão ou perdão da dívida para caracterizar o ato fraudulento. Nesses casos, independentemente se o devedor usou-se da má-fé, a remissão ou perdão serão considerados fraude contra credores.

Em tais situações, poderá o credor ajuizar ação pauliana, num prazo decadencial de quatro anos da celebração do negócio jurídico.

O art. 158, §2º, explana que nem todo credor poderá ajuizar ação para anular o ato fraudulento. Somente poderá fazê-lo aquele que já se caracterizava como credor no momento da disposição fraudulenta.

Importante salientar que, nos negócios onerosos, não estando presentes os requisitos objetivo (atuação em prejuízo aos credores) e subjetivo (intenção de prejudicar credores), não há que se falar em anulabilidade.

Já nos casos em que houver disposição gratuita ou remissão da dívida, não será necessária a presença do requisito subjetivo (*consilium fraudis*), bastando apenas o evento danoso para caracterizar o ato fraudulento.

⁵⁴ Art. 158 – Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos

O art. 159 do CC/2002⁵⁵ define que serão anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória ou caso possa ser descoberta por outro contratante.

Entende-se por notória a insolvência de conhecimento geral. Por outro lado, a segunda parte do artigo refere-se aos casos em que se presume que o contratante deveria saber do estado de insolvência, como o caso da venda de um imóvel entre irmãos.

Caracteriza a fraude, aquele devedor insolvente que liquidar a dívida não vencida. Isso porque esse ato frustra a igualdade entre os credores. Nesse caso, o credor ajuizará ação com intuito de invalidar o pagamento efetuado pelo devedor.

Obtendo êxito, a sentença reconhecerá a invalidade do negócio, condenando o credor a devolver o montante pago em proveito do acervo.

Tratando-se de garantia real, não poderá o devedor insolvente outorgar garantias reais em favor de um dos credores quirografários, lesando os direitos dos demais credores. Se o devedor insolvente oferecer garantia real a uma dívida, vencida ou não, a um dos credores quirografários, os credores poderão ajuizar ação pauliana contra o devedor para anular a transação. Caso tal garantia seja dada antes da insolvência do devedor, não haverá que se falar em fraude.

Portanto, a dilapidação do patrimônio por conta do devedor, de tal modo que não consiga cumprir com suas obrigações perante o credor, pode ser considerada fraude contra credores, pois mesmo que estes busquem meios para executar os seus créditos, o devedor já não terá bens para honrar a execução.

Visando anular o ato jurídico que retirou do devedor a capacidade de saldar o débito perante o credor, poderá ser ajuizada a ação pauliana.

2.9. FRAUDE À EXECUÇÃO

Inicialmente cumpre esclarecer que a fraude à execução é um instituto de natureza processual que consiste em manobras realizadas pelo devedor, visando frustrar a expropriação de seus bens e por consequência acaba por frustrar a atividade jurisdicional.

⁵⁵ Art. 159 – Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante. ”

Inclusive, a doutrina entende que a fraude à execução revela-se, mas grave que a fraude contra credores, na medida em que é cometida no curso do processo executivo.

O ilustre professor Fredie Didier assim leciona:

“A fraude à execução é manobra do devedor que causa dano não apenas ao credor (como na fraude pauliana), mas também à atividade jurisdicional executiva. Trata-se de instituto tipicamente processual. É considerada mais grave do que a fraude contra credores, vez que cometida no curso de processo judicial, executivo o apto a ensejar futura execução, frustrando os seus resultados. Isso deixa evidente o intuito de lesar o credor, a ponto de ser tratada com mais rigor” (Fredie Didier, Curso de Processo Civil, 21ª edição, Revista Ampliada)

Nos termos do artigo 792 e seguintes do CPC a fraude à execução deve ser reconhecida nas seguintes circunstâncias:

Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;

II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828;

III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude;

IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;

V - nos demais casos expressos em lei.

Entre os supramencionados incisos o que nos interessa para a compreensão do tema, ora abordado, é o inciso IV que inclusive é a circunstância mais comum nos processos de execução em tramite pelo país.

Como o objetivo do presente trabalho não é o de esgotar a matéria relativa ao instituto da fraude à execução, em síntese verificamos que o inciso IV do artigo 792 do CPC ocorre quando o executado onera ou aliena bem enquanto tramitava contra ele ação capaz de reduzi-lo a insolvência.

Porém, nos últimos anos os Tribunais de Justiça vêm enfrentando uma série de recursos, relativos a declarações de fraude à execução de sócios que alienam imóveis enquanto tramitava ação em face de sua empresa, antes da ocorrência da desconsideração da personalidade jurídica.

Após incessantes discussões o assunto chegou ao Superior Tribunal de Justiça, por intermédio do RESP 1.391.830-SP da relatoria da ministra Nancy Andrigli que proferiu voto ao qual foi acompanhada por todos os ministros presentes nos seguintes termos:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL POR SÓCIO DA PESSOA JURÍDICA ANTES DO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO CONFIGURADA.

1. Cinge-se a controvérsia em determinar se a venda de imóvel realizada por sócio de empresa executada, após a citação desta em ação de execução, mas antes da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, configura fraude à execução.
2. A fraude à execução só poderá ser reconhecida se o ato de disposição do bem for posterior à citação válida do sócio devedor, quando redirecionada a execução que fora originariamente proposta em face da pessoa jurídica.
3. Na hipótese dos autos, ao tempo da alienação do imóvel corria demanda executiva apenas contra a empresa da qual os alienantes eram sócios, tendo a desconsideração da personalidade jurídica ocorrido mais de três anos após a venda do bem. Inviável, portanto, o reconhecimento de fraude à execução.
4. Recurso especial não provido. (RECURSO ESPECIAL 1.391.830 - SP (2013/0203178-8), RELATORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI, j. 22 de novembro de 2016)

Conforme o supramencionado julgado, verificamos que o sócio só estaria incorrendo na fraude à execução, caso a alienação do bem ocorresse após desconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora, ou seja, pouco importa que a citação da empresa tivesse sido realizada na pessoa de seu sócio, pois este não figurava no polo passivo da ação, o que só ocorreria com a referida desconsideração.

Portanto, enquanto não houver a desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada seus sócios poderão alienar, gravar ou transferir seus bens como bem entenderem sem que reste configurada a ocorrência da fraude à execução.

Porém, após ocorrência da referida desconsideração é vedado aos sócios alienarem bens, pois neste momento passam a integrar o polo passivo da ação podendo incorrer nas hipóteses previstas do supramencionado artigo 792 do CPC.

Desta forma, a questão em tela encontra-se pacificada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça e tal entendimento não se restringe apenas aos processos cíveis, na medida em que é perfeitamente cabível no âmbito das execuções fiscais.

3. DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA A NOVA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA (LEI nº 13.874/2019).

No dia 20 de setembro de 2019, foi sancionada a Lei da Liberdade Econômica – Lei nº 13.874/2019 (“LLE”), a qual instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador.

O principal objetivo da Lei da Liberdade Econômica é a desburocratização que atualmente existe para empresas e empreendedores, gerando uma flexibilização nos processos necessários para a realização de atividades econômicas, de modo a possibilitar o desenvolvimento e crescimento do País.

3.1 DAS NOVIDADES TRAZIDAS PELA NOVA LEI.

A LLE alterou diversos dispositivos da legislação, onde destacamos aqui as principais alterações realizadas. A primeira delas é a extinção do Fundo Soberano do Brasil (“FSB”), que era um fundo especial de natureza contábil e financeira, vinculado ao Ministério da Economia.

O fundo foi criado durante a crise financeira de 2008 com o objetivo de diminuir os efeitos da crise, sendo que, aproximadamente 10 anos depois de sua criação, foi constatada sua inoperância efetiva, fato que justificou sua extinção.

Uma das principais alterações decorrentes da LLE foi a nova redação do Artigo 50 do Código Civil, que dispõe acerca da desconsideração da personalidade jurídica, apresentando definições para “desvio de finalidade” e “confusão patrimonial”, com o objetivo claro de limitar a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Acredita-se que a referida alteração foi necessária, pelo fato de que atualmente a desconsideração da personalidade jurídica é aplicada sem critério objetivo, onde atinge-se sem maiores dificuldades o patrimônio dos sócios, até mesmo quando não ocorre efetivamente desvio de finalidade e confusão patrimonial. Diante disto, a nova redação do Artigo 50 foi feita para gerar uma maior segurança jurídica para as empresas e empreendedores.

Houve um destaque no âmbito financeiro na LLE, sendo criado de um capítulo no Código Civil, que estabelece regras acerca de fundos de investimento, sendo a principal delas a necessidade de registro dos regulamentos dos fundos de investimento na Comissão de Valores Mobiliários, para que o fundo tenha validade e oponibilidade de efeitos perante terceiros.

A LLE inovou ao atribuir ao documento digitalizado o mesmo valor que possui um documento original, permitindo, inclusive, a destruição do documento original, ressalvados os documentos de valor histórico, que deverão ser preservados em observância com legislação específica. E ainda, a LLE dispõe que registros públicos poderão ser escriturados, publicitados e conservados em meio eletrônico, desde que obedeça aos padrões tecnológicos estabelecidos em regulamento.

Outra alteração relevante apresentada pela LLE foi acerca das Sociedades Limitadas, onde possibilitou que as Sociedades Limitadas sejam constituídas por apenas um sócio, o que anteriormente não era possível.

Tal alteração foi necessária pelo fato de que diversas sociedades limitadas apenas eram constituídas por mais de um sócio para cumprir uma exigência legal, considerando que na realidade apenas um sócio exercia as atividades das empresas, sendo assim, a alteração fará com que um quadro societário previsto no Contrato Social de uma empresa seja efetivamente aquele que ocorre na prática.

No âmbito trabalhista, a LLE apresentou diversos pontos e alterações importantes, dentre eles, a alteração da exigência de registro de ponto pelo empregador. Anteriormente o registro de ponto era obrigatório para empresas com, pelo menos, dez empregados registrados. Com a LLE em vigor, o registro de ponto passará a ser obrigatório apenas para empresas com número de empregados registrados superior a vinte. Além disso, será possível o registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho, sendo necessária a realização de acordo individual escrito, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho para acordar acerca do tema. E ainda, o ponto deverá ser registrado quando a atividade ocorrer fora do estabelecimento empresarial.

Ainda no âmbito trabalhista, a LLE deu origem a Carteira de Trabalho Digital, a qual possuirá uma identificação única do empregado vinculada ao CPF, tornando a carteira de trabalho impressa uma exceção. E também, a LLE extinguiu o E-Social (Sistema de Escrituração Digital de Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas), tendo em vista que será criado um sistema mais simples e menos burocrático, que cumprirá as mesmas funções que o E-Social anteriormente.

No que tange a seara tributária, o Comitê formado por integrantes do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, da Secretaria Especial da Receita Federal e da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, terá poder para editar enunciados de súmulas da administração tributária federal, os quais deverão ser observados nos atos administrativos, normativos e decisórios praticados pelos referidos órgãos.

E ainda, a LLE estabeleceu algumas hipóteses onde será dispensada a apresentação de contestação, contrarrazões e interposição de recursos pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, sendo as hipóteses aplicáveis às ações e decisões administrativas e/ou judiciais.

Portanto, conclui-se que as alterações normativas e os novos dispositivos apresentados pela LLE flexibilizarão regras anteriormente existentes, possibilitando que as atividades econômicas sejam realizadas por meio de um processo cada vez menos burocrático e com uma maior segurança jurídica atribuída às empresas e aos empreendedores.

3.2 AUTONOMIA PATRIMONIAL ENTRE A SOCIEDADE E OS SÓCIOS.

Após os debates do Congresso Nacional, a referida Medida Provisória n. 881 foi sancionada, em 20 de setembro de 2019 (Lei n. 13.874/2019), mais conhecida como “Lei da Liberdade Econômica”⁵⁶.

A essência da nova Lei pode ser vista logo em seu art. 1º, que destaca a “proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica” e a interpretação “em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas” (art. 1º, § 2º).

Um dos aspectos que merece destaque, no intuito de conferir maior liberdade econômica no Brasil, valorizando o empreendedorismo, a livre iniciativa, a presunção de boa-fé na atividade econômica, foi determinada a inclusão do art. 49-A, no Código Civil, *in verbis*:

“Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores.

Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.”

⁵⁶ STOLZE, Pablo. A Medida Provisória da Liberdade Econômica e a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50, CC). Primeiras impressões. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5782, 1 maio 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73648>. Acesso em: 20 set. 2019.

O caput do art. 49-A reforça um pensamento que defendemos há anos e que não é novo – vez que reflete a disposição do vetusto Código Civil de 1916, que dispunha, em seu art. 20, que “as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros” –, de que não se deve confundir as personalidades, patrimônio, direitos e deveres das pessoas jurídicas e de seus membros.

E o parágrafo único, do art. 49-A, mantém o pensamento coerente de que se tem, com a pessoa jurídica, o surgimento de um patrimônio autônomo, seja para sociedade, associação, fundação etc., e, especialmente para a sociedade empresária, é uma técnica de divisão patrimonial e de diminuição de riscos, o que, indubitavelmente, favorece o crescimento econômico, por fomentar a iniciativa privada, através do empreendedorismo.

Poder-se-ia perguntar, pois: qual é a importância, então, desse art. 49-A? Apesar de repetir a orientação do Código Civil de 1916, entendemos que o texto expresso é importante para reforçar o pensamento de que a desconsideração da personalidade jurídica deve ser entendida como medida excepcional, em razão da autonomia da pessoa jurídica, que tem personalidade, direitos, deveres e patrimônio próprios. Afinal, trata-se de um novo ser, de forma que tal inserção, expressa na Lei, é bem-vinda.

Há outras questões relevantes, relacionadas ao Código Civil, tal como o art. 7º, sobre as mudanças relacionadas ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica, implementadas pela Lei n. 13.874, bem como as relativas ao art. 421, do Código Civil, que enaltece os princípios da liberdade contratual e da função social dos contratos, além da inserção do art. 421-A, que trata interpretação dos contratos.

Com isso, reafirma uma premissa básica do nosso sistema: a autonomia jurídico-existencial da pessoa jurídica em face das pessoas físicas que a integram.

Vai mais além, aliás, ao estabelecer, em seu parágrafo único, o próprio elemento teleológico da autonomia patrimonial, qual seja, o de “estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos”, dialogando, inclusive, com o princípio da função social da empresa.

Por via oblíqua, portanto, realça o caráter excepcional da desconsideração da personalidade jurídica. Nessa linha, aliás, a doutrina do jurista FLÁVIO TARTUCE⁵⁷:

“A regra é de que a responsabilidade dos sócios em relação às dívidas sociais seja sempre subsidiária, ou seja, primeiro exaure-se o patrimônio da pessoa jurídica para

⁵⁷ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Gen, 2017, pág. 179.

depois, e desde que o tipo societário adotado permita, os bens particulares dos sócios ou componentes da pessoa jurídica serem executados.”

Partindo dessa premissa deve o intérprete guiar a bússola do instituto da desconsideração

3.3 ABUSO DE PERSONALIDADE - DESVIO DE FINALIDADE E CONFUSÃO PATRIMONIAL.

A redação do artigo 50 do Código Civil trazida pelo artigo 7º da Lei da Liberdade Econômica passou a contar com maior conteúdo normativo, buscando segurança e transparência na aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Vejamos:

"Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica."

Faz-se relevante pontuar que o caput trazido pela nova redação prevê a necessidade de um nexo causal entre o abuso da personalidade jurídica (causado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial) e o benefício auferido pelos sócios ou administradores da sociedade, sem o qual não há que se falar na desconsideração da personalidade jurídica.

A inserção dos parágrafos primeiro e segundo ao artigo 50 visou delimitar o conteúdo normativo das expressões "desvio de finalidade" e "confusão patrimonial", bem como fornecer uma base contextual à interpretação e aplicação do instituto. Segundo o princípio refletido na nova redação, o "desvio de finalidade" passou a ser a instrumentalização da pessoa jurídica para lesar credores e viabilizar a prática de atos ilícitos.

Em relação à "confusão patrimonial", a nova redação prevê duas hipóteses em que ela restaria configurada, a saber: (i) o cumprimento repetitivo de obrigações do sócio ou do administrador pela sociedade, ou vice-versa; e (ii) a transferência de ativos ou de passivos entre a sociedade e seus sócios ou administradores sem que haja contraprestações efetivas, excetuadas aquelas de valor insignificante. O inciso III do parágrafo segundo do artigo 50 contém referência a "outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial" enquanto hipóteses de confusão patrimonial, conferindo ao rol de definição um caráter amplo e exemplificativo.

É possível vislumbrar de modo mais imediato três características fundamentais da nova redação do dispositivo, quais sejam: a indicação de que os sujeitos de direito capazes de responder em sede de extensão da responsabilidade civil são aqueles beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso; a exigência do comportamento doloso para a conformação do desvio de finalidade; e a intenção de cingir a confusão patrimonial às situações de inobservância da autonomia patrimonial.

Para além disso, evidencia-se a hipótese da desconsideração inversa, que já estava albergada no artigo 133, parágrafo 2º, do CPC, e hipóteses de não caracterização de abuso, as quais a jurisprudência já vinha dando conta de firmar, como a mera existência de grupo econômico e a mera alteração ou modificação da atividade econômica da pessoa jurídica.

É de expressiva relevância a distinção que se instala entre a antiga redação e a nova, quando esta última limita aos beneficiados pelo abuso de personalidade jurídica a capacidade de responder por obrigações que não contraíram pessoalmente, enquanto a literalidade que estava anteriormente inscrita na codificação não albergava esta distinção e, portanto, era omissa em relação aos sócios e administradores que porventura não tivessem se beneficiado deste contexto.

A alteração implica, portanto, relevante progresso em termos de segurança jurídica no que tangencia à legitimação para responder nestes casos. É na configuração das premissas do abuso da personalidade jurídica, no entanto, que residem as novidades mais tocantes da lei.

A começar pela exigência de que, para restar configurado, o desvio de finalidade demanda conduta com o propósito de lesar credores e praticar ilícitos de qualquer natureza. Inobstante esta inserção, a intenção do legislador parece conflitar com a da lei.

Notadamente porque “diferentemente do ato ilícito que exige a prova do dano para ser caracterizado, o abuso de direito é aferível objetivamente e pode não existir dano e existir ato abusivo. O abuso é aferível de modo objetivo, prescindindo do dolo ou culpa e também do dano para caracterizar-se”⁵⁸, e, ao referir o legislador à conduta específica⁵⁹, gera para o sistema de extensão de responsabilidade patrimonial um aparente entrave.

Este entrave se sustenta justamente na necessidade da prova da atuação dolosa para um fim específico, o que por si já significa um trabalho talvez inexecutável, se porventura se entender que é necessário que a intenção seja de fraudar credores específicos ou de causar algum tipo particular de dano.

A dicção imprimida pela nova redação caminha por uma via distinta da que vinham perseguindo até então a doutrina e a jurisprudência.

Com efeito, este tipo de exigência representa um descompasso na medida em que as técnicas e estratégias de blindagem patrimonial muitas vezes são preventivas, compreendem multiplicidade de agentes e visam a resguardar patrimônio — social ou individual — de determinados sujeitos em relação a um número indeterminado e talvez potencial de credores.

Nesta ordem de pensamentos, quando o então ministro José Arnaldo da Fonseca afirmou que “formular na Constituição um conceito de direito adquirido implicaria em subtrair-lhe muitas das suas possibilidades de progresso, tanto através da doutrina e da jurisprudência, como da própria legislação extravagante”, esta era a sua razão de pensar: a lei, enquanto fonte de direito, não pode se prestar a recuar-se ou se manter estática em relação aos avanços das particularidades dos fenômenos sociais e, ainda que reflexamente, obstar a sofisticação dos instrumentos de direito.

⁵⁸ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 462-463

⁵⁹ Aqui é de invariável rigor notar que, quando da redação dada pela Medida Provisória 889/2019, a alteração legislativa fazia expressa referência à “utilização dolosa” da pessoa jurídica, enquanto nesta vigente a expressão foi omitida. A manutenção da exigência de que o desvio de finalidade consista na utilização da pessoa jurídica com determinado propósito — de lesar credores ou de praticar outros ilícitos quaisquer — não implica o afastamento da exigência do elemento volitivo do dolo. Burkhard formulou questão que propôs assim: “É importante para o dolo somente que o autor conheça as circunstâncias do fato ou é (co)determinante que queira ‘a realização de um suposto fato típico?’” (BURKHARDT, Björn. Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias. Tradução livre a partir da tradução de Silvina Bacigalupo e Manuel Cancio Meliá. Madrid: Colex, 1995. p. 155). Com efeito, o elemento volitivo do dolo, que no caso se extrai da necessidade de que a utilização da pessoa jurídica se dê com determinado propósito, está mantido na redação do dispositivo

Pode-se justificar que aqui a exigência de um elemento constitutivo do dolo decorre de um salto lógico cujo contexto se edifica a partir das premissas da teoria maior subjetiva da desconsideração da personalidade jurídica. Mas uma interpretação adequada à sistemática civilista parece conduzir à conclusão de que, neste contexto, o desvio de finalidade se dá quando que o ato se der desamparado da função social a que se prestam a sociedade e os atos destinados a sustentá-la.

Esta parece ser, aliás, a posição que Flavio Tartuze externa quando diz que “a expressa menção à ‘utilização dolosa’ como requisito para caracterizar o desvio é, em nosso sentir, um retrocesso”, o que permanece igualmente apropriado com a retirada da expressão, mas com a manutenção do elemento volitivo do dolo.

Agora, no caso da confusão patrimonial, a lei fixou como seu indicativo o descumprimento da autonomia patrimonial. Ainda que tenha firmado como hipóteses deste tipo de comportamento o cumprimento repetitivo de obrigações da sociedade pelo sócio, ou vice-versa, ou a transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, como se pode extrair da dicção dos incisos I e II do parágrafo 2º da nova redação proposta ao artigo 50 do Código Civil, o inciso III concebe a configuração da confusão em decorrência de qualquer outro ato de descumprimento da autonomia patrimonial.

A questão já recebia atenção logo quando da publicação da medida. Chegou-se a apresentar proposta de emenda modificativa do dispositivo, sugerindo-se que o parágrafo 2º do artigo 7º da MP 881/19 tivesse a seguinte redação:

“Entende-se por confusão patrimonial a ausência da separação de fato entre o patrimônio dos sócios e o patrimônio da pessoa jurídica e demais atos de descumprimento da autonomia patrimonial”. A justificativa para a emenda apresentada é relevante: “Quando se conceitua um dos requisitos para a configuração de abuso da personalidade jurídica faz-se necessário manter as possibilidades de o intérprete identificar, a partir de elementos do caso concreto, outras modalidades de confusão. A redação do parágrafo em comento, partindo de dois exemplos e uma cláusula genérica, poderá limitar a interpretação de tão importante instituto”.

De fato, a terminologia empregada na construção da norma reduz as margens da origem empírica do conceito que ela busca imprimir na ordem jurídica. Isso porque a rejeição do abuso de personalidade jurídica, em última razão, é manifestação do dever legal de repressão ao abuso de poder econômico e, assim, “no âmbito patrimonial os institutos são tutelados em razão e nos limites da sua função social”.

Os atos simulados de disposição e blindagem patrimonial a sustentar benefícios escusos configuram confusão de patrimônio não somente quando violado o princípio da autonomia patrimonial. É que, em se tratando de modalidade distintiva do abuso de direito, é possível que a conduta “esteja em harmonia com a letra da lei, mas em colisão com seus valores éticos, sociais e econômicos — enfim, em confronto com o conteúdo axiológico da norma legal”.

O aspecto de legitimidade, portanto, não importa no afastamento do ilícito objetivo que informa a natureza do ato abusivo. Efetivamente, a inovação legislativa no conteúdo do artigo 50 do Código Civil é bem-sucedida quando positiva a desconsideração como modalidade de extensão da responsabilidade patrimonial. Também ao especificar os sujeitos legitimados a responder pelo abuso confere segurança aos jurisdicionados, incumbindo à prática jurídica identificar, em cada caso concreto, situações que importam benefícios diretos e indiretos decorrentes do exercício desmotivado ou adulterado do direito subjetivo de exercício da atividade econômica.

Um descompasso de instala, no entanto, com a dicção dos parágrafos 1º e 2º do dispositivo. Aqui é necessário recordar que em casos que tratam do abuso de direito, a argumentação jurídica, inclusive para fins de formulação da decisão judicial, sempre exigirá não somente a interpretação da norma, mas também a sua ponderação.

Por isso, tanto exigir a conduta dolosa específica quanto delimitar o conteúdo para a concreção da confusão patrimonial à ofensa à autonomia patrimonial conferem à legislação tão somente aparência de segurança. É somente o tempo, no entanto, que retratará como o ordenamento jurídico brasileiro irá absorver estas inovações da lei.

3.4 DA FORMAÇÃO DO GRUPO ECONÔMICO

A MP 881/19, popularmente chamada de “MP da Liberdade Econômica”, foi convertida na lei 13.874, de 20 de setembro de 2019. A nova lei trouxe importantes mudanças em relação ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Em primeiro lugar, vale rememorar que a desconsideração da personalidade jurídica é a medida processual determinada pelo juízo mediante requerimento do credor ou do MP, quando cabível a intervenção deste, pela qual incluem-se os sócios e/ou administradores de determinada pessoa jurídica no polo passivo da ação, fazendo com que estes respondam com seu patrimônio particular pelas dívidas contraídas pela sociedade perante o credor.

O CPC/15 já havia alterado o procedimento da desconconsideração da personalidade jurídica, o qual passou a ser tratado como um incidente processual, com a necessidade de prévia citação dos sócios e administradores para manifestação, a fim de assegurar-lhes o direito à ampla defesa.

Ocorre que o CC, em seu artigo 50, ao disciplinar o abuso da personalidade jurídica capaz de ensejar a sua desconconsideração, dispôs que, para caracterização de tal abuso, haveria necessidade da existência de “confusão patrimonial” ou de “desvio de finalidade”.

Como é sabido, tais conceitos não foram, à época, definidos pelo CC, motivo pelo qual coube ao Judiciário, nas suas mais distintas esferas, debruçar-se a despeito de quais atos que seriam capazes de configurar uma confusão patrimonial entre os bens da sociedade e de seus sócios e administradores, bem como eventual desvio de finalidade da sociedade. Havia grande incerteza nessas definições legais, que representavam verdadeiros conceitos jurídicos indeterminados.

Assim, em bom tempo, a lei da Liberdade Econômica passou a definir legalmente os conceitos de “confusão patrimonial” e “desvio de finalidade”, alterando a redação do artigo 50, do CC. De acordo com a nova lei, o desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores, bem como com o intuito de dar vazão à prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

Já a confusão patrimonial deve ser entendida como a ausência de separação de fato entre os patrimônios dos sócios e o da sociedade, podendo ser caracterizada pelo adimplemento sistemático das obrigações particulares do sócio ou do administrador por parte da sociedade, ou o contrário, o pagamento de obrigações da sociedade pelo sócio ou pelo administrador, com recursos pessoais.

A transferência de ativos ou de passivos sem as efetivas contraprestações é outra hipótese para a caracterização da confusão patrimonial, excetuando-se os ativos ou passivos de valor proporcionalmente insignificante. Exemplo dessa prática, para fins de ilustração, é a aquisição de um veículo por parte de um sócio, com a subsequente utilização do mesmo pela sociedade, acompanhado do lançamento contábil (para inserir o bem no ativo da sociedade) sem qualquer contrapartida.

A alteração legal também fez importante referência a “bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso”, de forma a esclarecer que a desconconsideração da personalidade jurídica não deve atingir a todos os sócios necessária e indistintamente.

Por mais que a lei da Liberdade Econômica tenha definido os conceitos de “confusão patrimonial” e “desvio de finalidade”, trazendo mais harmonia e segurança jurídica, é fato que deixou margem a interpretações do Judiciário ao enumerar que “outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial” possam refletir na confusão patrimonial. Além disso, é válido mencionar que, no caso da transferência de ativos ou passivos, a apuração e definição do que será um “valor proporcionalmente insignificante” também deverá ser analisada por parte do Judiciário, mantendo-se espaço para um certo subjetivismo.

De mais a mais, um dos pontos importantíssimos quando se trata de desconsideração da personalidade jurídica, é a existência do chamado “grupo econômico”, que pode ser definido, no âmbito do direito comercial (difere-se do conceito no Direito do Trabalho, por exemplo), como um conjunto de sociedades no qual se há o controle efetivo de uma sociedade sobre todas as demais ou um conjunto em que estas forem coligadas. Referido controle pode ser fundado na titularidade de ações ou quotas por outra sociedade (por participação direta ou indireta) ou, ainda, mediante acordo entre os sócios/acionistas (bloco de controle), desde que se tenha assegurado, de modo permanente, o direito à preponderância nas deliberações societárias. De outro lado, uma sociedade será coligada à outra quando, embora uma não exerça o controle sobre a outra, exerça influência significativa sobre suas decisões financeiras e operacionais, conforme estabelecido pelo art. 243 da lei 6.404/1976 (LSA) e pelo 1.099 do CC.⁶⁰

Esse tema é extremamente relevante, por exemplo, ao direito tributário, já que, não raro, o fisco entende por atribuir responsabilidade por dívidas tributárias a pessoas jurídicas distintas pelo simples fato de integrarem o mesmo grupo econômico. Com a alteração legislativa, fica expresso que a simples existência de grupo econômico não configura ato ilícito para fim de desconsiderar a personalidade da empresa devedora e atribuir a responsabilidade pelas dívidas a outra ou outras empresas que integram o mesmo grupo ou conglomerado empresarial.

Assim, a atribuição de responsabilidade tributária a outras empresas que integram o grupo econômico depende da efetiva comprovação do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, na forma da redação atual do artigo 50 do CC.

Contudo, fica pendente, quanto à responsabilidade de grupo econômico, a necessidade de instauração, ou não, do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica -IDPJ – art. 133 do CPC.

⁶⁰ Essa definição corresponde ao grupo econômico de fato, que não se confunde com o grupo econômico de direito de que tratam os arts. 265 e seguintes da LSA.

Essa discussão é extremamente cara aos contribuintes. Se houver a instauração do IDPJ, a empresa que foi considerada responsável tributária pelas dívidas de outra, que integra o mesmo grupo econômico, poderá defender-se sem a necessidade de garantir previamente o juízo, por meio de depósito, penhora de bens, fiança bancária ou seguro garantia. Todavia, se não houver a instauração do IDPJ, o único meio de defesa será aquele previsto na lei 6.830/80 (lei das Execuções Fiscais), a saber, os embargos à execução, que possui como requisito de admissibilidade a garantia do juízo.

O STJ tem enfrentado o tema, mas ainda sem definição (REsp 1.775.269, rel. Min. Gurgel de Faria, j. 21/2/19, T1 – 1ª turma e REsp 1.786.311 PR, Relator: Ministro Francisco Falcão, j. 9/5/19, T2 – 2ª turma).

O mesmo ocorre no TRF da 3ª região, estando pendente de julgamento o IRDR - 0017610-97.2016.4.03.0000.

Como se vê, com o advento das alterações advindas da lei em questão, o CC passou a ter previsão expressa, em seu art. 50, de que a mera existência de grupo econômico sem a presença de qualquer desvio de finalidade ou confusão patrimonial não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, para se responsabilizar uma sociedade pertencente a um determinado grupo por conta de dívidas de outra do mesmo grupo. Tal previsão confere uma real segurança às empresas que efetivamente participam de grupos econômicos e não cometem atos de abuso de personalidade.

Em suma, a nova redação dada ao artigo 50, do CC, pela lei da Liberdade Econômica, demonstra-se totalmente oportuna, definindo legalmente os conceitos de confusão patrimonial e desvio de finalidade, muito embora ainda dê margem a interpretações suplementares do Poder Judiciário, mas limitando-as a certas molduras legais. Ademais, há um considerável avanço na proteção dada às empresas integrantes de grupos econômicos.

Contudo, em que pese o fato de que tais alterações são extremamente benéficas, ao mesmo tempo, reforçam a necessidade de que os sócios e administradores se submetam às disposições da lei, principalmente no tocante à separação patrimonial, a fim de evitar que respondam em juízo com seus bens particulares perante os credores da sociedade.

3.5 DA POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO OU EXPANSÃO DA FINALIDADE DA EMPRESA.

Ainda tratando do requisito da confusão patrimonial, o §5º estabelece que "a mera expansão ou alteração da finalidade original da atividade econômica"; não configura desvio de finalidade para fins de desconsideração da personalidade jurídica.

Ao dispor que não constitui desvio de finalidade a “alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica”, o legislador dificultou sobremaneira o seu reconhecimento: aquele que “expande” a finalidade da atividade exercida - como pretende a primeira parte da norma - pode não desviar, mas aquele que “altera” a própria finalidade original da atividade econômica da pessoa jurídica, muito provavelmente, desvia-se do seu propósito.

Aqui, o desvio de finalidade – um dos requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica segundo o art. 50 – recebeu um segundo golpe (o primeiro decorreu da exigência do “dolo” para a sua configuração, conforme o §1º já analisado acima).

Ao dispor que não constitui desvio de finalidade a “alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica”, o legislador dificultou sobremaneira o seu reconhecimento: aquele que “expande” a finalidade da atividade exercida – como pretende a primeira parte da norma – pode não desviar, mas aquele que “altera” a própria finalidade original da atividade econômica da pessoa jurídica, muito provavelmente, desvia-se do seu propósito.

Caberá, portanto, neste ponto, à jurisprudência, estabelecer as balizas razoáveis de interpretação para que o instituto da desconsideração não perca a sua eficácia, tão importante para a salvaguarda do crédito no Brasil.

Dessa forma, evidenciada a importância da liberdade econômica, sendo um fator necessário e preponderante para o desenvolvimento e crescimento econômico do país.

Ademais, do que se pode depreender das alterações do artigo 50 do Código Civil, trazidas pela Lei nº 13.874/19, o legislador teve o intuito de privilegiar a autonomia patrimonial das empresas, tornando as hipóteses de aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica ainda mais restritas, somente permitido em casos excepcionais.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho de conclusão de curso buscou tratar do badalado tema da desconsideração da personalidade jurídica, um instituto que nasceu primeiramente na prática forense, no direito estrangeiro, e que foi posteriormente estudado academicamente por quase todos os sistemas jurídicos do mundo.

Esse trabalho buscou analisar as origens do instituto, seus conceitos e terminologias passadas, até chegar como ele é conhecido atualmente, com as inclusões e alterações trazidas pelo novo código de processo civil e pela lei da liberdade econômica.

Foi revisitado temas antigos como ao tratamento da desconsideração com a intervenção do sócio: as modalidades e possibilidade de intervenção de terceiros, as formas litisconsorciais e de quem é o *onus probandi* quando o tema é desconsideração.

E, em outro momento, foi abordado sobre a instauração do incidente processual, incluído pelo novo código de processo civil (artigo 133 CPC/15), bem como quanto as alterações trazidas pela nova lei da liberdade econômica, com as modificações ao artigo 50 do código civil.

Ou seja, estudou-se em primeiro lugar a desconsideração sob a óptica do direito material, para depois então ser abordado sobre a óptica do direito processual civil, sobretudo levando em consideração a autonomia patrimonial do sócio perante as suas sociedades empresárias.

Conclui-se, diante das obrigações a pessoa jurídica possui e da possibilidade desta resguardar o patrimônio pessoal dos seus membros, que a legislação processual vigente deve possuir a eficácia de resguardar os credores da empresa, da possibilidade dos sócios-administradores se beneficiarem de tal fato, para beneficiamento próprio.

Assim, depreende-se que a desconsideração da personalidade jurídica se revelou um instrumento importante de combate à fraude contra credores e contra a execução.

E, justamente nesse sentido, o NCPC e nova lei da liberdade econômica, buscaram regular a matéria, concedendo um novo grau de importância para o aspecto da autonomia patrimonial, para que os sócios-administradores prossigam protegendo o patrimônio próprio, possibilitando a estes que manifestem no processo antes do deferimento do magistrado, quanto ao instituto da desconsideração, sem que se perca a celeridade e a economia processual.

5. REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Manual de direito processual civil, vol. I, 8ª ed., São Paulo, RT, 2003.

BIANQUI, Pedro Henrique Torres. “A desconsideração da personalidade jurídica: considerações sobre a origem do princípio, sua positivação e a aplicação no Brasil”, em coop. com SIMONE LAHORGUE NUNES, Direito societário contemporâneo I, São Paulo, Quartier Latin, 2009.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. “A dimensão da ampla defesa dos terceiros na execução em face da nova „desconsideração inversa” da personalidade jurídica, Revista do Instituto dos advogados de São Paulo, n. 23.

BUENO, Cássio Scarpinella. Partes e terceiros no processo civil brasileiro, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. – São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de direito processual civil, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2019.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica, 2ª ed., S. Paulo, Saraiva, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, e GRINOVER, Ada Pellegrini, Teoria Geral do Processo, 24 ed., São Paulo, Malheiros, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 14ª ed., Saraiva, São Paulo. Saraiva, 2003, p. 126

COELHO, Fábio Ulhoa. O empresário e os direitos do consumidor. São Paulo. Saraiva, 1994, p. 216

COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. 2 ed. São Paulo: RT, 197

COMPARATO, Fábio Konder, Salomão Filho, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DINAMARCO, Pedro da Silva. Ação civil pública, São Paulo, Saraiva, 2001

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996

DINAMARCO, Intervenção de terceiros, n. 3, p. 14-16;

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. – São Paulo: Malheiros, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. Novo código de processo civil comentado – 2ed – São Paulo: Atlas, 2017.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. Curso didático de direito civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 73

GIANNICO, Maurício. A preclusão no direito processual civil brasileiro, São Paulo, Saraiva, 2005

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante, A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forenseop., p. 65.

LIEBMAN, Manual de direito processual civil, 1, n. 41, p. 125;

LIMA JÚNIOR, Marcos Aurélio. “Fraude-configuração-prova-desconsideração da personalidade jurídica”, Revista dos tribunais, n. 783, jan/00, em coop. com LUIZ GUILHERME MARINONI.

MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial. 30ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 184

MARINONI, Luiz Guilherme. “Fraude-configuração-prova-desconsideração da personalidade jurídica”, Revista dos tribunais, n. 783, jan/00, em coop. com MARCOS AURÉLIO DE LIMA JÚNIOR.

MEDINA, José Miguel Garcia. Direito processual civil moderno. – 3 ed – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

MUNHOZ, Eduardo. “Arbitragem e grupos de sociedades”, in HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da lei 9.307/1996, São Paulo, Malheiros, 2008.

NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor, 41ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009 (em coop. com José Roberto Ferreira Gouvêa).

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 462-463

NUNES, Simone Lahorgue. “A desconsideração da personalidade jurídica: considerações sobre a origem do princípio, sua positivação e a aplicação no Brasil”, em coop. com Pedro Henrique Torres Bianqui, Direito societário contemporâneo I, São Paulo, Quartier Latin, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. I, 19ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 185

REQUIÃO, Rubens. Abuso e direito e fraude através da personalidade jurídica, RT, vol. 410.

REQUIÃO, Rubens, Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica, p. 14.

TARTUCE, Flávio. A Medida Provisória da "Liberdade Econômica" e a Desconsideração da Personalidade Jurídica (Artigo 50, Código Civil): Primeiras Impressões. Disponível em <https://bit.ly/2W0Z1SJ>.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. O princípio da eventualidade no processo civil, São Paulo, RT, 2004.

THEODORO JR., Humberto. O mandado de segurança segundo a lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009, Rio de Janeiro, Forense, 2009.

TOMAZETTE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o CDC e o novo Código Civil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3104>>. Acesso em: 10 jul. 2017

WARDE Jr., Walfrido Jorge, Responsabilidade dos sócios: a Crise da limitação de responsabilidade dos sócios e a teoria da desconsideração da personalidade Jurídica, Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

WHITE, Inés Lépori. “Cargas probatorias dinâmicas”, Cargas probatorias dinâmicas, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2

