



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO || PUC-SP

Carlos Otávio Missiato Barbuio

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
E SEUS ASPECTOS PROCESSUAIS

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

São Paulo

2019

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO || PUC-SP

Carlos Otávio Missiato Barbuio

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
E SEUS ASPECTOS PROCESSUAIS

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Rogerio Licastro Torres de Mello.

São Paulo

2019

Banca Examinadora

RESUMO

A dissertação ora apresentada versa acerca do procedimento legal para a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no direito pátrio, fazendo-se referência que se trata de um processo incidente cuja decisão terminativa terá eficácia mista; declaratória e condenatória.

Em um primeiro momento, exara-se a respeito da teoria da desconsideração sob uma ótica material, por meio da análise da origem empírica do instituto nos tribunais ingleses e norte-americanos. Escreve-se sobre seu desenvolvimento no senso científico do direito estrangeiro, com a criação da primeira teoria denominada dualismo *regra-exceção*, por ROLF SERICK.

Sob esse norte, a temática desenvolve-se levando em conta os principais estudos sobre o instituto no direito estrangeiro e passa para uma análise doutrinária a respeito da desconsideração no direito pátrio, com o fito de sistematizar a teoria em enfoque.

Acerca desse ponto, mister aduzir que este estudo também tem o objetivo de revelar as premissas que serviram como alicerce para a aplicação da desconsideração na prática forense, o que possui grande importância, na medida em que a extensão da responsabilidade, por meio da aplicação da desconsideração, tem caráter excepcional.

Feita tal observação, a temática foca, em um segundo instante, na forma de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica sob o Código de Processo Civil de 1973, com o objetivo de compreender os embates doutrinários que levaram o legislador, no Código de Processo Civil vigente, a estabelecer um procedimento específico para a desconsideração.

Nesse prisma, o presente trabalho visa a elucidar a teoria da desconsideração de personalidade jurídica no que tange aos seus aspectos processuais – a necessidade de cometimento de ato ilícito; a natureza de ação do processo incidente; a necessidade de respeito ao contraditório; os legitimados para requerer a desconsideração; o ônus da prova; e, o limite da extensão da responsabilidade – por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

Por fim, destaca-se que a hipótese levantada, a qual culminou na presente monografia, consiste em compreender o novo sistema normativo, bem como validar o entendimento de que (i) o processo incidente, oriundo do procedimento para a desconsideração, possui natureza de ação; declaratória e condenatória; (ii) a obrigatoriedade de oitiva prévia do atingido impossibilita, via de regra, a concessão de medidas de urgência, e (iii) a extensão da responsabilidade deve ser limitada ao valor do suposto prejuízo derivado do ato ilícito.

Quanto ao item (ii) acima, a temática envolve uma questão complexa e possui extrema relevância em virtude de que medidas cautelares têm o escopo de garantir o resultado útil do processo e, ao mesmo tempo, sua concessão viola o princípio basilar do contraditório. No que tange ao item (iii), denota-se que a prática forense permite que o atingido seja responsabilizado pela totalidade da obrigação, o que não parece correto, na medida em que a referida responsabilidade deveria, em tese, ser limitada ao valor do ato ilícito.

Palavras-chave: 1. Desconsideração da Personalidade Jurídica. 2. Código de Processo Civil. 3. Incidente de Desconsideração. 4. Aspectos processuais.

ABSTRACT

This dissertation addresses the legal procedure for the application of disregard of legal entity in local law, referring it as an incident lawsuit which final decision will have mixed effectiveness; declaratory and condemnatory.

At first, it refers to the theory of disregard from a material point of view, through the analysis of the empirical origin of the doctrine in the English and American courts. It discusses its development in the scientific sense of foreign law, with the creation of the first theory called *Rule-Exception dualism*, by ROLF SERICK.

Under this heading, such theme is developed considering the main studies about the doctrine in foreign law and moves to a doctrinal analysis about the disregard in local law, with the objective of systematizing such theory.

On this point, it is paramount to explain that the purpose of this introductory study is to reveal the premises that served as a foundation for the application of disregard in forensic practice, which is of great importance as the extension of responsibility through the application of the doctrine which has exceptional character.

With this observation made, the theme focuses in a second moment on the study regarding the application of the theory of disregard of legal entity in the 1973 Code of Civil Suit, with the objective of comprehending the doctrinal debates which led the legislator to establish a specific procedure for disregarding.

In this light, the present work aims to elucidate the theory of disregard of legal entity regarding its procedural aspects - the nature of the lawsuit; the necessity of preserving the principle of the right to a fair hearing; the burden of proof and the limit of the responsibility extension - through doctrinal and jurisprudential research.

Finally it must be emphasized that the hypothesis raised, which culminated in the present work consists on comprehending the new normative system as well as verifying the validity of the understanding that (i) the claim has an action

nature, which is declaratory and condemnatory; (ii) the need for a prior hearing of the affected person makes it impossible as a rule, to grant injunctions; and (iii) the responsibility extension must be limited to the amount of the alleged loss arising from the unlawful act.

This theme, as for the second item above, it involves a complex issue and has relevance since injunctions have the objective of ensuring a useful outcome of the lawsuit and, at the same time, conceding this request violates the fundamental principle of the right to a fair hearing.

Regarding the third item, it is noted that the forensic practices allows that a third person to be held liable for the totality of the obligation, which does not seem correct insofar as this form of responsibility, in theory should be limited to the amount of the illegal act.

Keywords: 1. Disregard of Legal Entity. 2. Code of Civil Suit 3. disregard of legal entity issues. 4. procedure's aspects.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	9
2. O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO PÁTRIO.....	14
2.1. A previsão legal da desconsideração no Direito brasileiro	19
2.2. Hipóteses de aplicação do instituto	26
2.3. A ineficácia dos atos ilícitos por meio da desconsideração	28
2.4. A excepcionalidade da aplicação do instituto	32
3. O PROCEDIMENTO ESPECÍFICO PARA A DESCONSIDERAÇÃO ..	38
3.1. A forma de aplicação do instituto no CPC de 1973	38
3.2. As normas fundamentais que balizam o instituto no CPC de 2015	40
3.3. A natureza do incidente	44
3.4. Legitimidade e interesse de agir	47
3.5. O pedido e sua determinação	51
3.6. A excepcionalidade de medidas cautelares antes do julgamento do processo incidente e o ônus da prova.	52
3.7. Limitação da responsabilidade ao ato ilícito	58
4. CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63
REFERÊNCIAS COMPLEMENTARES	66

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se debruça sobre o instituto da desconsideração da personalidade jurídica no contexto do Direito Processual Civil brasileiro, visto que a teoria não se limita ao direito material; a prática forense acaba por desvirtuá-la e usá-la de modo completamente inadequado.

A escolha do tema nasceu da percepção de que a aplicação do instituto, sem que seja observado seu caráter excepcional, seria – como efetivamente o é – responsável por gerar consequências processuais nem sempre coadunadas com os princípios norteadores do moderno direito processual civil.

A característica da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas tem como finalidade estimular o investimento em áreas economicamente produtivas, preservando, de um lado, o patrimônio dos empreendedores - que não ficam, ao menos inicialmente, sujeitos às dívidas da sociedade - e, de outro lado, viabilizando o estabelecimento de um patrimônio afeto exclusivamente à atividade empresarial.

Nesse sentido, a aplicação da teoria de modo desregrado afeta a segurança jurídica, bem como a estabilidade da economia, o que torna sua regulamentação uma medida que, realmente, faz-se necessária.

Com efeito, antes da promulgação do novo Código de Processo Civil, foi permitida a aplicação da teoria por meio de mera cognição sumária, em uma espécie de condenação prévia, a qual certamente não se coaduna com a excepcionalidade que se exige do instituto. Assim, o legislador estabeleceu dispositivos específicos no Código de Processo Civil em vigor, o qual possui um procedimento próprio para a aplicação do instituto, para assegurar que não ocorra uma expropriação do patrimônio alheio sem que seja concedida a oportunidade de defesa.

Mas, apesar desses dispositivos legais trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015, que permitem a aplicação da teoria de maneira adequada, a bem da verdade, o dualismo *regra-exceção* parece não ser observado: ainda é possível observar na prática forense decisões que ferem a nova sistemática, notadamente o deferimento de medidas acautelatórias, as quais

não apenas violam o princípio do contraditório, mas, também, invertem o ônus da prova, ao exigir produção de prova diabólica pelo atingido pela desconsideração.

Sob outro panorama, embora pareça cristalino o entendimento de que a extensão da responsabilidade possua limite no ato ilícito, permanece vigente a controvérsia sobre qual o valor que o atingido deverá ser responsabilizado, dado que a quantia perseguida no processo que originou o incidente – uma execução de título extrajudicial, a título exemplificativo – pode superar o montante do dano eventualmente causado pelo ato ilícito, mas, jamais, poderá o atingido responder para além do ilícito cometido.

Sob essa perspectiva, o presente trabalho abordará, em princípio, o desenvolvimento da teoria no direito estrangeiro e pátrio, com a sua posterior normatização no Direito brasileiro para, ato contínuo, analisar a sua repercussão no processo.

1. O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO ESTRANGEIRO

O que hoje se denomina desconsideração da personalidade jurídica, também conhecida como “*disregard doctrine*” ou “*piercing of the corporate veil*”, surgiu em reação a abusos perpetrados por indivíduos que se escondiam por trás de entes legais para, sob o manto do princípio da separação patrimonial, esvaziar o patrimônio das respectivas empresas, fazendo com que estas deixassem de arcar com as obrigações (numa concepção mais branda) que recaiam sobre si.

Percebeu-se, portanto, que quando a pessoa jurídica é utilizada com o fim de fraudar, desviando-se da finalidade para a qual ela foi criada, para que obrigações e condenações não lhe atinjam, torna-se obrigatório levantar o véu corporativo, o que deu origem à busca de meios para coibir o uso irregular do ente legal.

Aponta-se como um dos principais precedentes da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica o célebre caso “*Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*”, o qual é tido como *leading case* acerca da teoria da desconsideração – emergida da *common law* -, muito embora as decisões que, no Judiciário inglês, haviam determinado que Aaron Salomon respondesse pelas obrigações de sua empresa (atinentes aos credores quirografários) e que, neste particular, não deveria se aventar sobre a autonomia patrimonial da indigitada da sociedade - constituída com o intento fraudulento -, fossem, ao final, reformadas pela *House of Lords*:

“O comerciante Aaron Salomon havia constituído uma Company, em conjunto com outros seis componentes de sua família, e cedido o seu fundo de comércio à sociedade assim formada, recebendo 20.000 ações representativas de sua contribuição ao capital, enquanto para cada um dos outros membros foi distribuída uma ação apenas; para a integralização do valor do aporte efetuado, Salomon recebeu ainda obrigações garantidas de dez mil libras esterlinas. A companhia logo em seguida começou a atrasar pagamentos, e um ano após, entrando em liquidação, verificou-se que seus bens eram insuficientes para satisfazer as obrigações garantidas, sem que nada sobrasse para os credores quirografários. O liquidante, no interesse desses últimos credores sem garantia, sustentou que a atividade da *company* era ainda a atividade pessoal de Solomon para limitar a própria responsabilidade; em consequência Aaron Salomon devia ser condenado ao pagamento dos débitos da *company*, vindo o pagamento de seu crédito após a satisfação dos demais credores quirografários.

O magistrado que conheceu do caso em primeira instância, secundado depois pela Corte de Apelação, acolheu essa solicitação, julgando que a *company* era exatamente apenas uma fiduciária de Salomon, ou melhor, um *agent* ou *trustee*, que permanecera na verdade o efetivo proprietário do fundo de comércio. Nisto ficou a inauguração da doutrina do *disregard*, pois a Casa dos Lordes acolheu o recurso de Aaron Salomon, para reformar aquele entendimento das instâncias inferiores, na consideração de que a *company* tinha sido validamente constituída, pois a lei simplesmente requeria a participação de 7 pessoas, que no caso não haviam perseguido nenhum intuito fraudulento. Esses acionistas, segundo os Lords, haviam dado vida a um sujeito diverso de si mesmos, e em última análise não podia julgar-se que a *company* fosse um *agent* de Salomon. Em consequência não existia responsabilidade de Salomon para a *company* e seus credores e era, conseqüentemente, válido o seu crédito privilegiado.¹”

Com efeito, mais de oitenta anos antes, houve, no direito norte-americano, o emblemático caso *Bank of United States v. Deveaux*, quando, em 1809, ao dirimir conflito em juízo, aviou-se acórdão inaugural da *disregard*. Conseqüentemente, razões constitucionais e processuais deram curso a múltiplos julgados “*para evitar situações nas quais o ente coletivo era utilizado para prejudicar terceiros, notadamente credores, cuidando os tribunais de responsabilizar os sócios e os administradores*”, como registra o Prof. ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO².

Dominava, então, na América, o clima da *jurisprudência sociológica* (Holmes, Benjamin Cardozo; Roscoe Pound), em contraponto a certa rigidez da *práxis* da *common law*. Para essa *escola de pensamento jurídico*, “*o Direito não é pura lógica, además que é sobretudo, também, essencialmente, um instrumento para a vida social, para a realização dos fins humanos, dentro do suporte, variado e cambiante, da história*”³.

O relator do acórdão referido foi o presidente da Corte Suprema norte-americana, juiz JOHN MARSHALL. O jurista MARÇAL JUSTEN FILHO acrescenta que a *common law*, desde aquela época, foi produto típico do método indutivo, provindo do sentido contrário ao resultante do método dedutivo, fundado no silogismo, cuja premissa maior é a norma ou

¹ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, v. 410, p. 12/24.

² CORDEIRO, Antônio Carlos, O Levantamento da Personalidade Coletiva no Direito Civil e Comercial. Coimbra: Almedina, 2000, p.108.

³ *Opus citatum*, CORDEIRO, Antônio Carlos, p. 70.

princípio [institucionalmente estabilizados], para depois chegar-se ao caso concreto. Na *common law*, de onde se originou o estatuto do artigo 50 do nosso Código Civil, prevalece a indução: à semelhança de julgamento das lides judiciais, deles se extraindo a norma de regência⁴.

A sistemática é dúctil o bastante para se emoldurar do enquadramento da equidade, transmitida ao preceito do Direito brasileiro.

Muito embora instituto da desconsideração da personalidade jurídica tenha surgido nos tribunais ingleses e norte-americanos; portanto, de modo empírico, foi por meio do senso científico alemão que restou desenvolvida, por ROLF SERICK, a teoria denominada dualismo *regra-exceção* (*Durchgriff der juristischen Personen*). A regra é a autonomia patrimonial da pessoa jurídica e a exceção é a desconsideração dessa autonomia.

E, para que a exceção se sobressaia à regra, imprescindível que haja o intuito de fraude à lei ou fraude ao contrato, ou seja, faz-se necessária a prática de algum ato em detrimento ao sistema normativo, uma vez que, sem intenção, não há desconsideração da personalidade jurídica, e daí sua teoria ser chamada, também, de subjetivista.

A teoria desenvolvida por ROLF SERICK foi sintetizada em 4(quatro) princípios⁵. O primeiro consiste no entendimento de que o abuso surge do uso da pessoa jurídica como meio de inadimplir uma obrigação, de modo que se deve ignorar o princípio da separação patrimonial, sob o argumento de que aquele que agiu com abuso não pode ter esse benefício em seu favor.

O segundo princípio é baseado na compreensão de que não há como afastar a autonomia subjetiva do ente jurídico como meio de alcançar uma norma ou o objeto de um pacto celebrado, mas, que, entretanto, existem exceções ao aludido princípio como forma de dar eficácia ao sistema.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 9.

⁵ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo, 2004.

De acordo com o terceiro princípio de ROLF SERICK, as normas jurídicas aplicáveis aos indivíduos isoladamente considerados são, em tese, também aplicáveis às pessoas jurídicas.

Por fim, o quarto princípio desenvolvido pelo jurista alemão dispõe que o instituto da desconsideração pode atingir aquele que foi parte em um negócio, afastando a formalidade existente.

Consoante lição de CALIXTO SALOMÃO⁶, *“o conceito de personalidade jurídica, teoricamente elaborado pela pandectística, foi durante longo tempo considerado intocável. Essa rigidez demorou muito para ser superada. Apenas na segunda metade da década de 50, com a publicação do trabalho de R. Serick, ganharam impulso teorias que admitiam desconhecer a personalidade jurídica”*.

A teoria subjetiva (e unitária) de ROLF SERICK permitiu o aprofundamento do tema na Alemanha, com a criação da teoria relacionada aos centros de imputação, a qual pode ser denominada antiunitária, uma vez que sua origem remonta a uma crítica ao trabalho de ROLF SERICK, por meio de um artigo publicado por WOLFRAM MÜLLER-FREINFELS.

Segundo CALIXTO SALOMÃO, WOLFRAM MÜLLER-FREINFELS, *“afirma que o esquema regra/exceção de Serick erra ao ver na personificação jurídica, e conseqüentemente no seu contrário, a desconsideração, um fenômeno unitário. Para ele, respeitar ou não a separação patrimonial depende da análise da situação concreta e da verificação do objetivo do legislador ao impor uma determinada disciplina”*.

Este posicionamento permite uma visão menos rígida da desconsideração, que passa a incluir não apenas situações de fraude, mas, também, quando necessário, situações em que, à luz da importância e do objetivo da norma aplicável, é conveniente não levar em conta a personalidade jurídica. A desconsideração não é, portanto, apenas uma reação a comportamentos fraudulentos, mas também uma técnica legislativa ou uma técnica de aplicação das normas (*Regelungstechnik*) que permite dar valor diferenciado aos diversos conjuntos normativos⁷.

⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto, o Novo Direito Societário. 3ª edição. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 232.

⁷ Opus citatum, p. 242.

WOLFRAM MÜLLER-FREINFELS sugere uma *análise de interesse* e reconhece que a questão exige uma *natureza interpretativa*, uma vez que inexistente um método que possa dispensar o elemento subjetivo, restando imprescindível uma interpretação teleológica da lei.

Na França, o instituto da desconsideração teve origem com a denominada jurisprudência *du controle* ou *de maîtrise*, a qual teve como escopo estender os efeitos do regime falimentar ao controlador de fato do ente jurídico. Acerca do tema, leciona LAMARTINE CORREA⁸ que:

[A]o lado do reconhecimento em princípio da autonomia da pessoa jurídica em tela, a não-consideração, no caso concreto, de tal autonomia; ao mesmo tempo que se reafirma a pessoa jurídica como ponto de imputação de direitos e obrigações distinto dos sócios (o *Trennungsprinzip* dos alemães), atinge-se, *atrás* da pessoa jurídica, através dela (*durch...greifen, Durchgriff*), os sócios, em especial os que a controlam ou dominam. Digna de nota é a circunstância de que, tendo tão clara ideia do procedimento técnico (inclusive no que toca à “recusa”, no caso específico, das conseqüências lógicas do reconhecimento da personalidade jurídica, embora mantida e reconhecida tal personalidade), Coulombel parece—pela bibliografia citada—desconhecer totalmente os precedentes jurisprudenciais norte-americanos e alemães, sendo de notar-se que seu trabalho (1.949) é anterior à obra de Serick (1.955). Isso demonstra que essas idéias andavam no ar, nos tribunais e na doutrina, já que a crise de função não era—nem é—restrita a este ou àquele país.

Note-se que as linhas antecedentes têm como objetivo não apenas revelar a origem da teoria no direito estrangeiro, mas, igualmente, demonstrar que, desde os primórdios do desenvolvimento da *disregard doctrine*, foi firmado o entendimento de que a não separação do patrimônio dos sócios em relação aos da sociedade consiste em exceção à regra (jurídica).

A introdução da *prática anglo-saxônica* do *lifting the corporate veil* na Código Civil de 2002 e, máxime, no Código de Processo Civil, não há de perder o espírito patente da *common law*, inobstante a recepção pelo nosso Direito, de raízes romano-germânicas. Se a *aequitas* romana difere da *common law*, nada impede que o *equitativo* seja reconhecido no

⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo, Saraiva, 1979, p. 465.

sistema normativo brasileiro, no que concerne, em ambos os sistemas, à flexibilidade normativa.

2. O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO PÁTRIO

Feitas as considerações acima com o fito de sistematizar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e seu desenvolvimento no direito estrangeiro, passa-se a analisar seu surgimento na doutrina pátria.

Como se viu, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica surgiu com a clara finalidade de se garantir que as sociedades comerciais não fossem utilizadas por seus sócios de maneira indevida, praticando atos ilícitos, com abuso de direito e se ocultando sob o “manto protetor” da personalidade jurídica⁹.

Veja-se que o aludido instituto, justamente por ser uma exceção à regra da personalidade jurídica e sua autonomia patrimonial, não foi aceita de imediato pela doutrina brasileira, como pode ser vislumbrado na crítica feita pelo saudoso PONTES DE MIRANDA acerca do tema:

“[O] desprezo das formas de direito das pessoas jurídicas, o *“disregard of Legal Entity”*, provém de influências, conscientes e inconscientes, do capitalismo cego, que, chegando a negar, por vêzes, a “pessoa” jurídica privada, prepara o caminho para negar a “pessoa” do Estado. Tal internacionalismo voraz e a metafísica da extrema esquerda empregam, de lados opostos, as mesmas picaretas. Destrói-se ou tenta destruir-se todo o conceito de vontade social, todo o elemento democrático das sociedades privadas e públicas; nega-se o próprio sentido da liberdade de determinação de vontade dos sócios (...)”¹⁰

Cabe destacar, ainda, que, na jurisprudência brasileira, antes mesmo da doutrina brasileira se debruçar com afinco sobre o tema, um dos primeiros contatos com a teoria ocorreu no outrora denominado Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, sendo

⁹ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo, 2004. p.13.

¹⁰ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado, Parte Especial, Tomo L, 1954, p. 303.

pertinente o seguinte trecho do precedente: “a assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entravar a própria ação do Estado na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao Direito¹¹”.

Ocorre que o exame pormenorizado da desconsideração da personalidade jurídica pela doutrina nacional foi realizado por RUBENS REQUIÃO em conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, em 1969, com base na teoria de ROLF SERICK, insculpida em sua monografia *Rechtsform und Realität juristischer Personen* (Forma Jurídica e Realidade das Pessoas Coletivas), que adaptou em definitivo o instituto ao *civil law*.

REQUIÃO, em sua obra “*Aspectos Modernos de Direito Comercial*” apresentou o seguinte problema para revelar o início do estudo sistemático do instituto da desconsideração:

“[S]e a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas físicas que a compõem, pois são personalidades radicalmente distintas; se o patrimônio da sociedade personalizada é autônomo, não se identificando com o dos sócios, tanto que a cota social de cada um deles não pode ser penhorada em execução por dívidas pessoais, seria então fácil burlar o direito dos credores, transferindo previamente para a sociedade comercial todos os seus bens. Desde que a sociedade permanecesse sob o controle desse sócio, não haveria inconveniente ou prejuízo para ele que o seu patrimônio fosse administrado pela sociedade, que assim estaria imune às investidas judiciais de seus credores”¹².

Corolário dos ditames constitutivos da sociedade empresária, o princípio da autonomia patrimonial é alicerce do próprio direito societário, na medida em que limita os efeitos das eventuais perdas nos investimentos, dado que o patrimônio dos sócios não deve responder pelas dívidas da sociedade, já que, com o perdão do truísmo, se assim não o fosse, a atividade empresária encontraria graves óbices, com impactos negativos para o desenvolvimento econômico.

¹¹ Apelação n. 9.247, 4ª Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, Rel. Edgard de Moura Bittencourt, São Paulo: Revista dos Tribunais 238/393, 1955, p. 394.

¹² REQUIÃO, Rubens. Aspectos modernos de direito comercial. São Paulo, Saraiva, 1977, p. 67.

Contudo, RUBENS REQUIÃO questionou o absolutismo do direito da personalidade jurídica e da autonomia patrimonial quando tais prerrogativas fossem utilizadas para fins condenáveis, uma vez que, à época, segundo o inesquecível Professor, *“estávamos condicionados pela lição corrente, de que o direito da personalidade jurídica é absoluto, não se podendo superar a distinção entre ela e seus componentes, nem negar a sua autonomia patrimonial”*¹³:

“Se a personalidade jurídica constitui uma criação de lei, como concessão do Estado, objetivando, como diz Cunha Gonçalves, ‘a realização de um fim’, nada mais procedente do que se reconhecer ao Estado, através de sua justiça, a faculdade de se verificar 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 uso.”¹⁴

FÁBIO ULHOA COELHO, assim como o mestre REQUIÃO, é adepto à teoria subjetiva para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, porém, em sua doutrina, trata os conceitos de fraude e abuso de uma forma mais moderna, sem a ênfase dada por ROLF SERICK que, ao seu entender, é exagerada.

Dessa forma, para FÁBIO ULHOA COELHO, *“o elemento intencional, de ordem subjetiva, já não tem a mesma importância. Com efeito, a experiência tem demonstrado que a prova de um elemento subjetivo é ônus exagerado que se impõe, às vezes desnecessariamente, a quem o direito afirma querer tutelar”*, i.e., a prova da intenção fraudulenta não parece ser a solução mais justa, mas sim a prova de ter ocorrido o dano para a correta constatação da fraude.¹⁵

O Prof. FÁBIO ULHOA COELHO elabora 2(duas) formulações para a teoria da desconsideração: *“A maior, pela qual o juiz é autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela, e a menor, em que o simples prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia patrimonial.”*¹⁶

¹³ *Opus citatum*. REQUIÃO, Rubens, p. 71.

¹⁴ *Opus citatum*. REQUIÃO, Rubens, p. 71.

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 61-62.

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 35.

Segundo essas premissas, a teoria maior da desconsideração “*elegeu como pressuposto para o afastamento da autonomia patrimonial da sociedade empresária o uso fraudulento ou abusivo do instituto. Cuida-se, desse modo, de uma formulação subjetiva, que dá destaque ao intuito do sócio ou administrador, voltado à frustração de legítimo interesse do credor.*”¹⁷

Por sua vez, ao apresentar seu renomado estudo sobre as sociedades mercantis sob a ótica do poder de administração, COMPARATO aborda a questão da desconsideração da personalidade jurídica de uma forma diversa, qual seja, à luz do poder de controle societário.

Segundo COMPARATO, a pessoa jurídica possui funções gerais e específicas. A função geral da personificação é a criação de um centro de interesses autônomos, cujos ativos e passivos não se confundem com os direitos e as obrigações dos sócios, permitindo a mobilização de recursos e esforços para atingir um objetivo comum que é a consecução do objeto social¹⁸. A personificação, para esse autor, é entendida como uma técnica jurídica para se atingirem determinados objetivos, como a autonomia patrimonial e a limitação de responsabilidades¹⁹. A separação patrimonial é apontada como a causa na constituição de sociedades²⁰. Dessa forma, ante a ausência de separação patrimonial e de um centro de interesses autônomo, é possível desconsiderar a personalidade jurídica que, segundo ele, é sempre feita em função do poder de controle societário²¹.

Uma lição de COMPARATO foi a de que os conceitos de abuso e fraude à lei não englobam todas as possibilidades de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que não teria sido considerada, sob sua visão, a hipótese em que a teoria desconsideração deve ser aplicada em virtude do benefício ilícito obtido pelo controlador, sem qualquer abuso ou fraude cometido de forma direta.

Assim sendo, COMPARATO sustenta que o critério correto para a aplicação do instituto está relacionado à interpretação funcional da personalização:

¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. V. 2. p. 43.

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na Sociedade Anônima. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 292-293.

¹⁹ *Opus citatum*. COMPARATO, Fábio Konder, p. 290.

²⁰ *Opus citatum*. COMPARATO, Fábio Konder, p. 292.

²¹ *Opus citatum*. COMPARATO, Fábio Konder, p. 295.

“Toda pessoa jurídica é criada para o desempenho de funções determinadas, gerais e especiais. A função geral da personalização de coletividades consiste na criação de um centro de interesses autônomo, relativamente às vicissitudes que afetam a existência das pessoas físicas que lhe deram origem, ou que atuam em sua área: fundadores, sócios, administradores. As funções específicas variam, conforme as diferentes categorias de pessoa jurídica e, ainda, dentro de cada categoria, de coletividade a coletividade, em razão de seus atos constitutivos, estatutos ou contratos sociais”.²²

Prossegue COMPARATO, aduzindo que *“a desconsideração da personalidade jurídica é operada como consequência de um desvio de função, ou disfunção, resultante sem dúvida, no mais das vezes, de abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui um ato ilícito. Daí por que não se deve cogitar da sanção de invalidade, pela inadequação de sua excessiva amplitude, e sim da ineficácia relativa”*. Ao analisar a obra de COMPARATO, CALIXTO SALOMÃO aduz que a função da personalidade jurídica seria a criação de um centro de interesses autônomo e, quando esse centro de interesses não estivesse presente, a desconsideração seria a solução²³.

Quanto aos critérios que caracterizam a inexistência de um centro de interesses autônomo, COMPARATO substitui o unitarismo subjetivo por um método objetivo, ainda que unitário.

Para LAMARTINE CORRÊA, a principal função da personalidade jurídica é a separação patrimonial e, embora tenha reconhecido que a responsabilidade limitada não decorre apenas da personalidade jurídica, compreende que a limitação da responsabilidade consiste na expressão máxima do princípio da separação²⁴.

Assim, segundo LAMARTINE CORRÊA, a teoria da desconsideração surgiu como resposta a uma crise de função da pessoa jurídica, que permitia a criação de um centro autônomo de interesses para conciliar dois interesses opostos, quais sejam: as necessidades dos membros das sociedades que desejam a fácil dissolução de seu vínculo na sociedade para limitação do risco empresarial e o interesse de manutenção de uma sociedade, de uma

²² *Opus citatum*. COMPARATO, Fábio Konder, p. 356.

²³ *Opus citatum*. SALOMÃO, Calixto, p. 252.

²⁴ *Opus citatum*. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. p. 261-263.

continuidade do grupo, de sua base financeira e de sua mobilidade econômica, necessários à consecução dos fins coletivos dos grupos.²⁵

Portanto, a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica seria consequência de uma disfunção da personalidade do ente jurídico.

Sob outro aspecto, LAMARTINE CORRÊA adverte que casos de mera imputação de ato, isto é, hipóteses sobre as quais a lei prevê a responsabilidade do sócio, não podem ser confundidos com casos de desconsideração.

No que tange à teoria objetiva, adotada por COMPARATO e LAMARTINE CORRÊA, abandona-se a ideia de abuso de direito individual, encarado subjetivamente, em prol da figura de abuso de direito ou de abuso do instituto, que se caracteriza pela utilização da pessoa jurídica de forma contrária à função que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico, independentemente da aferição de culpa ou intenção do agente. Em outras palavras, cada categoria de pessoa jurídica possui uma função específica definida pelo ordenamento, aplicando-se a desconsideração sempre que essa função seja desviada, independentemente da aferição de culpa.

O estudo da construção das bases teóricas do instituto da desconsideração tem o escopo de demonstrar o fundamento das teorias que o envolvem, as quais respaldam o processo incidente que é ponto nodal deste trabalho.

2.1. A previsão legal da desconsideração no Direito Brasileiro

No Direito pátrio, muito embora esteja sendo aplicada desde a década de 1960, a matéria só veio a ser positivada com a promulgação do Código Civil de 2002, que fixou, em seu art. 50, os parâmetros que facultam ao magistrado desconsiderar a personalidade jurídica:

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

²⁵ *Opus citatum*. OLIVEIRA. José Lamartine Corrêa de. p. 259-260.

administradores ou sócios da pessoa jurídica.” (redação original da Lei nº 10.406/2002 – Código Civil).

O artigo acima transcrito foi alterado pela Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, a qual manteve a alusão à extensão da responsabilidade patrimonial a “*certas e determinadas relações de obrigação da pessoa jurídica [e, inversamente, cf. § 3º]*” aos beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso de personalidade, discriminando – em nome da segurança jurídica – as hipóteses que permitem a aplicação do instituto estudado:

“Art. 50. 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 fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização dolosa 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 o de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

§3º O disposto no **caput** e nos § 1º e § 2º 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** 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. ”

Por conta disso, antes do Código Reale entrar em vigor, a desconsideração da personalidade jurídica foi aplicada pelos tribunais pátrios independentemente de uma previsão legal – nas hipóteses de fraude e/ou abuso de direito – sem prejuízo do uso, muitas das vezes por analogia, de dispositivos de lei específicos, quais fossem: (i) o art. 2º, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho²⁶; (ii) o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor²⁷;

²⁶ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

(iii) o art. 4º da Lei 9.605/98²⁸; (iv) o art. 135 da Lei nº 5.172/66²⁹; e (v) o art. 18 da Lei nº 8.884/94 (revogada pela Lei nº 12.529/2011, que possui redação idêntica no art. 34, *caput*, e parágrafo único³⁰).

Como já dito anteriormente, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, quanto às hipóteses de incidência, subdivide-se em duas categorias: teoria maior e teoria menor da desconsideração. Com relação à teoria menor da desconsideração, não suficientemente destrinchada, permite-se que a autonomia patrimonial e a personalidade jurídica sejam afastadas como meio de coibir fraudes e abusos, pelo mero fato do credor não ter satisfeito crédito de que seja titular, mesmo que não tenha sido provada a ocorrência de um pressuposto essencial.

Segundo ANDRÉ SOUZA PAGANI, “[a] chamada ‘teoria menor’ é resultado da decretação afobada da desconsideração da personalidade jurídica, pelo simples fato de o credor não ter logrado êxito em receber o que lhe é devido, sem haver qualquer indagação sobre a ocorrência de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial. Por isso mesmo, tal formulação recebe o adjetivo, certamente pejorativo, de ‘menor’: pela ausência de fundamentos teóricos e doutrinários minimamente elaborados para a sua aplicação no caso concreto”³¹

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.

²⁷ 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.

²⁸ Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

²⁹ Art. 135. 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:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

³⁰ Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

³¹ SOUZA, André Pagani de. Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

Consoante lição da eminente Min. NANCY ANDRIGHI, no julgamento do recurso especial nº 279.273, por ela relatado, a teoria menor “*incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial*”³².

E prossegue a Ministra:

“Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.”³³

Na seara trabalhista, apesar do uso do diploma processual civil de modo subsidiário, há a utilização - em massa - da teoria menor da *disregard doctrine*, onde se fazem ouvidos moucos a fraudes e abusos. Isso tudo sem discorrer sobre o devido processo legal e o contraditório, direitos fundamentais simplesmente deixados de lado quando da aplicação da teoria dita “menor”. Nesse sentido, leciona WALFRIDO JORGE WARDE JÚNIOR:

“Diante de dois bens jurídicos, o magistrado prefere um em detrimento do outro. A escolha ganha suporte de uma reflexão de natureza ético-econômica em que o juiz se convence – para usar a terminologia do *Law and Economics* – da ineficiência da limitação de responsabilidade. Esse juízo e seus fundamentos (ético-econômicos) serão, nesses casos, as únicas causas de imputação de responsabilidade. As frequentes referências à teoria da desconsideração da personalidade jurídica são evidentes técnicas para que – apenas formalmente – não se possa falar em *judge-made law*. Na larga maioria das vezes, imputa-se responsabilidade aos sócios sem que existam, nos autos, quaisquer provas de abuso de direito, fraude, abuso da personalidade jurídica, desvio de finalidade, i.e., as razões mais recorrentes à aplicação da teoria da desconsideração. Basta que se verifique a insolvência ou o esgotamento do patrimônio social, prescindindo-se, por completo, da prova das causas que impedem a sociedade de adimplir o crédito trabalhista, para que se impute responsabilidade aos sócios [...]. Essa é, apenas para refutar a pecha de exceção, conduta consolidada em matéria trabalhista. De resto, observa-se em razão do privilégio, a especialidade do crédito em tela, cuja satisfação não pode ser obstaculizada pela limitação da

³² REsp 279.273/SP, Nancy Andrichi, Terceira Turma do STJ, julgado em 04.12.2003.

³³ *Opus citatum*. REsp 279.273/SP.

responsabilidade. Do mesmo modo, a despeito de pretender-se a aplicada a disregard doctrine, dá-se imputação de responsabilidade pela simples insuficiência do patrimônio social [...]. No caso específico da responsabilidade grupal, a norma do §2º, do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho torna desnecessário – para mascarar um juízo acerca da ineficiência da limitação da responsabilidade – o apelo à teoria da desconconsideração. A determinação legal, nesse particular, tem a sociedade controladora como empregadora (por determinação do §2º cumulado com o caput do artigo 2º da CLT) e, conseqüentemente, diante da apropriação e organização empresarial do trabalho como meio de produção, também como co-titular da atividade empresarial desenvolvida pela controlada [...]. A norma em destaque contém presunção absoluta de que, para os fins do direito do trabalho, sobreponham-se – em vista do seu exercício pela mesma pessoa – os, conceitualmente distintos, controles empresarial e societário. Presume-se que o controlador não só influencie a vontade social, mas também exerça a erroneamente, a um esquema de controle e subordinação entre empresas, e não entre pessoas, há mesmo quem amplie – por existirem empresas individuais e societárias – o âmbito de aplicação da norma ao controlador que seja pessoa física. No direito do trabalho, portanto, é claramente constatado que a imputação de responsabilidade aos sócios é consequência de juízos ético-econômicos realizados tanto pelo magistrado, quanto pelo legislador. ”³⁴

No mesmo sentido, na legislação consumerista, foi aplicada a proteção constitucional garantida por meio do art. 5º, XXXII da Carta Magna de modo semelhante àquela dada aos trabalhadores, mas – e aqui faz-se uso da conjunção porquanto jamais poderia o legislador, em nome de suposta proteção, fazer vista grossa a garantias individuais - permitiu-se a aplicação da teoria “menor” em decorrência de uma opção do legislador de proteger referidos créditos, em detrimento do princípio da separação do patrimônio (e de preceitos constitucionais), como se denota do quanto disposto no §5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor³⁵.

³⁴ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. Responsabilidade dos Sócios. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 289-295.

³⁵ Como bem elucida Walfrido Jorge Warde Júnior: “O legislador, particularmente no que concerne ao §5º do artigo 28, desprezou os critérios de desconconsideração. A referência à disregard doctrine decorre somente da necessidade, diante da crença de que a limitação de responsabilidade resulte da personalidade jurídica, de eleger uma técnica capaz de imputar aos sócios a responsabilidade pelas dívidas da sociedade. De resto, não é possível encontrar-se no suporte fático da norma em tela, as características da teoria da desconconsideração. Torna-se claro, portanto, que o legislador, preferindo a satisfação do crédito do consumidor à limitação da responsabilidade dos sócios da sociedade devedora, pretendeu abrogar – relativamente às questões de consumo – as normas dos artigos 1.045, 1.052 do Código Civil e 1º da Lei de Sociedades Anônimas”. (*Opus citatum*, WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. p. 297-298).

Num contraponto, a teoria maior da desconsideração impõe a demonstração de desvio de finalidade ou a demonstração de confusão patrimonial, ambos derivados do abuso de direito – ou, especificamente, do abuso do direito à personalidade jurídica - além da prova da pessoa jurídica estar insolvente para o cumprimento de suas obrigações.

Os requisitos instituídos no art. 50 do Código Civil representam a adoção da chamada teoria maior da desconsideração, segundo a qual, como visto acima, somente pode haver desconsideração quando se encontrem presentes, alternativa ou cumulativamente, os requisitos legitimadores previstos em lei.

Ao se deter sobre o novo Código Civil, FABIO ULHOA COELHO afirma que seu artigo 50 não pode afastar os juízes da formulação da teoria maior da desconsideração, ou seja, não podem os juízes deixar de observar os critérios subjetivos para a correta aplicação da teoria da superação.³⁶

Nesse sentido, segundo SILVIO VENOSA³⁷ *“essa nova redação atende à necessidade de o juiz, no caso concreto, avaliar até que ponto o véu da pessoa jurídica deve ser descerrado para atingir os administradores ou controladores nos casos de desvio de finalidade, em prejuízo de terceiros”*.

Ainda, de rigor pontuar que não apenas o patrimônio das pessoas naturais dos controladores, dos administradores ou dos diretores podem ser atingidos por meio da aplicação do referido instituto, mas, também, o de outras pessoas jurídicas ou naturais que, direta ou indiretamente, detém o capital e/ou controle da pessoa desconsiderada – desde que tenham participado do ato (ou atos) que culminou na desconsideração.

O núcleo de política jurídica – cujo término se deu com a disposição normativa do artigo 50 do Código Civil de 2002, a título de solução prática, derivada de liames teóricos, ao longo do tempo e do espaço nacionais construídos, e que se consolidou, pois, em termos coercitivos – calca-se numa ideia-chave, qual seja, a de flexibilização.

³⁶ *Opus citatum*. COELHO, Fábio Ulhoa. p. 54.

³⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p.290.

A flexibilidade, de que se cuida, não decorre, certamente, de uma simples condescendência ou tolerância de poder, mas se inscreve num processo alternativo à rigidez tradicional do modelo de discriminação entre o patrimônio da *societate empresarial* e o patrimônio dos sócios e administradores da *societate*. Esse carácter maleável ocorre, particularmente, no tocante à responsabilidade patrimonial.

A origem doutrinária dessa mudança de perspectiva, na área societário-patrimonial, constata-se na aliança entre um viés teórico e uma jurisprudência aquiescente dos tribunais. E tudo isso tem, por suporte ideal, o juízo prévio de que o exercício do direito tem de conhecer limites. Avoca-se, portanto, o conceito de abuso de direito, expressão corretamente criticada por PONTES DE MIRANDA, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil*³⁸. Entenda-se, assim, na taxionomia original, uma síntese morfológica.

Com a preciosidade retórica de sempre, JOSÉ DE AGUIAR DIAS nos alerta que “os direitos não nos são concedidos para que façamos uso deles discricionariamente, para prejudicar a outrem. ” E prossegue na mesma linha: “Quando tal acontece, estão sendo desviados de seu fim, e isso é abuso de direito. ”³⁹

A contradita ao uso abusivo de direito evoca seus primórdios edificados no Direito Romano. A teoria do abuso do direito “é, numa palavra, condensação de outro princípio romano, erguido em contraposição ao neminem laedit qui iure suo utitur e que vem a ser o summum ius, summa iniura. ”⁴⁰

O que se flexibiliza, no fundo, é a própria aplicação do direito, o que se faz sintomático na redação do artigo 50 supradito, quando se refere à decisão do juiz no seio do preceito legal. Daí o aspecto dinâmico do instituto havido, de cuja interpretação se exige intrínseca ductibilidade, aliás própria do sentido de justiça, a que está, por igual, associado, conforme preleciona ARISTÓTELES, em sua *Ética a Nicômaco*, Capítulo 2 (em que se diz que o injusto é o ilegal e “o que não atém à equidade”), e Capítulo 10, (em que afirma: “o

³⁸ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, pp. 382/383.

³⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 12ª edição revista, atualizada e de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 69.

⁴⁰ *Opus citatum*. DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p. 70.

que é equitativo, ao ser superior ao justo considerado em particular, e por isso mesmo justo”)⁴¹.

Por meio da teoria da *disregard*, normativamente incrustrada na terminologia do Código Civil brasileiro, “o juiz, verificando a existência de fraude ou abuso, ultrapassa as barreiras da responsabilização exclusiva da pessoa jurídica por suas dívidas, responsabilizando também seus sócios e permitindo, pois, a expropriação de seu patrimônio pessoal para o adimplemento das obrigações contraídas pela sociedade.”⁴²

Nossa legislação civil, com extensão processual civil, absorveu, portanto, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária, nos termos utilizados pelo artigo 50 de nosso Código Civil, em 2002.

2.2. Hipóteses de aplicação do instituto

Destarte, “na aplicação habitual da desconsideração do véu societário [personalidade jurídica], o julgador proclama a ineficácia episódica do ato jurídico [nefando, por incorrer no abuso do exercício da personalidade jurídica] e responsabiliza a pessoa física considerada beneficiada pela existência da pessoa jurídica e possibilita ‘que se prescindida da estrutura formal da pessoa jurídica para que a decisão penetre para além da ficção da personalidade existente e atinja as pessoas físicas que por sobre o véu da pessoa jurídica se encobrem’”⁴³

A par dessa aplicação clássica e, a princípio, a única inserta na letra do artigo 50 da Lei Civil, consoante trato jurisprudencial, obviou-se a *outra face* do instituto, viabilizando a *desconsideração em sentido inverso*, isto é, aquele se em que “o juiz pode e deve, quando requerido pela parte, ou pelo Ministério Público, imputar à sociedade e comprometer os bens sociais pelos atos jurídicos de seus sócios ou administradores, quando estes se valem da sociedade para frustrar direitos que os terceiros têm sobre bens pessoais”.⁴⁴

41 Aristóteles. *Ética a Nicômaco*, 2ª reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2018.

42 GIANNICO, Maurício. *Expropriação executiva*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 98.

43 PORTO, Sérgio Gilberto. *Doutrina e prática dos alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 124.

44 MADALENO, Rolf. *A desconsideração judicial da Pessoa Jurídica e da Interposta Pessoa Física no Direito de Família e no Direito das Sucessões*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 41.

O abuso da personalidade jurídica (ou do direito à personalidade jurídica) compõe-se, *vis legis*, do desvio de finalidade e/ou da confusão patrimonial. O primeiro dos vícios acontece “*quando a pessoa jurídica pratica atos incompatíveis com o contrato social ou estatuto de regência de suas atividades, agindo com excesso ou abuso de poder e desvirtuando-se dos objetivos da própria instituição de personalidade jurídica.*”⁴⁵ Outrossim, na via inversa do instituto da desconsideração, quando se permutam os sujeitos de direito responsáveis e respectivos bens sujeitos à constrição.

A hipótese de desvio de finalidade prevista como possibilidade de aplicação da teoria de desconsideração da personalidade jurídica engloba a fraude, que também é uma modalidade do abuso de direito, cuja distinção se denota no fim do ato. Tanto é que o - novo - parágrafo primeiro do art. 50 dispõe que “*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*”.

De acordo com o que leciona WALFRIDO JORGE WARDE JÚNIOR, os membros de um centro autônomo de imputação, dotado de patrimônio próprio, “*devem se portar com certo distanciamento entre sua conduta pessoal e as atividades próprias desse centro, a fim de que usufruam da limitação da responsabilidade patrimonial*”.

A fraude é o requisito que ocorre com a tomada de um ato ilícito, o qual viola a legislação e pressupõe que inexistente direito do agente, ao passo que o desvio de finalidade, por meio de ato incompatível ao regular exercício de direito da sociedade, é revestido de uma aparente legalidade, que encobre e disfarça uma declaração real da vontade, muito embora a nova legislação tenha abarcado os dois termos no conceito de desvio de finalidade.

A confusão patrimonial, a seu turno, é quebra a autonomia do patrimônio societário, por “*deliberada mistura das massas patrimoniais*”. Em ocorrendo, torna-se fluida “*a fronteira da autonomia patrimonial da sociedade e de seus sócios... (omissis) ensejando a perda da responsabilidade limitada.*”⁴⁶ Não sem razão a nova redação do art. 50 do Código Civil estabeleceu como confusão patrimonial “*cumprimento repetitivo pela sociedade de*

⁴⁵ *Opus citatum*. MADALENO, Rolf. p. 71.

⁴⁶ *Opus citatum*. MADALENO, Rolf. p. 73, citando José Tadeu Neves Xavier, em sua Teoria da Desconsideração de Pessoa Jurídica no novo Código Civil, Revista Ajuris, Porto Alegre, nº 89, p. 176.

obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa” e “transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante”.

Assim, “[q]uando tais membros atuam como se fossem titulares de poder direto de disposição sobre os bens que compõem o patrimônio destacado, ao invés de simples credores do resultado da atividade por meio dele exercida, o limite legal de responsabilidade deixa de ser aplicável, pois passam a se confundir duas esferas patrimoniais que deveriam ser tratadas separadamente.”⁴⁷

Assim, referida hipótese ocorre quando os bens da pessoa jurídica se confundem com os dos sócios sem causa jurídica que justifique, de modo que não há como discernir o real proprietário de um bem e, portanto, há evidente abuso de direito. Também ocorre confusão quando há pagamentos da sociedade para sócio ou administrador (ou vice-versa) sem justificativa jurídica, pois, a finalidade da pessoa jurídica jamais será ser uma espécie de segunda pessoa natural que tão somente arca com as obrigações do particular (v.g. sócio ou administrador), sendo impossível, do ponto de vista societário, criar uma pessoa jurídica cujo o objeto social é o pagamento de despesas do sócio (ou administrador) sem haja qualquer contrapartida para tanto.

2.3. A ineficácia dos atos ilícitos por meio da desconsideração

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica, embora tenha surgido na jurisprudência do direito anglo-saxão, quando trazida ao direito pátrio, teve – e deve - de se submeter a causas específicas que permitem responsabilizar (*haftung*) terceiro pelo débito (*schould*) gerado por outrem.

⁴⁷ PARENTONI, Leonardo Netto. Reconsideração da Personalidade jurídica. Estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine como análise empírica da jurisprudência brasileira, 2012. Tese. (Doutorado em direito Comercial). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 55). Em aludida tese, o autor cita que “Francesco Galgano já havia destacado que o elemento central da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é o distanciamento entre o patrimônio pertencente ao centro autônomo de imputação e o patrimônio pessoal de seus membros. Na mesma passagem, o jurista italiano ainda ressalta que pouco importa a existência de personalidade jurídica para que se configure a limitação de responsabilidade”: GALGANO, Francesco; GENGHINI, Riccardo. *II Nuovo Diritto Societario*. 3. Ed. Padova: CEDAM, 2006, v. 29. T. I. p. 167.

Como já aventado em linhas precedentes, a interpretação do art. 50 do Código Civil exige intrínseca dedutibilidade, razão pela qual não há como negar que a aplicação do instituto da desconsideração é permitida, apenas e tão somente, em caso de cometimento de **ato ilícito**, mesmo que derivado do abuso de direito (CC. art. 187), sem o qual não haveria motivo para responsabilizar terceiro estranho ao processo. Isto é, a aplicação da desconsideração calca-se, prioritariamente, no princípio do velho brocardo *neminem laedere*.

A aplicação da regra jurídica do art. 50 exige como suporte fático o abuso de direito ou, nas palavras de JOSÉ AGUIAR DIAS, o uso de direitos “*desviados de seu fim*”⁴⁸, porquanto, de acordo com PONTES DE MIRANDA, em seu Tratado de Direito Privado, “[o] direito tanto de preocupa com os atos lícitos que acolhe e regula, quanto com os atos contrários a ele, que ele tem de colocar em seu mundo (que é o mundo jurídico), em vez de previamente os repelir e os deixar fora do mundo)”⁴⁹

Falar na necessidade de cometimento de ato ilícito para a aplicação do instituto da desconsideração é legitimá-la (*ratio juris*) - já que sem o abuso da personalidade jurídica, que é abuso do direito à personalidade jurídica, não haveria causa jurídica para a aplicação do indigitado instituto que responsabiliza terceiro à relação processual - mas, sobretudo, permite quantificar o dano causado por meio da individualização do ato ou dos atos.

Segundo PONTES DE MIRANDA “*O ato ilícito stricto sensu tem a particularidade de violar, com culpa, a regra jurídica, sem atinência a que essa regra regula negócio jurídico ou ato jurídico stricto sensu. Contraria direito, ferindo (lesando) bens da vida, que o direito protege; independentemente do vínculo entre o ofensor e o ofendido, oriundo de negócio jurídico, ou de ato jurídico stricto sensu*”⁵⁰. Daí é quase que obviedade dizer que a desconsideração da personalidade jurídica é uma reprimenda, sanção do sistema jurídico, pelo ato ilícito praticado, sendo que a reparação do dano deve encontrar limite no prejuízo causado, sob pena de enriquecer ilicitamente a parte prejudicada.

Aliás, sendo que o cometimento de ato ilícito *stricto sensu* encontra como consequência natural o dever de reparar (CC, art. 927), nada mais lógico que a

⁴⁸ *Opus citatum*. DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil, p. 70.

⁴⁹ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, Parte Geral, tomo II, São Paulo, 1954, p. 202.

⁵⁰ *Opus citatum*. MIRANDA, Pontes de. p. 213.

responsabilidade oriunda da desconsideração encontrar limitação no próprio ato de abuso, ou seja, a desconsideração deve alcançar apenas as quantias (e aqui se fala em pecúnia propriamente dita) que foram objeto do ato (ou atos) ilícito.

Por outro lado, levando em conta a própria teoria subjetiva do instituto, a culpa – aqui empregada no sentido *lato*, sem preocupar-se com a intenção subjetiva do agente - pelo cometimento do ato ilícito é pressuposto necessário, já que sem ela não haveria como correlacionar o ilícito com o prejuízo causado, tampouco haveria que se falar em responsabilização patrimonial de determinado sócio/administrador de eventual sociedade com relações a “*certas e determinadas relações de obrigações*”.

Repise-se, aqui, que, para que haja a responsabilização patrimonial da pessoa física, considerada beneficiada (por abuso de direito) – ou que cometeu o ilícito - é necessária a culpa, a qual o Prof. AGUIAR DIAS - abordando a doutrina de RAYMOND SALEILLES - afirma que se refere ao próprio fato causador do dano, “*sem indagação ao elemento psicológico do agente*”, concluindo ser “*mais equitativo e mais conforme à dignidade humana que cada um assuma os riscos de sua atividade voluntária e livre*”⁵¹

O âmbito jurídico-positivo, cenário da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária, é o da eficácia, e, nesse particular, em nada afetando os planos da existência e da validade do ato jurídico realizado com abuso do exercício do direito. Aliás, está justamente na perda da eficácia do ato jurídico (ilícito) que reside a sanção pela contrariedade ao direito.

PONTES DE MIRANDA demonstra, muito bem, que, no mundo jurídico, “*há três planos diferentes: o plano da existência, em que há fatos jurídicos, e não mais suportes fáticos; o plano da validade, quando se trata de ato humano e se assenta que é válido, ou não-válido (nulo ou anulável); o plano da eficácia, em que se irradiam os efeitos dos fatos jurídicos: direitos, deveres; pretensões, obrigações; ações, em sua atividade (posição do autor) e em sua passividade (posição do réu); exceções*”⁵². Em suma, a existência do fato (= suficiência de elementos que o compõe), a validade (= a higidez dos elementos, e sua

⁵¹ *Opus citatum*. DIAS, José de Aguiar, p. 62.

⁵² MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, Parte Geral, tomo IV, São Paulo, 1974, p. 7.

antípoda, a invalidade que se mede pela deficiência), a eficácia (= a irradiação de direitos e obrigações, etc.).

Na seara da desconsideração em estudo, está-se no plano da eficácia, consoante a própria redação do artigo 50 do Código Civil. Em relação a quem suporta o ônus de uma responsabilidade, em conjunto com o devedor em razão única de ato ilícito ocasionado pelo abuso de direito (seja do modo direto, seja do inverso).

Há consenso em que, a princípio e até que se reconheça, judicialmente, o abuso de direito, isto é, o próprio ato ilícito, o ato ou negócio jurídico permanece íntegro entre os contratantes, existente e válido, operando efeitos entre eles, até confirmado o ilícito, desde que respeitados os direitos de terceiros. Tal que assentou o jurista, existem fatos jurídicos que são ineficazes, sem que se cogite de sua validade. *“Por isso mesmo, não se pode ligar o conceito de invalidade (nulidade, anulabilidade) ao de eficácia”*.⁵³

O que se perde, quando da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária, é elemento da eficácia do ato jurídico ou negócio jurídico. PONTES DE MIRANDA, em abordando o tema, explicita: ineficácia relativa ocorre *“quando o negócio jurídico é ineficaz para uma ou para algumas pessoas, e eficaz para outra ou para outras”*.⁵⁴

Com relação à desconsideração, a responsabilidade jurídica radica no plano normativo da sanção *lato sensu*, equivalendo dizer que, na terminologia de CARLOS COSSIO⁵⁵, a responsabilidade é uma relação a que chamou *perinorma*, contendo a imputação pela ilicitude praticada (com a inobservância, no exemplo pertinente, dos limites do uso da personalidade jurídica societária). Toda sanção – e, aqui, se trata, com efeito, de reprimenda, exterior ao ato ilícito em si, e não de simples decorrência de inadimplemento de obrigação contratual, interior à avença – merece interpretação restritiva.

A intromissão do ato jurídico ilícito relativamente ineficaz, no que tange à personalidade jurídica da sociedade, se tem de medir, para efeito de responsabilidade dele,

⁵³ *Opus citatum*. MIRANDA, Pontes de. p. 3.

⁵⁴ *Opus citatum*. MIRANDA, Pontes de. p. 73.

⁵⁵ Cossio, Carlos. ‘La Teoría Ecológica del Derecho’. Ed. Abeledo-Pierrot. Buenos Aires. 1964. p. 453/454

ato, sob o critério mais adequado: o quanto se caminhou ao abuso de direito. A mensuração, nesta forma, singela e justa, é inarredavelmente necessária para a apuração do *quantum* da responsabilidade que se emite do ato ilícito praticado em detrimento do equilíbrio que impende manter-se nas relações de obrigação da sociedade empresária.

Afinal, o instituto da desconsideração, assim como albergado na lei e na dogmática do direito empresarial, é de índole exponencialmente jurídico-equitativa. Sempre é preciso calcular, em termos da finança particular, o prejuízo que resultou do ato ilícito e culminou na medida judicial extrema da desconsideração mesma da personalidade jurídica da sociedade, e, contiguamente, o valor do abuso de direito (do ato ilícito).

Desnecessária, aqui, a natureza da interpretação do eventual caso concreto. Em princípio, dado o carácter sancionatório da responsabilidade pelo abuso de direito detectado, a desconsideração teria de ser interpretada de modo restritivo. E não caberia inverter a via de aplicação. Nota-se, porém, no legítimo acolhimento da desconsideração em sentido inverso, a presença inequívoca do senso equitativo do julgador, ainda mais que o enxerto é menos normativo e mais judicial.

2.4. A excepcionalidade da aplicação do instituto

A aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica consiste em medida de carácter excepcional, uma vez que a satisfação de uma obrigação e a busca de ativos não pode se sobrepôr ao Estado Democrático de Direito e seus princípios basilares.

Acerca desse ponto, ao redigir a Medida Provisória da Liberdade Econômica, que culminou na Lei nº 13. 874/19, decidiu-se, com razão, não somente alterar a redação do artigo 50 do Código Civil, mas definir os conceitos de desvio de finalidade e confusão patrimonial, em uma tentativa de “*em carácter emergencial, proporcionar um estado de maior segurança jurídica no país*”⁵⁶, como disposto na exposição de motivos”.

⁵⁶ Exposição de motivos da Medida Provisória nº 881/2019.

E a mesma preocupação foi externada por SÉRGIO FIUZA em sua exposição de motivos do Projeto de Lei nº 2.426/03, que restou arquivado, o qual tinha o fito de regulamentar o quanto disposto no art. 50 do Código Civil⁵⁷:

“Esses casos, entretanto, vêm sendo ampliados desmesuradamente no Brasil, especialmente pela Justiça do Trabalho, que vem de certa maneira e inadvertidamente usurpando as funções do Poder Legislativo, visto que enxergam em disposições legais que regulam outros institutos jurídicos fundamento para decretar a desconsideração da personalidade jurídica, sem que a lei apontada cogite sequer dessa hipótese, sendo grande a confusão que fazem entre os institutos da corresponsabilidade e solidariedade, previstos, respectivamente, no Código Tributário e na legislação societária, ocorrendo a primeira (corresponsabilidade) nos casos de tributos deixados de ser recolhidos em decorrência de atos ilícitos ou praticados com excesso de poderes por administradores de sociedades, e a segunda (solidariedade) nos casos em que genericamente os administradores de sociedades ajam com excesso de poderes ou pratiquem atos ilícitos, daí porque, não obstante a semelhança de seus efeitos, a matéria está a exigir diploma processual próprio, em que se firme as hipóteses em que a desconsideração da personalidade jurídica possa e deva ser decretada”.

Segundo GUSTAVO TEPEDINO, “[n]este contexto da privilegiada tutela da personalidade jurídica e da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, decorre, **como expediente excepcional, a desconsideração da personalidade jurídica**. Inspirado na doutrina anglo-saxônica da disregard of legal entity, também referida como lifting the corporate veil, o instituto jamais teve como escopo opor-se à atribuição de personalidade aos entes abstratos.”⁵⁸

Em referido artigo, o doutrinador cita importante lição de RUBENS REQUIÃO:

“Mostra-se significativa a advertência do primeiro comercialista brasileiro a defender a desconsideração no ordenamento pátrio: ‘Quando propugnamos pela divulgação da doutrina da desconsideração da pessoa jurídica em nosso direito, o fazemos invocando aquelas mesmas cautelas e zelos de que a revestem os juízes norte-americanos, pois **sua aplicação há de ser feita com extremos cuidados; e apenas em casos excepcionais**, que visem a impedir a fraude ou o abuso de direito em vias de consumação’

⁵⁷ Exposição de motivos do Projeto de Lei n. 2.426/03.

⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. A Excepcionalidade da Desconsideração da Personalidade Jurídica – Soluções Práticas de Direito – Pareceres. Revista dos Tribunais, 2011.

(Requião, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. Revista dos Tribunais 410/23. São Paulo: Ed. RT, dez. 1969, republicado na mesma revista no vol. 803, ano 91, set. 2002. p.763). Veja-se, nesta direção, tendência interpretativa de estudiosos reunidos na III Jornada de Direito Civil, traduzida no teor do enunciado de número 46: “Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade ou confusão patrimonial).”

Ocorre que a excepcionalidade da medida vem sido ignorada e, no cenário atual, existe uma crise da limitação de responsabilidade patrimonial, que decorre do uso inadequado da desconsideração da personalidade jurídica.

Muito embora pareça louvável a desesperada *caça às bruxas* enveredada em busca de ativos, é preciso superar o preconceito aparentemente estabelecido no Brasil de que falência e/ou esgotamento patrimonial são sinônimos de fraude, uma vez que o insucesso faz parte da realidade de qualquer negócio.

Outrossim, o juiz, ao não se ater às hipóteses e permitir a desconsideração da personalidade jurídica de forma incauta, a própria teoria acaba por ser descaracterizada, uma vez que não exigir os devidos pressupostos a converte em mera responsabilidade civil objetiva.

Acerca do tema, MARCIO TADEU GUIMARÃES NUNES faz importante crítica ao dispor que “*o que de fato se vê na aplicação do instituto é uma distorção patológica, a qual não permite que a desconsideração da personalidade jurídica seja realmente aplicada como um mecanismo satisfatório de realidade de Justiça, capaz de trazer, a um só tempo, segurança e previsibilidade para as relações sociais.*”⁵⁹

E prossegue o autor:

“(…) a fluidez da proposta encapada pela teoria da desconsideração gerou um descontrole conceitual tal que não se pode mais divisar com precisão em quais hipóteses ela será aplicada na pureza de seu sentido, gerando, assim, distorções agudas, seja no plano econômico, seja no jurídico.

⁵⁹ NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 35.

(...) Não encontrando esses fundamentos econômicos, a teoria busca simplesmente compensar com uma mão custos sociais que não são (e nem podem ser) antevistos quando da formulação da estrutura empresarial que a outra mão permite seja implementada com base na liberdade de escolha e na de planejamento da ação privada.”⁶⁰

A repercussão do uso desmedido da teoria em nossa sociedade pode ter um efeito econômico grave, uma vez que a imputação de responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, travestida de desconsideração da personalidade jurídica, eleva o custo dos produtos ou serviços e, ao final, transfere de volta à sociedade – além do próprio desestímulo de novos agentes do mercado, como pontuou RICARDO FIUZA em sua exposição de motivos do Projeto de Lei n. 2.426/03:

“(…) convém lembrar a inconveniência de se atribuir a todo e qualquer sócio ou administrador, mesmo os que não se utilizaram abusivamente da personalidade jurídica ou até mesmo daqueles que participaram minoritariamente do capital de sociedade sem praticar qualquer ato de gestão ou se beneficiar de atos fraudulentos, a responsabilidade por débitos da empresa, pois isso viria a desestimular a atividade empresarial de um modo geral e a participação no capital social das empresas brasileiras (...)”⁶¹

Como bem pontuou ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO:

“Não se pode ampliar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, que por sua natureza é excepcional. Proteger as pessoas físicas que compõem a jurídica significa – a médio e longo prazo – tutelar toda a coletividade a quem interessa assistir a criação e o desenvolvimento de novas pessoas jurídicas, aumentando o capital com lastro na sociedade, a arrecadação de tributos, a concorrência e as vagas de emprego oferecidas. Pretender a desconsideração em qualquer hipótese (como pretendia o §5º do art. 28) significa obstaculizar todos esses saudáveis efeitos.”⁶²

Nesse sentido, a aplicação da *disregard doctrine* para coibir os abusos perpetrados com o uso irregular da pessoa jurídica deve ser feita com cuidado extremo e, tão somente, em casos excepcionais, sob pena de afligir a relevante característica da autonomia patrimonial, de modo a ocasionar um grave cenário de insegurança jurídica, com impacto direto na economia.

⁶⁰ *Opus citatum*. NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica, p. 409.

⁶¹ *Opus citatum*. Exposição de motivos do Projeto de Lei n. 2.426/03, por Ricardo Fiuza.

⁶² AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Código Civil Comentado, v. I. São Paulo: Atlas, 2007, p. 134.

3. O PROCEDIMENTO ESPECÍFICO PARA A DESCONSIDERAÇÃO

Apesar de o instituto da desconsideração da personalidade jurídica ter sido aplicado ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, o diploma processual posterior, promulgado em 1973, não trouxe previsão ou qualquer forma de procedimento para a aplicação do aludido instituto.

A codificação da matéria, no que tange ao aspecto processual, ocorreu apenas na vigência do Código de Processo corrente, com a previsão de um procedimento específico, edificado sobre os princípios do contraditório, da ampla defesa e, vale lembrar, do devido processo legal.

*E, “que não se diga que o CPC/2015 inovou no ordenamento jurídico ao estabelecer, agora sim (!), um procedimento para fins de desconsideração da personalidade jurídica. Não nos parece veraz tal afirmação, porque o que fez o CPC/2015 foi reafirmar, ponto a ponto, o procedimento inerente ao pedido de desconsideração da personalidade jurídica que já deveria ter (e em muitos juízos já ocorria) tais feições previamente à entrada em vigor da nova codificação processual civil.”*⁶³

*Na verdade, “a despeito de não contarmos, sob a vigência do CPC/1973, com disposições processuais explícitas acerca do procedimento a ser instaurado quando da necessidade de desconsideração da personalidade jurídica, é fato que, para fins de desprezo de tão relevante princípio de direito (o princípio da autonomia patrimonial da sociedade), evidentemente sempre figurou como imperativo jurídico que se comprovasse, em caráter antecedente, os fatos componentes do circunstancial autorizador do levantamento do véu da pessoa jurídica para fins de abordagem do patrimônio dos sócios. Se há fatos a serem demonstrados judicialmente para fins de desconsideração da personalidade jurídica em detrimento do patrimônio dos sócios que compõem a sociedade, é forçoso concluir que a demonstração de tais fatos pressupõe, porquanto permissiva de agressão patrimonial de sócios por dívidas originariamente da pessoa jurídica, obviamente, a observância do devido processo legal.”*⁶⁴

⁶³ TORRES DE MELLO, Rogério Licastro. Parecer elaborado em 31.3.2016.

⁶⁴ *Opus citatum*. TORRES DE MELLO, Rogério Licastro. Parecer elaborado em 31.3.2016.

Em outras palavras, a criação do processo incidente trazido pelo novel Código de Processo teve como propósito positivar aquilo que já aflorava - ou, ao menos, deveria aflorar - na doutrina e jurisprudência brasileira: um processo adequado para permitir a aplicação da desconsideração. Não à toa, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO exarou, já no começo deste milênio, que a desconsideração da personalidade jurídica exigia:

“um processo adequado para a realização da prova e de um juiz investido de poderes para pronunciar-se acerca dos fatos probandos e decidir sobre direitos e obrigações eventualmente gerados por eles. Só se prova a quem vai julgar e no processo que algum julgamento será feito.”⁶⁵

FÁBIO ULHOA COELHO também já se posicionava no mesmo sentido:

“(…) não se pode, entretanto, deixar de reconhecer as dificuldades que essa formulação (teoria da desconsideração da personalidade jurídica) apresenta no campo das provas. Quando ao demandante se impõe o ônus de provar intenções subjetivas do demandado, isso muitas vezes importa a inacessibilidade ao próprio direito, em razão da complexidade de provas dessa natureza. Assim, para facilitar a tutela de alguns direitos, preocupa-se a ordem jurídica, ou mesmo a doutrina, em estabelecer presunções do ônus probatório (...) para a teoria maior, o pressuposto inafastável da desconsideração é o uso fraudulento ou abusivo da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, únicas situações em que a personalização das sociedades empresárias deve ser abstraída para fins de coibição dos ilícitos por ela ocultados. Ora, se assim é, o juiz não pode desconsiderar a separação entre a pessoa jurídica e seus integrantes senão por meio de ação judicial própria, de caráter cognitivo, movida pelo credor da sociedade contra os sócios ou seus controladores.”⁶⁶

Com essa ponderação, primordial se faz uma breve análise da forma de aplicação do instituto sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, com o intuito de ser compreendida a evolução histórica que culminou na necessidade de serem insculpidas normas específicas sobre o tema, como forma de garantia da segurança jurídica, a despeito de, como já aventado, uma parcela da doutrina e da jurisprudência sempre haver defendido a tese de que o procedimento da desconsideração deveria encontrar arrimo num processo adequado.

⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno, v. 2, 3ª Ed. Malheiros Editores, São Paulo, 2000, p. 1.1994.

⁶⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 2, 5ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2002, p. 54, 55.

3.1. A forma de aplicação do instituto no CPC de 1973

Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, existiam duas correntes doutrinárias acerca da forma de aplicação da teoria da desconsideração no processo civil.

A primeira defendia a ideia de que deveria existir um processo autônomo, i.e., uma ação de conhecimento paralela à execução, para que se pudesse formar um novo título judicial que permitisse desconsiderar a personalidade jurídica. No que tange a esta primeira corrente, cabe trazer o posicionamento da saudosa Prof. ADA PELLEGRINI GRINOVER:

“A desconsideração da personalidade jurídica, providência cujo acerto e eficácia devem atentar para sua excepcionalidade e para a presença de seus pressupostos (fraude e abuso, a desvirtuar a finalidade social da pessoa jurídica), não pode, não ao menos como regra, ser feita por simples despacho no processo de execução. A cognição para detectar a presença dos citados pressupostos é indispensável e, nessa medida, ao menos como regra, impõe-se a instauração do regular contraditório em processo de conhecimento.”⁶⁷

Esse processo de conhecimento que se exigia, fique claro, é o processo de conhecimento condenatório, no qual se pretende a formação do título executivo para que depois, se promova a invasão patrimonial. Trata-se de “ação própria” no sentido de que aquele cujo patrimônio poderá ser atingido, via desconsideração, deve figurar no processo de conhecimento condenatório para que, também em relação a ele, se forme o título executivo. Em outras palavras e como já dito, não é possível penhorar bens de uma empresa – como resultado da desconsideração da personalidade jurídica de outrem – sem que, em regular processo de conhecimento próprio, de cognição plena e profunda, cercada por todas as garantias do contraditório, sejam examinados os pressupostos autorizadores da desconsideração e se imponha a sanção àquele cujo patrimônio deverá ser impactado na sucessiva execução⁶⁸.

Por sua vez, FABIO ULHOA COELHO, como já aduzido acima, lecionou sob a vigência do Código de Processo pretérito que “qualquer que seja o pressuposto adotado para

⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. “Da desconsideração da pessoa jurídica”. Revista Jurídica. São Paulo: 2004, p.21.

⁶⁸ *Opus citatum*. GRINOVER, Ada Pellegrini. p.21.

a desconsideração, isso não altera em nada a discussão dos aspectos processuais da aplicação da teoria. Quer dizer, será sempre inafastável a exigência de processo de conhecimento de que participe, no polo passivo, aquele cuja responsabilização se pretende, seja para demonstrar sua conduta fraudulenta (se prestigiada a formulação maior da teoria), seja para condená-lo, tendo em vista a insolvabilidade da pessoa jurídica (quando adotada a teoria menor) ”⁶⁹

A segunda corrente, por seu turno, defendia que a desconsideração poderia ser caracterizada incidentalmente no processo de execução sem ferir os princípios do devido processo legal, do contraditório e seu desdobramento inexorável, a ampla defesa, desde que comprovados os requisitos para aplicação da desconsideração.

GILBERTO BRUSCHI apontou 3(três) argumentos que sintetizam o posicionamento adotado segunda corrente, justificando a possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica sem a necessidade de ação própria. O primeiro deles, é de ordem metodológica e prática, já que a instauração de um processo de conhecimento contrariaria o princípio da efetividade do processo. Segundo ele, de nada adiantaria esperar por longos anos o trânsito em julgado da ação de conhecimento para posteriormente permitir que os bens de terceiros fossem penhorados para garantir a dívida. O segundo ponto de vista é o de que o terceiro, cujos bens serão penhorados para garantir a dívida, ingressará na ação executiva como interessado e não como parte, pois seus bens servirão tão somente para adimplir a dívida gerada pelo devedor, sem a inclusão no polo passivo, não fazendo sentido, portanto, a obrigatoriedade do ajuizamento de ação autônoma. Além disso, os arts. 592, II, e 596, ambos do Código de Processo Civil de 1973, permitiam a penhora de bens de terceiros em meio ao processo executivo. O terceiro e último argumento para justificar a desnecessidade de ação própria está calcado no fato de o sistema jurídico somente exigir o prévio pronunciamento judicial, mediante sentença, nos casos de atos anuláveis, o que não é o caso da desconsideração, cujo ato é ineficaz⁷⁰.

No entanto, nos casos práticos onde era aplicado o Código de Processo Civil de 1973, a desconsideração da personalidade jurídica, na maioria das vezes, ocorria de forma

⁶⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 3ª. ed. Saraiva. São Paulo: 2002. v. 2. p.56.

⁷⁰ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p.92.

incidental, dentro dos processos de execução *stricto sensu* e do cumprimento de sentença, sendo raras as hipóteses em que tal medida era pleiteada em ação autônoma.

Muitas das vezes, aliás, sequer era observado o quadrinômio “alegação – resposta – instrução e decisão”, fato que principiou a acontecer mais frequentemente após a promulgação do Código Reale, pois, os estudos sobre o tema mostram que a jurisprudência havida antes da indigitada promulgação era mais contundente ao admitir que “a doutrina da superação ou desconsideração da personalidade jurídica traz questão de alta indagação exigente do devido processo legal para a expedição de um provimento extravagante, que justifique invadir a barreira do art. 20 do CC. Não é resultado que se alcance em simples despacho ordinário da execução, do arresto ou do mandado de segurança, de cognição superficial.”⁷¹

Ante a análise do caso concreto, era dever do magistrado, após o pedido do interessado, em virtude do princípio da iniciativa da parte, analisar se uma pessoa física se serviu da barreira da personalidade jurídica para fins não abarcados pelo direito pátrio. Sob esse ponto, o litigante interessado pela desconsideração possuía o ônus de fazer um pedido certo e determinado, com o embasamento necessário, face ao disposto no artigo 286 do Código de Processo Civil de 1973, que vedava pedidos cujo conteúdo fosse genérico ou vago, ante nítida violação ao contraditório e ao princípio do *due process of law*. Hoje, com os artigos 133 e seguintes, tal dedução restou codificada, não deixando margens à interpretação relacionada à maneira de como deverá se dar a desconsideração da personalidade jurídica.

Pondere-se, portanto, que até o advento do atual *Codex* de Processo, como leciona YARSHELL, “prevaleceu o entendimento segundo o qual não se exigia prévia oitiva do terceiro – cujo patrimônio se quer submeter aos meios executivos – nos casos de desconsideração da personalidade jurídica. A opção era a de atribuir ao terceiro o ônus de se defender após a determinação de constrição de seu patrimônio; o que se dava mediante a propositura de embargos de terceiro”.⁷²

3.2. As normas fundamentais que balizam o instituto no CPC de 2015

⁷¹ C. 2ª Câm. do E. 1º TACSP. RT 657/120.

⁷² YARSHELL, Flávio Luiz. “Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica”, in Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 229.

Com a promulgação do Novo Código de Processo Civil foi estabelecido um procedimento específico para a desconsideração, com a garantia do contraditório e, em especial, para assegurar que nenhuma invasão da esfera patrimonial ocorra sem a estrita observância do devido processo legal, como leciona HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

“Não se admite, entretanto, que a solução do incidente se dê de surpresa para a parte, nem que sejam descuidados os requisitos do devido processo legal, quais sejam o contraditório e a ampla defesa”. Assim, **“Em nenhuma hipótese é de admitir-se sofrir alguém a expropriação executiva em seu patrimônio sem adequada oportunidade de defesa. É certo, portanto, que diante do moderno alcance da garantia constitucional do contraditório, como expressão do princípio da participação, nenhum sujeito de direito pode ter atingida a sua esfera patrimonial por qualquer ato executório, sem que a lei lhe assegure a oportunidade de influir eficazmente na elaboração da decisão que o determinou ou no reexame imediatamente subsequente dessa decisão, bem como em todos os sucessivos atos do processo de execução em que isso ocorreu.”**⁷³

Segundo YARSHELL, “[n]ão houve mudança de essência, mas inversão do encargo: na nova ordem, à constrição (salvo casos excepcionais de medidas cautelares) só se chega mediante prévia e incidental oitiva da pessoa a cujo patrimônio se quer chegar, pela via da desconsideração.”⁷⁴

Portanto, de acordo com a nova sistemática, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica deverá necessariamente observar processo incidente (art. 133 e ss. do Diploma Processual), o qual prevê a citação da parte que se pretende seja incluída no processo incidente (de desconsideração) para que, somente após o regular exercício do contraditório e da ampla defesa, o Magistrado delibere sobre a responsabilidade patrimonial do atingido (ou não) pela desconsideração. Ora, a opção do legislador pelo processo incidente para a desconsideração se deu em nome do que se chama *direito processual constitucional*, que é um sistema de princípios e garantias explicitados na Constituição e destinados a assegurar que o processo se desenvolva segundo os valores democráticos contidos naquele patamar supremo

⁷³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. “A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Processual Civil Brasileiro”, in *Processo Societário*. São Paulo, Quartier Latin, 2012, pp. 317/318.

⁷⁴ *Opus citatum*. YARSHELL, Flávio Luiz. “Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica”, in *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, p. 242.

da ordem jurídica,⁷⁵ ou ainda a “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo.”⁷⁶

A par do contraditório e de seu desdobramento natural que é a ampla defesa, a criação do processo incidente para a aplicação da desconsideração calca-se, fundamentalmente, no princípio do *due process of law*, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (Carta Política, art. 5º, LIV), razão pela qual tal direito fundamental deixa evidente a “necessidade de um processo como liberdade do cidadão e limitação ao exercício do poder pelo Estado.”⁷⁷

Tanto é assim que o saudoso Prof. BOTELHO DE MESQUITA afirmava que a garantia individual do devido processo legal “é a garantia de que haja processo, vedado à autoridade invadir a esfera da liberdade jurídica de quem quer que seja, nullus homo liber, senão por via processual.”⁷⁸ Como registra DINAMARCO, “falar em due process é falar em um sistema de limitações ao exercício e imposição do poder pelos agentes estatais, em nome de um valor mais elevado, que é a liberdade das pessoas, associado ao dever ético de respeitá-lo, superiormente imposto pela Constituição. É falar do respeito, politicamente indispensável, às liberdades, em nome dos valores inerentes à democracia”.

Repita-se à exaustão: o ideal insculpido no Livro III, Título III, Capítulo IV, do Código de Processo Civil, tem o precípua fim de respeitar as garantias constitucionais contidas no art. 5º, LIV e LV da Carga Magna⁷⁹, as quais, na qualidade de preceitos fundamentais, foram entalhadas nos artigos 9º e 10 do Código de Processo em vigor.

⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, I, n. 74, pp. 193 ss: “ele é o método consistente em examinar o sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição e das relações mantidas com ela”.

⁷⁶ CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, n. 33, p. 85.

⁷⁷ BIACHI, Pedro Henrique Torres, *in* parecer sobre o tema elaborado em 25.8.14.

⁷⁸ MESQUITA, José Ignacio Botelho de, *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, 3, p. 132.

⁷⁹ Ainda neste contexto, CANOTILHO discorre sobre o tema afirmando que na visão atual, o direito fundamental do contraditório situa-se para além da simples informação e possibilidade de reação, conceituando-se de forma mais ampla na outorga de poderes para que as partes participem no desenvolvimento e no resultado do processo, da forma mais paritária possível, influenciando de modo ativo e efetivo a formação de pronunciamentos jurisdicionais. Este último elemento não se circunscreve ao ato que resolve a controvérsia, mas compreende todas as decisões do órgão judicial, digam respeito ao mérito da controvérsia, às chamadas condições da ação, aos pressupostos processuais ou à prova. Estende-se, ademais, à matéria fática ou de puro direito, e em qualquer fase do processo (conhecimento, execução ou de urgência), abrangendo também a fase recursal, em qualquer grau de jurisdição ou no âmbito de recurso especial ou extraordinário. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 433).

Assim, *“a ideia central do novo instituto é a de que só se chega à desconsideração após prévio contraditório do terceiro cujo patrimônio se pretende invadir. Visto o tema sob ângulo sistemático, o instituto não deixa de ser desdobramento lógico das normas dos artigos 9º e 10 do novo Diploma: se o que se deseja é alcançar o patrimônio de alguém que não foi parte – ainda que sob o relevante fundamento de conduta fraudulenta –, é coerente com o devido processo legal que, ao menos por regra, seja dada oportunidade de prévia manifestação a tal pessoa”*. Aliás, em todos os casos que podem levar a sujeitar bens de terceiros à satisfação de débito de outrem – nos casos de fraude contra credores, fraude de execução, desconsideração da personalidade jurídica e mesmo de alegada sucessão (no plano material) – o sistema abriu igual oportunidade para prévia e adequada cognição, com possibilidade de alegação e prova pelo sujeito cujo patrimônio se pretende impactar⁸⁰.

Nesse sentido, RENATO RESENDE BENEDUZI aduz que *“a criação pelo CPC de 2015 do incidente processual de desconsideração da personalidade jurídica é uma clara reação do legislador à forma por ele percebida como exageradamente livre com que o ‘redirecionamento da execução’ vinha sendo utilizado na praxe forense brasileira nos últimos anos de sua vigência. Daí a preocupação central que a lei deposita no contraditório prévio como requisito da desconsideração.”*⁸¹

3.3. A natureza do incidente

Como é cediço, o processo civil é formado por meio da iniciativa da parte, em conformidade com o quanto apregoa o art. 2º do Código de Processo Civil, dispositivo, este, que consagra o princípio da inércia da jurisdição, bem como o princípio da congruência, o qual disciplina que o provimento judicial não poderá ter extensão maior ou diferente da pleiteada.

A formação do processo decorre do exercício da pretensão à tutela jurídica estatal, de modo a estabelecer entre o requerente e o Estado-Juiz uma relação processual que se aperfeiçoará com a citação do requerido, de acordo com os ditames do art. 238 do Código de Processo Civil. A par disto, o Código de Processo Civil, ao regular o instituto da

⁸⁰ *Opus citatum*. YARSHELL, Flávio Luiz. “Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica”, in Comentários ao Novo Código de Processo Civil, p. 242.

⁸¹ BENEDUZI, Renato Resende. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 70 ao 187, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 137.

desconsideração da personalidade jurídica pretendeu criar verdadeiro processo incidental, e não mero incidente processual. Tal asserção se aplica, por óbvio, quando o pedido de desconsideração da personalidade jurídica é formulado após a angularização processual, ou seja, quando não requerido na petição inicial como um dos pedidos da ação principal.

A classificação da pretensão autoral (ou das sentenças de procedência) pela força e pelos efeitos pode ser separada em três classes: (i) declaratória; (ii) constitutiva, e (iii) condenatória. Portanto, a sentença de procedência se divide em uma espécie de feixe de eficácias, sendo que o provimento detém uma força que corresponde ao efeito jurídico almejado. Neste ponto, deve ser feita uma observação pautada na ótica de Pontes de Miranda, quanto aos elementos componentes da eficácia e preponderância, no sentido de que “[n]ão há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura”. Nesse sentido, a título exemplificativo:

“A ação somente é declaratória porque sua eficácia maior é a de declarar. Ação declaratória é a ação predominantemente declaratória. Mais se quer que se declare do que se mande, do que se constitua, do que se condene, do que se execute. No seu peso de eficácia aparece 4 na coluna da mandamentalidade; é a chamada eficácia imediata, a eficácia que vem logo após, como peso, à força mesma da sentença. (...)”⁸²

Antes de adentrar a classificação da pretensão, resta necessário analisar a questão acerca do incidente de desconsideração ser mero incidente processual ou verdadeiro processo incidente. Como já advertiu CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “*incidentes do processo, ou do procedimento, são procedimentos menores, anexos e paralelos ao principal e dele dependentes. Eles são compostos por uma série de atos coordenados como dispuser a lei, todos endereçados à pronúncia de uma decisão judicial sobre algum pedido ou requerimento das partes, referente ao processo pendente. São verdadeiros desvios acidentais do procedimento principal, que se situam à margem de sua caminhada linear em direção ao provimento final pedido na demanda inicial do processo*”⁸³, ao passo que “*processo incidente é um processo novo, nova relação processual, que se instaura por causa de outro já pendente e destinado a exercer alguma influência sobre ele. Como todo processo, principia por*

⁸² MIRANDA, Pontes de. Tratado das ações, Tomo I, §26, pp. 122-123. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

⁸³ DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. Instituições de Direito Processual Civil, Vol. II, 3ª Ed. Ver. Atual. pg. 464.

iniciativa de parte (demanda) e é regido pelo procedimento que a lei indicar, apontando sempre a um provimento a ser dado pelo juiz”⁸⁴.

Embora tenha sido disposto de maneira literal no Código de Processo Civil, capítulo IV, “*do incidente de desconsideração da personalidade jurídica*”, o qual é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial (*vis legis*, art. 134), denota-se dos debates na comissão de juristas responsável pela redação do anteprojeto que se trata de um processo incidental:

“Sra. Teresa Arruda Alvim Wambier: É o seguinte. Nós estamos colocando aqui que seja essa desconsideração decretada ou a inversa, enfim, no processo de conhecimento, seja no processo de execução, no processo de execução não precisaria dizer, mas no processo de conhecimento, sim, tem que caber agravo.

Sr. Presidente Humberto Theodoro Júnior: Porque é um processo incidente.”⁸⁵

O Código foi infeliz, diga-se, ao estabelecer que o procedimento da desconsideração será resolvido por decisão interlocutória (*inter locus*), já que a decisão possui uma aproximação maior da definição de sentença, por encerrar o procedimento em uma cognição exauriente de mérito, cujo pronunciamento tem natureza terminativa, inclusive para que os sujeitos – do processo incidente – se submetam aos efeitos subjetivos da coisa julgada, vez que pela leitura do art. 5º, inc. LIV, da Constituição e do conceito de devido processo legal, é intolerável que alguém fique adstrito a uma coisa julgada desfavorável sem ter a oportunidade de agir ativamente para se defender.

Portanto, “isso decorre também outro princípio que limita a regra do art. 502 do Código de Processo Civil, qual seja, a *garantia constitucional do contraditório* (Const., art. 5º, inc. LV),⁸⁶ cujo conceito mais puro é o de que a lei deve instituir meios para a participação

⁸⁴ Op. Cit. pg. 465.

⁸⁵ Reunião da Comissão de Juristas do anteprojeto do Código de Processo Civil, em 18/03/2010, publicada no Diário do Senado Federal em 14/05/2010, p. 21.084.

⁸⁶ Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, III, n. 963, p. 315: “a primeira delas [a primeira das razões da limitação subjetiva da coisa julgada] é a garantia constitucional do contraditório, que ficaria maculada se um sujeito, sem ter gozado das oportunidades processuais inerentes à condição de parte, ficasse depois impedido de repor em discussão o preceito sentencial”. O direito ao contraditório está expressamente previsto no ordenamento brasileiro desde a Constituição Federal de 1946.

dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes esses meios.⁸⁷ Dentro do princípio do contraditório existe o desdobramento da *ampla defesa*, que é a necessidade de se facultar à parte a possibilidade de uma exaustiva e técnica defesa.”⁸⁸

O incidente de desconsideração possui natureza jurídica de ação, devendo ser observadas as regras de uma demanda autônoma, com todos os requisitos de uma petição inicial, bem como os procedimentos de um processo de conhecimento. Deve, portanto, estarem presentes no pedido de desconsideração da personalidade jurídica todos os elementos da ação.

Sob tal conclusão, de que o denominado “incidente de desconsideração da personalidade jurídica” trata-se de processo de conhecimento autônomo, com cognição exauriente, necessária faz-se a análise da classificação da pretensão autoral (ou das sentenças de procedência) pela força e pelos efeitos, nos moldes preconizados no início desse tópico, para tanto, retorna-se ao ensinamento de Rubens Requião que, inspirado na doutrina de ROLF SERICK, leciona que “*o que se pretende com a doutrina disregard não é a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito, em caso concreto, em virtude de o uso legítimo da personalidade ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude).*”⁸⁹

Como exaurido nos tópicos antecedentes, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica veio como uma forma de coibir o uso irregular da pessoa jurídica, levantando o véu que encobre a realidade, sem se olvidar que “*o sentido operativo da teoria da desconsideração está intimamente ligado ao fomento à atividade econômica, porquanto o ente societário representa importante gerador de riquezas sociais. Se por um lado a distinção entre a responsabilidade da sociedade e de seus integrantes serve de estímulo à criação de novas sociedades, por outro visa também preservar a pessoa jurídica e a manutenção de seu fim social, que seria fadada ao insucesso no caso de permissão descríteriosa de sua responsabilização por obrigações de qualquer sócio.*”⁹⁰

⁸⁷ Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, n. 84, p. 234.

⁸⁸ BIANCHI, Pedro Henrique Torres *in* parecer sobre a matéria elaborado em 25.8.14.

⁸⁹ *Opus citatum*. REQUIÃO, Rubens, p. 74.

⁹⁰ *Opus citatum*. BIANCHI, Pedro Henrique Torres.

Por conseguinte, a tutela almejada possui o precípua escopo de tornar ineficaz certos atos para alcançar o patrimônio da personalidade jurídica – não a anulação da personalidade jurídica –, com supedâneo em uma das hipóteses caracterizadoras: fraude, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, todos derivados do abuso de direito. O reconhecimento da ineficácia ocorrerá por meio de uma pretensão declaratória de ineficácia da personalidade jurídica para determinados efeitos, de modo a atingir as pessoas que a utilizaram inadequadamente, como bem pontuado por MARIA HELENA DINIZ:

“A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica visa a impedir a fraude contra credores, levantando o véu corporativo, desconsiderando a personalidade jurídica num dado caso concreto, ou seja, **declarando a ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, portanto, para outros fins permanecerá incólume.** Com isso alcançar-se-ão pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos, pois a personalidade jurídica não pode ser um tabu que entrave a ação do órgão judicante”⁹¹ (grifado).

Entretanto, olvidou-se a nobre doutrinadora que a pretensão abarcará – também - uma elevada carga condenatória, na medida em que aqueles responsáveis pelo ilícito (e aqui se diz sobre o sujeito o cometeu, bem como aquele que dele se beneficiou do ato ilícito) deverão responder, pessoalmente, nos limites dos danos causados, no processo principal. De um lado, se no processo incidente haverá uma responsabilidade civil daqueles que cometeram o ato ilícito, no limite do ato praticado, no processo principal haverá uma responsabilidade patrimonial desses sujeitos – no limite do ilícito praticado – com relação ao débito perseguido.

Conclui-se, portanto, que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é um processo incidente, com natureza de ação de conhecimento autônoma, cuja tutela consiste na declaração de ineficácia da personalidade jurídica para determinados efeitos, somada a uma carga condenatória que responsabilizará civilmente os sujeitos que participaram do ilícito.

3.4. Legitimidade e interesse de agir

⁹¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, vol. 8. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 568.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO citou o Ilustre jurista italiano LIEBMAN ao conceituar a legitimidade *ad causam* das partes como a *pertinência subjetiva da ação*⁹²:

A legitimação para agir é pois, em resumo, a pertinência subjetiva da ação, isto é, a identidade entre quem a propôs e aquele, relativamente à lesão de um direito próprio (que afirma existente), poderá pretender para si o provimento de tutela jurisdicional pedido com referência àquele que foi chamado em juízo.

Oportuno trazer o entendimento de TERESA ARRUDA ALVIM⁹³ acerca do tema:

A legitimidade *ad causam* é uma qualidade que resulta da relação entre o sujeito e um objeto: essa qualidade, como se afirma na doutrina, é “aferida em função de ato jurídico realizado ou a ser praticado”, ou, mais especificamente, da relação entre o sujeito de direito e a relação jurídica de direito material. Vê-se, portanto, que, para que se considere haver legitimidade *ad causam*, é imprescindível que se reconheça a identidade da pessoa que ajuíza a ação com a pessoa a quem as normas de direito material conferem o direito, o que se infere a partir da relação jurídica litigiosa.

Assim, para se saber se há legitimidade *ad causam*, deve-se perquirir, à luz do pedido e da causa de pedir, se a ação fundamenta-se em relação jurídica existente entre as partes. Ou, com outras palavras, devem autor e réu ser, respectivamente, titulares ativo e passivo (ou obrigado) de uma relação jurídica.

Segundo ALFREDO BUZAID – conforme acórdão do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Min. Ilmar Galvão⁹⁴ – a legitimidade da parte “é a *pertinência subjetiva da ação relativamente à lide deduzida no processo, isto é, a idoneidade de agir e responder desde a propositura da ação até o trânsito em julgado da decisão que prestou a tutela jurisdicional*”.

A regra geral da legitimidade ordinária, a qual consiste na qualidade para estar em juízo, em busca de um provimento jurisdicional, foi positivada pelo Código de Processo Civil pelo art. 18, que estabelece que “[n]inguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio,

⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. Manual de Direito Processual Civil. v. I. 2ª ed. Trad. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 159.

⁹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Pareceres, Cabimento e Julgamento de Mérito de Ação Pauliana. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 213.

⁹⁴ Recurso Extraordinário 141733-1, Rel. Ilmar Galvão, j. em 07.03.1995 - Alfredo Buzaid, in Do Mandado de Segurança, p. 166, v. I, ed. Saraiva.

salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”, sendo que “*o desenvolvimento da teoria da legitimidade deveu-se precipuamente aos processualistas, onde o problema aflorou de modo mais agudo e a própria natureza do processo, com sua com sua projeção no tempo e sua sequência de atos vinculados a um determinado fim, propiciou uma melhor análise desse instituto, principalmente no que tange à legitimidade para agir, que pode ser enfocada como um ponto de conexão entre o direito processual e o direito material*”.⁹⁵

A legitimidade processual (veja-se: não à causa) para postular a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica decorre por força da lei, uma vez que o art. 50 do Código Civil elenca os legitimados, ao dispor que o pedido poderá ser feito pela parte (do processo principal), e, inclusive, pelo Ministério Público, na qualidade de parte, substituto ou *custos legis*.

Ocorre que a qualidade de ser parte em uma demanda, *per se* (capacidade) não enseja a legitimação para pleitear a desconsideração da personalidade jurídica (ou seja, legitimação à causa), uma vez que a legitimidade *ad causam* decorre, no caso da desconsideração, do interesse jurídico, tanto é assim que DINAMARCO, sabidamente, postulou que “*em rigorosa técnica processual, a legitimidade ad causam insere-se no âmbito do interesse de agir porque sua falta traduz-se em ausência de utilidade do provimento jurisdicional*”.

Isso quer dizer que a legitimidade *ad causam* - *posição numa situação de fato* - que permite o pedido de desconsideração da personalidade jurídica impõe a demonstração da ocorrência dos critérios objetivos da teoria: a ocorrência de fraude, confusão ou desvio de finalidade, todos derivados do abuso de direito.

Não bastasse, a legitimidade *ad causam* para requerer a aplicação da teoria, por consequência lógica, restringe-se à pessoa que restou prejudicada pela ocorrência de uma das hipóteses acima elencadas; o credor, portanto, da demanda principal. Isto é, há legitimidade *ad causam* na sua modalidade ativa do credor que teve o recebimento do seu crédito frustrado em decorrência do uso indevido da personalidade jurídica, o que significa, por consectário, que o polo passivo do incidente – legitimados passivos - deve ser formado pelas pessoas que

⁹⁵ARMELIN, Donaldo, in Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro, p. 10.

fizeram parte desse estratagema; cometimento e benefício sobre o ato ilícito-, com sua conduta devidamente individualizada.

Sob outro foco, verifica-se que um suposto estado de insolvência não é justificativa suficiente para se estender a responsabilidade patrimonial, por meio da aplicação da teoria da desconsideração (aquela prevista no Código Civil, teoria maior), visto que o art. 50 do Código Civil não considera apenas a iliquidez do patrimônio com um critério autorizador, ou seja, devem estar presentes os elementos derivados do abuso de direito. Mas, chega a ser óbvio dizer que a insolvência do devedor original é requisito essencial a qualquer espécie de desconsideração para fins de responsabilidade, uma vez que só existe *interesse jurídico* do credor em desconsiderar a personalidade jurídica de estranho em relação à lide quando o recebimento é frustrado e não são encontrados bens penhoráveis do devedor, já que são os bens deste que devem responder pela execução (art. 789 do Código de Processo).

Por fim, é necessária a dissociação entre obrigação e responsabilidade, vez que o devedor possui uma obrigação (vinculação entre débito e responsabilidade) e o terceiro atingido, por meio da desconsideração, não possui vínculo com o débito, apenas poderá responsabilizado por conta do processo incidente – de carga declaratória e condenatória -, que só terá vez caso haja necessidade-adequação da medida, a qual surge da insolvência do devedor original. Ao ponderar sobre o tema, Yarshell dispôs que:

A vinculação entre *débito e responsabilidade* continua a ser a regra. Sendo **excepcional o descasamento entre uma coisa e outra**, as regras que disciplinam a matéria – seja no plano contratual, seja no plano legal – **devem ser interpretadas de forma estrita**. O processo não é fonte autônoma de direitos substanciais. A satisfação do credor, que o processo há de proporcionar, deve respeitar os limites estabelecidos naquele plano do ordenamento. **Não compete ao Judiciário alargar as hipóteses legais de desvinculação entre débito e responsabilidade**. Essa ruptura, se e quando desprovida de fundamento legal, é nociva e traz sério risco à segurança que deve presidir as relações jurídicas. Não se há de ter um processo civil melhor às custas de um responsável patrimonial a qualquer preço. Uma coisa é trabalhar para que a atuação dos meios executivos seja mais racional e eficaz; outra é, a pretexto de satisfação do credor, negar o devido processo legal⁹⁶. (grifado).

⁹⁶ *Opus citatum*. YARSHELL, Flávio Luiz. “Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica”, in Comentários ao Novo Código de Processo Civil, p. 229/242.

Tendo em vista que a desconsideração deve ser tratada com uma objetividade estritamente patrimonial, inexistente motivo para desconsideração quando o devedor oferece bens ou os possui (sejam eles de qualquer natureza) – lembrando que insolvência, seja ela atinente a certa parcela do débito ou a sua integralidade, ocorre quando o valor da somatória dos bens do devedor não alcança aquele perseguido na demanda principal - o que se exara também para fins e efeitos da observância ao princípio da menor onerosidade, contido no art. 805 do Código de Processo Civil, sob pena de restar configurado o abuso de direito de ação por parte daquele que requer a desconsideração.

3.5. O pedido e sua determinação

A dedução da pretensão em juízo deverá limitar-se ao que se denomina “ato de abuso” o qual terá como pedido imediato, que, nos dizeres de MOACYR AMARAL DOS SANTOS, é “suscitação de uma provisão jurisdicional⁹⁷” a condenação do sujeito praticante do ilícito e aquele beneficiado pelo ato, bem como a declaração de ineficácia do ato ilícito e, como pedido mediato, que de acordo com os ensinamentos do mesmo jurista “é a utilidade tutelada pela sentença⁹⁸”, o pagamento – oriundo da responsabilidade civil – pelos sujeitos participantes do ato ilícito no limite do benefício econômico alcançado com sua prática.

Demais, o pedido deve ser determinado – *terminus*, limite – não apenas no que diz respeito à provisão jurisdicional e a tutela de um bem jurídico, mas principalmente no que se refere a quantificação do benefício econômico alcançado com a prática do ato ilícito, a fim de que não ocorra uma espécie de excesso de responsabilidade (do ponto de vista da demanda principal) em que os sujeitos praticante e beneficiado pelo ato ilícito passam a responder pelo crédito integral perseguido na demanda principal, sendo que muitas das vezes o benefício econômico alcançado com a prática do ilícito sequer alcança um sexto perseguido na demanda principal, sendo de suma importância que, na medida em que no processo incidente haverá reponsabilidade civil dos praticante do ilícito, essa responsabilidade ser verterá em estritamente patrimonial quando levada ao processo principal.

⁹⁷ DOS SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 2º volume. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 150.

⁹⁸ *Opus citatum*. DOS SANTOS, Moacyr Amaral, p. 150.

3.6. A excepcionalidade de medidas cautelares antes do julgamento do processo incidente e o ônus da prova

O pedido de desconsideração da personalidade jurídica, como já exaustivamente alinhavado, consiste em medida extrema e excepcional. Assim, para que o processo incidente seja aberto é necessária a demonstração do prévio esgotamento das tentativas de localização de bens do devedor, e, cumulativamente, a demonstração da presença dos requisitos autorizadores da desconsideração, o que se pode sintetizar no termo “abuso do direito à personalidade jurídica”, que, como, restou claro, é ato ilícito puro e simples.

Não obstante a preocupação do legislador acerca da necessidade do contraditório (prévio, por mais óbvio que possa parecer) como requisito da desconsideração, fazendo do procedimento da desconsideração verdadeiro processo incidental, permanece a discussão acerca da possibilidade de serem concedidas medidas provisórias antes da citação, como modo de garantir o resultado útil ao processo, com fulcro na aplicação do art. 300 do Código de Processo Civil, segundo o qual, “[a] tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Assim, com supedâneo no poder geral de cautela, por meio de suposta demonstração dos devidos requisitos, quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, discute-se a possibilidade de concessão dessa medida excepcional, sem oitiva prévia, para evitar que o resultado final – do processo incidente que busca a desconsideração da personalidade jurídica - reste inócuo.

De acordo com a lição de HUMBERTO THEODORO JUNIOR, o *fumus boni iuris* “deve, na verdade, corresponder não propriamente à probabilidade de existência do direito material – pois qualquer exame a respeito só é próprio da ação principal -, mas à verificação efetiva de que, realmente, a parte dispõe do direito de ação, direito ao processo principal a ser tutelado⁹⁹”. Nos moldes do exposto acima, chega-se à conclusão de que deve

⁹⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo Cautelar. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2010, p. 64.

restar clara a verossimilhança da alegação exposta, consubstanciada na existência de prova inequívoca do fato que funda o direito pleiteado¹⁰⁰.

Quanto ao *periculum in mora*, deveras importante ressaltar que o aludido vernáculo consiste na existência de perigo que impõe a concessão da tutela pretendida de imediato, sob pena de ocasionar prejuízos irreversíveis ou até mesmo frustrar a própria utilidade do processo em si. Com as devidas explanações, deve ser observado que, a despeito da possibilidade de o direito ser demonstrada apenas em um contexto de cognição sumária, a caracterização do *fumus* constitui questão de fato que deve ser subordinada à apuração mediante cognição exauriente.

O receio de dano, por sua vez, possui fulcro, nessa hipótese, em suposto enfraquecimento patrimonial daquele a ser, eventualmente, responsabilizado pela dívida, de modo a configurar verdadeira *contradiction in terminis*, uma vez que a tutela provisória cautelar, nos casos de desconsideração, possui o condão de, por vias oblíquas, fazer letra morta ao instituto, erigido com as normas dos artigos 9º e 10 do Código de Processo e que foram erguidas sobre o alicerce dos direitos fundamentais ao devido processo legal e contraditório e ampla defesa.

Veja-se que como o procedimento da desconsideração determina a necessidade de oitiva prévia do eventual responsabilizado patrimonialmente – para não discorrer aqui sobre a formação do processo incidente –, e, por consequência lógica impõe que aquele cujos os bens se pretendem atingir não pode ser responsabilizado sem o exercício do contraditório, mediante tutela de urgência (excluindo-se os casos de evidência). Nesta esteira:

“Quando o objetivo da *disregard doctrine* é justamente o de estender os efeitos de certas e determinadas obrigações, responsabilizando sócios ou administradores por dívidas da sociedade, deve-se ter em mente que, por regra, a execução pressupõe a existência de **título executivo contra aquele a quem se dirigirão os atos expropriatórios**, e, desta maneira, **não haverá possibilidade de se**

¹⁰⁰ “Prova inequívoca não é aquela que conduza a uma verdade plena, absoluta, real – ideal inatingível tal como já visto no capítulo relativo à Teoria Geral da Prova –, tampouco a que conduz à melhor verdade possível (a mais próxima da realidade) – o que só é viável após uma cognição exauriente. **Trata-se de prova robusta, consistente, que conduza o magistrado a um juízo de probabilidade, o que é perfeitamente viável no contexto da cognição sumária**”. (DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil, direito probatório, decisão judicial, cumprimento de sentença e coisa julgada. 2ª ed. JusPodivm. Salvador, 2008, p. 624).

proceder à execução sobre o patrimônio dos responsáveis secundários, enquanto não julgado o pedido de desconsideração da personalidade”.

“(…) Não haveria sentido em antecipar a condenação sobre direitos patrimoniais, **exceto em relação às hipóteses de evidência**, porque, se de um lado temos o afirmado direito de propriedade de uma parte, do outro também está presente interesse da mesma natureza. Haverá, aí, hipótese em que **se deverá aguardar o tempo necessário para o desenvolvimento da cognição exauriente**, em tese, de razoável duração”¹⁰¹ (grifado).

Nesse prisma, a formação de juízo apenas deve ocorrer após o regular processamento e instrução do processo incidente, uma vez que a questão não pode ser resolvida com base em mera plausibilidade e aparência. Afinal, um suposto ato fraudulento da pessoa que se busca a responsabilização, via incidente de desconsideração, não se presume e, por consectário lógico, o perigo de dano não pode ser desprovido de fundamento objetivo e racional, na medida em que a boa-fé objetiva, positivada nos artigos 113 e 422 do Código Civil, é sempre presumida e a má-fé, por sua vez, considerada excepcional.

Com esse panorama, a concessão de uma medida acautelatória subverte o modelo do devido processo legal ao incumbir ao requerido o ônus da prova, embora deva recair naquele que alega a existência de um fato constitutivo de seu direito¹⁰². Nesse sentido:

“No caso de desconsideração com bloqueio de bens prévios, **está-se diante de uma situação que subverte o modelo do devido processo legal, em especial quanto ao ônus da prova**. Se é milenar que a boa-fé se presume e a má-fé se prova, caberia ao exequente, em momento prévio e com contraditório, provar a efetiva ocorrência da má-fé e não relegar ao sócio atingido pela desconsideração o ônus de (possível) prova negativa de que não houve uso fraudulento da sociedade¹⁰³”.

(grifado).

Ao inverter-se o ônus probatório, a parte requerida resta compelida a realizar prova de um fato negativo em sede de defesa, embora seu ônus seja tão somente impugnar de

¹⁰¹ RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. Desconsideração da personalidade jurídica e processo: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 359/361.

¹⁰² Fato esse que está ligado ao princípio dispositivo, cfr. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, § 55, p. 796.

¹⁰³ VIEIRA, Christian Garcia. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo CPC – Natureza, procedimentos e temas polêmicos. Salvador, Juspodivm, 2016, pp. 151/154.

modo específico ao quanto alegado no pedido de desconsideração. Em suma, o ônus da prova é de quem se beneficia do reconhecimento do fato a ser provado,¹⁰⁴

A distribuição do ônus probatório dessa forma remonta a regra vigente no Direito Romano, de que “o fato afirmado pelo autor, por este deveria ser provado; se o réu oferecesse uma exceção de pagamento, *non numeratae pecuniae* ou *non adimpleti contractus*, ao réu cabia fazer a prova de sua afirmação, porque tais fatos jurídicos tendiam a modificar ou extinguir a obrigação”¹⁰⁵. A importância dessas máximas é inquestionável, pois foi sobre elas que se edificaram as teorias modernas sobre o ônus da prova¹⁰⁶, tendo delas advindo a distinção entre fatos constitutivos, modificativos e extintivos, utilizada ainda hoje como critério para a repartição do ônus da prova.

Era este o pensamento que dirigia o direito medieval, o qual, com pequenas retificações, foi adotado pelo antigo direito português, que manteve os critérios de repartição do ônus da prova entre autor e réu conforme a natureza dos fatos por eles alegados (ao autor se constitutivos, e ao réu se modificativos ou extintivos). “A *desconsideração da personalidade jurídica é um fato constitutivo de um novo direito do credor, na medida em que lhe confere o direito de responsabilizar o patrimônio do sócio pela dívida inadimplida pela sociedade, ou da sociedade por dívida de um sócio, quando se trata da desconsideração inversa. Por isso o onus probandi é desse credor e não da pessoa jurídica ou do sócio*”¹⁰⁷.

No direito pátrio, o ônus da prova apareceu em disposições explícitas nos Códigos de Processo Civil estaduais¹⁰⁸, pelos quais competiria à parte fornecer as provas das alegações que tecesse. Em âmbito nacional, a primeira aparição expressa do instituto do *onus probandi* ocorreu no artigo 209 do Código de Processo Civil de 1939¹⁰⁹.

¹⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, III, n. 794, pp. 71-72.

¹⁰⁵ BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. São Paulo: Revista Forense, 1962. v. 204, p. 414.

¹⁰⁶ LOPES, João Batista. O ônus da prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 19.

¹⁰⁷ Op. Cit., BIANCHI, Pedro Henrique Torres.

¹⁰⁸ Conforme Alfredo Buzaid, confira-se art. 262 do Código de São Paulo, art. 182 do Distrito Federal, art. 245 de Pernambuco, art. 126 da Bahia, art. 1226 do Rio de Janeiro, art. 255 de Minas Gerais e art. 686 de Santa Catarina (do ônus da prova, revista forense, v. 204, p. 415).

¹⁰⁹ “Art. 209. O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, si o contrário não resultar do conjunto das provas.

§1º Si o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova.

§2º Si o réu, reconhecendo o fato constitutivo, alegar a sua extinção, ou a ocorrência de outro que lhe obste aos efeitos, a ele cumprirá provar a alegação.”

Com alicerce nas normas relativas ao *onus probandi* contidas no Código anterior, o Código de 1973 previa, em seu artigo 333, que o ônus da prova incumbia: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

No Código de Processo Civil em vigor, a base da regra do art. 373, I e II, incrementada pela decisão do art. 357, III, situa-se na previsibilidade do julgamento. A distribuição do ônus das partes institui regra de conduta para as partes e, no caso de instrução infrutífera, regra de julgamento para o juiz.

O objetivo geral da regra de distribuição estática consiste em facilitar a prova da parte que, do contrário, suportaria peso excessivo, tornando muito difícil a atividade probatória e o exercício pleno dos meios de ataque e de defesa¹¹⁰ - justamente a hipótese de impor ao requerido, em um processo incidente de desconsideração, a produção de uma prova negativa (diabólica).

Essa dinâmica processual visa atender ao princípio da boa-fé, por incumbir ônus equivalentes para a parte requerente – que deverá colacionar toda matéria fática e probatória relativa ao pedido – e para a requerida – a quem cabe apresentar impugnação pormenorizada aos argumentos contidos na exordial. No caso da desconsideração, *“a eventual fraude cometida pelo devedor (ou por sócios da sociedade devedora) é fato constitutivo: fato constitutivo do direito do credor a satisfazer-se, excepcionalmente, à custa do patrimônio do sócio. Reside nos eventuais atos fraudulentos a causa que conduz a essa solução excepcional. Sem fraude nada se desconsidera; sem prova a fraude não pode ser reconhecida. Com isso, e lembrada a fundamental razão ética e sistemática da outorga do onus probandi dos fatos constitutivos ao demandante, chega-se sem dificuldade à conclusão de que o interessado na desconsideração da personalidade jurídica tem o ônus de provar a fraude, não o contrário. Essa clara conclusão apoia-se na lembrança daquele fundamental eixo de referência assumido pelo legislador para a distribuição do ônus da prova, o qual é sempre o interesse no reconhecimento do fato (CHIOVENDA). Se a fraude é alegada pelo credor e seu reconhecimento beneficiará a ele, é a ele que cabe o ônus de demonstrar a efetiva ocorrência*

¹¹⁰ REICHELT. Luis Alberto. A exegese das regras sobre ônus da prova no direito processual civil e o controle da argumentação judicial, Revista de Processo nº 4, p. 137.

do alegado fato fraudulento. O contrário violaria frontalmente a regra de distribuição do ônus da prova, contida no art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil.”¹¹¹

A dinamização do ônus da prova *ope judicis* apenas poderá ocorrer quando não incidir a regra geral do caput do art. 373 do Código de Processo Civil, em decorrência de eventual impossibilidade em cumpri-la, o que não é aplicável para possibilitar a concessão de uma medida *inaudita altera pars* em um processo incidente de desconsideração. Segundo TERESA ARRUDA ALVIM:

A distribuição do ônus da prova não pode representar na sua adoção uma violação às garantias do contraditório e da ampla defesa, não podendo representar uma *probatio diabolica*, pois se a lei não pode levar a tal ocorrência (na prova legal) e as partes não podem também levar a esta (por disposições contratuais), ao juiz também não é dada tal conduta lesiva¹¹². (grifado).

Ademais, como leciona CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, se como já exarado, a “fraude é alegada pela credora e seu reconhecimento beneficiará a ela, é a ela que cabe o ônus de demonstrar a efetiva ocorrência do alegado fato fraudulento”¹¹³ (grifado). “A conclusão só poderia ser diferente se a lei ditasse alguma *presunção de fraude*. Mas como isso inexistente e seria mesmo iníquo, é sempre ao credor que cumpre provar os fundamentos da pretendida desconsideração da pessoa jurídica”. E ainda:

“Sendo a má-fé considerada excepcional na vida das pessoas, **aquele a quem o seu reconhecimento pelo juiz possa aproveitar tem o ônus de prová-la**. É da boa doutrina que ‘la buona fede si presume: chi allega mala fede di un’altra persona deve provarla’. Do direito italiano vem a feliz síntese do conceito de boa-fé: ‘l’ignoranza di ledere altrui’, dizendo ainda Torrente-Schlesinger ao versarem sobre o art. 1.147 de seu *codice civile*: ‘na maior parte dos casos a boa-fé identifica-se com a convicção de haver adquirido um direito sobre a coisa por meio de um título que considerou idôneo, mas não é’.”¹¹⁴ (grifado).

¹¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel, in *Fundamentos do processo civil moderno*, II, n. 663, p. 1187.

¹¹² ARRUDA ALVIM, Teresa. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1007.

¹¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 1187.

¹¹⁴ *Opus citatum*. Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*. p. 1187.

Assim, não bastasse a regra do Código de Processo Civil, contida no art. 373, I, do Código de Processo Civil, incumbir ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito, a regra específica do §4º, art. 134, do mesmo *Codex*, impõe que a parte autora demonstre o preenchimento dos pressupostos¹¹⁵.

Nos moldes acima, conclui-se que cabe ao credor, ora requerente da demanda cujo escopo consiste na aplicação do instituto da desconsideração, o ônus probatório de demonstrar que ocorreu uma das hipóteses de aplicação da *disregard doctrine*, bem como a correlação do ato perpetrado com o prejuízo sofrido.

3.7. Limitação da responsabilidade ao ato ilícito

Como demonstrado nas linhas precedentes, para que haja a desconsideração da personalidade jurídica é necessária a formação de um processo incidente, e, repise-se não mero incidente processual, o qual terá, necessariamente, como partes (legitimidade *ad causam*) o credor da demanda principal que sofreu o prejuízo pelo cometimento de abuso de direito e aquele que se beneficiou com o cometimento de ato ilícito, bem como aquele que o cometeu, sendo que o pedido terá como objeto a ineficácia do ato jurídico, para que o valor dos bens atingidos com o cometimento do ilícito sejam destinados a satisfação da execução principal via responsabilidade patrimonial.

¹¹⁵ E essa foi a intenção do legislador, como pode ser verificado do entendimento firmado acerca do tema pela comissão de juristas na elaboração do anteprojeto:

Sra. Teresa Arruda Alvim Wambier: Então ficou assim, ó... ficou assim: “Requerida a desconsideração da pessoa jurídica, vai haver intimação daquele que está fora do processo e do que está dentro, para se manifesto era em quinze dias a respeito especificamente do problema da desconsideração”. Depois num dispositivo dizendo que todas as provas podem ser produzidas, inclusive testemunhal e etc., **depois um outro dispositivo cuidando da distribuição do ônus da prova, e dizendo que esse ônus é do requerente, o ônus da prova dos fatos constitutivos da reconsideração**, encerrada a instrução, o Juiz tem 20 dias para decidir e, dessa decisão, cabe agravo. Bom, daí o Prof. Humberto sugeriu o seguinte: que se for requerida a desconsideração no começo do processo, quer dizer, antes da instrução da causa principal, a instrução é cumulada... (grifado).

(...) Sra. Teresa Arruda Alvim Wambier: Ficou muito bom. Muito bem, Prof. Humberto. O senhor está indo muito bem.

Sr. Jansen Fialho de Almeida: A sua presidência está, o senhor está em aprovação.

Sr. Presidente Humberto Theodoro Júnior: Fica satisfatório assim?

Sr. Jansen Fialho de Almeida: Fechou o instituto, fechou.

(...)

Sr. Presidente Humberto Theodoro Júnior: É. Bom, **então esse tema está superado**”. (Reunião da Comissão de Juristas do anteprojeto do Código de Processo Civil, em 18/03/2010, publicada no Diário do Senado Federal em 14/05/2010, p. 21.085).

Então, portanto, é de clareza solar que a procedência do processo incidente terá reflexo no processo principal no ponto que diz respeito ao reconhecimento do ato ilícito derivado do abuso de direito, sua conseqüente quantificação, e posterior sujeição daquele valor ao crédito perseguido na demanda principal, o que permite afirmar que o beneficiado pelo abuso de direito, bem como aquele que o cometeu, e que necessariamente foram parte no processo incidente serão responsáveis patrimoniais da demanda principal, na medida da quantificação do indigitado abuso.

Muito bem lembrado pelo mestre CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO que “*o tema responsabilidade patrimonial foi trazido à ciência jurídica em elegantíssima teoria formulada no século XIX pelo romancista alemão Alois Brinz, o qual pôs em destaque o contraste entre obrigação, como elemento estático na vida dos direitos, e a responsabilidade, como elemento dinâmico*¹¹⁶”.

Como adequadamente aventado em trabalhos sobre o tema, percebe-se que a quantia apurada por meio do processo incidente insere-se no campo da responsabilidade patrimonial, notadamente no que tange ao crédito havido em decorrência da decisão que reconheceu o ato ilícito oriundo do abuso e ao débito perseguido na demanda principal. O jovem jurista PEDRO BIANCHI exarou brilhantemente em seu trabalho desconsideração da personalidade jurídica no processo civil, que:

“Dinamarco faz com maestria a distinção entre responsabilidade patrimonial, responsabilidade e obrigação. A primeira seria ‘a suscetibilidade à constrição judicial destinada a satisfazer obrigações mediante a execução forçada’¹¹⁷. Sujeitabilidade porque os bens ficam em estado de sujeição perante o juiz, suscetíveis de penhora em uma situação meramente potencial. Pois em princípio o devedor responde por suas obrigações com os bens que integram seu patrimônio, nos termos do art. 591 do Código de Processo Civil. Já a responsabilidade civil é um conceito diferente da responsabilidade patrimonial, pois ‘nada mais é que uma *obrigação* – obrigação decorrente da prática de um ilícito civil. E por ser uma obrigação, constitui categoria de direito privado e é regida pelo art. 927 do Código Civil’.”

¹¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil IV. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 353.

¹¹⁷ BIANCHI, PEDRO. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 168.

Ainda no campo dos conceitos, ORLANDO GOMES conceitua a obrigação como *vínculo jurídico* em “*virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra*”¹¹⁸.

Contudo, muito embora segundo BIANCHI, “é perfeitamente possível a distinção entre obrigação e responsabilidade quando se trata da desconsideração da personalidade jurídica e pode-se afirmar que os bens dos sócios são responsáveis quando esta teoria é aplicada¹¹⁹”, não se pode olvidar que a sujeição dos bens daquele que se beneficiou do ato ilícito (e/ou o praticou) para com o débito perseguido na demanda principal é oriunda da responsabilidade civil apurada no processo incidente de desconsideração que discute justamente ou não o cometimento de ato ilícito e sua quantificação.

Tanto é assim, que, não houvesse um processo incidente onde se apurasse o cometimento de ato ilícito com a condenação daqueles que participaram da fraude ou abuso de direito, no valor do ato ou negócio jurídico, não haveria como responsabilizar patrimonialmente os réus do processo incidente, no valor do ato ilícito praticado, quando os frutos recebidos em decorrência do ato de fraude ou abuso inexistirem. Em outras palavras, caso se aplicasse apenas a letra fria da lei que versa sobre a ineficácia sobre determinadas obrigações (art. 50, Código Civil) ocorreria um vazio jurídico quando os valores envolvidos nestas obrigações tivessem outras destinações.

Ora, a título exemplificativo, num cenário onde houve abuso de direito com relação a destinação de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) do caixa da empresa executada na demanda principal pelo administrador da referida empresa em favor de um dos sócios, houvesse tão somente a ineficácia desse ato, não poderia o sócio (e/ou administrador) responder patrimonialmente na demanda principal com outros bens afora a indigitada quantia pecuniária sem que houvesse uma condenação sobre si pelo cometimento de ato ilícito e com a qual ele responderia com todos os seus bens, servindo a ineficácia do ato primordialmente para quantificar o valor da aludida condenação.

¹¹⁸ ORLANDO, Gomes. *Obrigações*. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 7. No mesmo sentido: RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, v. II. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 3/4.

¹¹⁹ *Opus citatum*. ORLANDO, Gomes. *Obrigações*, p. 170.

Nesse diapasão, a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica por meio da procedência da demanda incidente possui o condão de estender a responsabilidade do atingido, tão somente, pelo valor derivado do ato de fraude.

4. CONCLUSÃO

O presente estudo calca-se na compreensão essencial de que a desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional, porquanto o ente societário representa importante gerador de riquezas sociais e, possui como princípio basilar - inerente, isto é, a sua constituição -, a separação do patrimônio dos sócios em relação aos da sociedade.

A reponsabilidade derivada de eventual ato jurídico - sem sabê-lo ilícito; sem quantificá-lo e, tampouco, imputá-lo a determinado sujeito - é expediente cujo exercício há de obedecer a certa cautela, haja vista que a aplicação indiscriminada da desconsideração da personalidade jurídica culminou na atual crise da limitação de responsabilidade patrimonial, com repercussões agudas no plano econômico, bem como no plano jurídico.

Por meio do processo incidente, o legitimado processualmente deverá demonstrar a ocorrência dos critérios que permitem a aplicação da desconsideração, todos derivados do abuso de direito, sem os quais faltar-lhe-á legitimidade *ad causam*, estritamente ligada, nos casos de desconsideração, ao interesse de agir. Como condição a toda e qualquer desconsideração deve o legitimado provar que foram exauridas as tentativas de recebimento do débito, uma vez que a insolvência do devedor afigura-se condição imprescindível para a extensão da responsabilidade ao terceiro.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica - procedimento previsto no novo diploma legal - deve ser visto como processo incidental, com natureza de ação de conhecimento, que objetiva declarar a ineficácia de determinados atos (desde que ilícitos), e condenar civilmente os sujeitos cometedores (e/ou beneficiados com o ilícito) do ato praticado, sendo que do ponto de vista da demanda principal serão eles responsáveis patrimonialmente na medida do prejuízo causado.

O ideal entalhado no capítulo específico que trata acerca do procedimento de desconsideração tem o precípuo fim de respeitar as garantias do contraditório e do devido

processo legal, direitos fundamentais. Ademais, a concessão de uma tutela provisória cautelar (com exceção da tutela de evidência) para suposta garantia do resultado útil do processo, com o bloqueio de bens sem oitiva prévia, faz letra morta do instituto, erigido sob as fundamentais dos arts. 9º e 10 do Código de Processo em vigor.

Não fosse suficiente, a concessão de uma medida acautelatória subverte o modelo do devido processo legal ao incumbir ao requerido o ônus da prova, embora deva recair naquele que alega a existência de um fato (no caso, das hipóteses autorizadas da aplicação da teoria da desconsideração).

Por fim, na medida em que a obrigação (vinculação entre débito e responsabilidade) se distingue da responsabilidade (plano estritamente patrimonial), a extensão desta última possui limitação no valor derivado do ato ilícito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, 2ª reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2018
- ARRUDA ALVIM, Teresa. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Código Civil Comentado**, v. 1. São Paulo: Atlas, 2007.
- BENEDUZI, Renato Resende. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 70 ao 187**, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BIANCHI, PEDRO. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BIANCHI, PEDRO. **Parecer sobre a desconsideração da personalidade jurídica** elaborado em 25.8.14
- BUZAID, Alfredo. **Do ônus da prova**. São Paulo: Revista Forense, 1962.
- BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva. 2013.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na Sociedade Anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- COSSIO. CARLOS **La Teoria Ecológica del Derecho**, ed. Abeledo-Pierrot, Buenos Aires, 1964.
- DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12ª edição revista, atualizada e de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CORDEIRO, Antônio Carlos, **O Levantamento da Personalidade Coletiva no Direito Civil e Comercial**. Coimbra: Almedina, 2000.
- DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil, direito probatório, decisão judicial, cumprimento de sentença e coisa julgada**. v. II, 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Manual de Direito Processual Civil**. v. I. 2ª ed. Trad. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil IV**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 8. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DOS SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 2º vol. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

GIANNICO, Maurício. **Expropriação executiva**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. São Paulo: Revista Jurídica, 2004.

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

TORRES DE MELLO. Rogerio Licastro, parecer sobre a **desconsideração da personalidade jurídica** elaborado em 31.3.2016

LOPES, João Batista. **O ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MADALENO, Rolf. **A desconsideração judicial da Pessoa Jurídica e da Interposta Pessoa Física no Direito de Família e no Direito das Sucessões**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de, **Teses, estudos e pareceres de processo civil**.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**, Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, Parte Especial, Tomo L, 1954.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. **Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

ORLANDO, Gomes. **Obrigações**. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Doutrina e prática dos alimentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 410, 1969.

RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **Desconsideração da personalidade jurídica e processo: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015**. São Paulo: Malheiros, 2016.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, v. II. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto, **O Novo Direito Societário**. 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 2006.

SOUZA, André Pagani de. **Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIEIRA, Christian Garcia. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo CPC – Natureza, procedimentos e temas polêmicos**. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. “A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Processual Civil Brasileiro”, in **Processo Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Pareceres, Cabimento e Julgamento de Mérito de Ação Pauliana**. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos Sócios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

YARSHELL, Flávio Luiz. “Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica”, in **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

REFERÊNCIAS COMPLEMENTARES

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608 de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Palácio do Catete, Presidência da República, Rio de Janeiro, RJ, 18 set. 1939. Revogado pela Lei nº 5.869, de 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/De11608.htm > Acesso em: 15.09.2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Palácio do Catete, Presidência da República, Rio de Janeiro, RJ, 1º maio. 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De15452.htm#art2 > Acesso em: 15.09.2019.

BRASIL. **Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Palácio do Planalto, Presidência da República, Brasília, DF, 25 out. 1966. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm > Acesso em: 15.09.2019.

BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Palácio do Planalto, Presidência da República, Brasília, DF, 11 jan. 1973. Revogada pela Lei nº 13.105, de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm#art1218 > Acesso em: 15.09.2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Palácio do Planalto, Presidência da República, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm > Acesso em: 15.09.2019.

BRASIL. **Lei 9.605/98 de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Palácio do Planalto, Presidência da República, Brasília, DF, 12 fev. 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm > Acesso em: 15.09.2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Palácio do Planalto, Presidência da República, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm > Acesso em: 15.09.2019.

BRASIL. **Lei nº 12.529/2011 de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Palácio do Planalto, Presidência da República, Brasília, DF, 30 nov. 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm > Acesso em: 15.09.2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Palácio do Planalto, Presidência da República, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046 > Acesso em: 15.09.2019.

BRASIL. **Medida Provisória nº 881 de 30 de abril de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Palácio do Planalto, Presidência da República, Brasília, DF, 30 abril. 2019. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm > Acesso em: 15.09.2019.

PARENTONI, Leonardo Netto. **Reconsideração da Personalidade jurídica. Estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine como análise empírica da jurisprudência brasileira**. Tese. (Doutorado em direito Comercial). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-27082013-112343/pt-br.php> > Acesso em: 15.09.2019.

REICHELTL. Luis Alberto. **A exegese das regras sobre ônus da prova no direito processual civil e o controle da argumentação judicial**. Revista de Processo nº 4, p. 137. Disponível em: < <http://capa.tre-rs.gov.br/arquivos/REICHELTL Luis Alberto A exegese das.pdf> > Acesso em: 15.09.2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma, Recurso Extraordinário 141733-1/SP, Ministro Ilmar Galvão. DJ 01.09.1995. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1525952> > Acesso em: 15.09.2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma, Recurso Especial 279.273/SP, Ministra Nancy Andrichi, Brasília, DJ. 29.03.2004, p. 230. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=112916&num_registro=200000971847&data=20040329&formato=PDF > Acesso em: 15.09.2019.

TEPEDINO, Gustavo. **A Excepcionalidade da Desconsideração da Personalidade Jurídica – Soluções Práticas de Direito – Pareceres**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação n. 9.247, 4ª Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, Rel. Edgard de Moura Bittencourt, São Paulo: Revista dos Tribunais 238/393, 1955.

Reunião da Comissão de Juristas do anteprojeto do Código de Processo Civil, em 18.03.2010, publicada no Diário do Senado Federal em 14.05.2010, p. 21.084.