

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

CÍNTIA LUMY ARAI

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

São Paulo

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

CÍNTIA LUMY ARAI

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Trabalho acadêmico apresentado ao Departamento de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica - PUC do Estado de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Professor Orientador: Ms. Luis Otávio Sequeira de Cerqueira

São Paulo – SP

Março 2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

CÍNTIA LUMY ARAI

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Trabalho acadêmico apresentado ao Departamento de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica - PUC do Estado de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Professor Orientador: Ms. Luis Otávio Sequeira de Cerqueira

Aprovado em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. _____
Pontifícia Universidade Católica

Prof. Dr. _____
Pontifícia Universidade Católica

Prof. Dr. _____
Pontifícia Universidade Católica

「平常の身体のこなし方を戦いのときの
身のこなし方とし、

戦いのときの身のこなし方を平常と同じ
身のこなし方とすること。」

宮本武蔵

*Em todas as formas de estratégia, é
importante que a postura de combate se
mantenha na vida cotidiana e que se faça da
postura diária a sua postura de combate.*

Miyamoto Musahi

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é abordar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, destacando as suas características de modo geral e as questões mais relevantes e atuais que vem sendo discutidas no ordenamento jurídico brasileiro. A responsabilidade patrimonial encontra-se diretamente relacionada ao estudo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, razão pela qual se faz necessário tratar do assunto, principalmente no que diz respeito à responsabilidade do sócio. A desconsideração inversa da personalidade jurídica, prática muito bem aceita pelos Tribunais, é abordada colacionando julgados atualizados e entendimentos de diversos doutrinadores. O projeto do Novo Código de Processo Civil é um ponto importante deste trabalho, pois há inegável necessidade de serem criadas leis específicas acerca da teoria da desconsideração da personalidade jurídica devido ao sucesso obtido com a aplicação do referido instituto.

Palavra-chave: Desconsideração da personalidade jurídica. Responsabilidade patrimonial. Desconsideração inversa da personalidade jurídica

ABSTRACT

The purpose of the present study is to discuss the application of the disregard doctrine, empathizing its characteristics and the most relevant and current issues that are being discussed by the Brazilian legal system. The financial liability is directly related to the study of the disregard doctrine, therefore it is necessary to address the issue, primarily on the liability of a shareholder. The reverse disregard doctrine, a widely accepted practice by the courts, is addressed by confronting updated judgments and conclusions of many legal scholars. The design of the “New Code of Civil Procedure” is an important issue of this study, because there is an undeniable necessity to create specific laws concerning the disregard doctrine due to the success achieved with the application of this institute.

Keywords: Disregard doctrine. Financial liability. Reverse disregard doctrine.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. CONSIDERAÇÕES GERAIS	
1.1. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL.....	11
1.2. PERSONALIDADE JURÍDICA.....	12
1.3. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL.....	12
1.4. RESPONSABILIDADE PRIMÁRIA E RESPONSABILIDADE SECUNDÁRIA.....	13
1.5. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO.....	15
2. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (DISREGARD DOCTRINE) SOB A VISÃO PROCESSUAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO	
2.1. CONCEITO E FUNDAMENTO LEGAL.....	16
2.2. TEORIA MAIOR E TEORIA MENOR.....	18
2.3. REQUISITOS NECESSÁRIOS.....	20
2.3.1. Abuso da Personalidade Jurídica.....	20
2.3.2. Requerimento da Parte ou do Ministério Público.....	22
2.4. CITAÇÃO OU INTIMAÇÃO.....	24
2.5. AÇÃO PRÓPRIA OU INCIDENTAL.....	27
2.6. MEDIDAS PROCESSUAIS DE DEFESA.....	29
2.7. RECURSOS.....	31
3. MODALIDADES DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	
3.1. DESCONSIDERAÇÃO EM FACE DO PROCURADOR.....	32
3.2. DESCONSIDERAÇÃO EM FACE DO EX-SÓCIO.....	33
3.3. DESCONSIDERAÇÃO EM RAZÃO DO ENCERRAMENTO IRREGULAR DA EMPRESA.....	34
3.4. DESCONSIDERAÇÃO EM FACE DAS EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO.....	35
3.5. A RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS, DIRETORES, GERENTES OU REPRESENTANTES DE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PERANTE OS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	36
3.6. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	38
4. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PERANTE O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	42
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto de estudo a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, igualmente conhecida como *Disregard doctrine*, a qual encontra-se expressamente consagrada no artigo 50 do CC.

A premissa da referida teoria é combater a utilização indevida da pessoa jurídica, evitando a manipulação contrária à sua função social e aos princípios vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Em caráter introdutório, o primeiro capítulo adentra no conceito geral do princípio da autonomia patrimonial, para posteriormente apresentar a definição da personalidade jurídica e aduzir as noções gerais sobre a responsabilidade patrimonial, priorizando sempre a parte que interessa à análise da desconsideração da personalidade jurídica.

Traçado os aspectos gerais acerca do tema, o segundo capítulo é dedicado à uma análise do instituto da desconsideração da personalidade jurídica sob o ponto de vista processual, discorrendo sobre pontos importantes como: conceito e fundamento legal, distinção entre a teoria maior e a teoria menor, requisitos necessários, utilização da citação ou intimação, eleição da via própria ou incidental, medidas processuais de defesa e recursos cabíveis.

As modalidades de desconsideração da personalidade jurídica é assunto do capítulo três, no qual é realizada uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca dos casos práticos de aplicação do presente instituto.

Outro assunto de caráter atual que tem merecida a relevância dada pelos Tribunais é a desconsideração inversa da personalidade jurídica. Esta questão tem sido levantada frequentemente, pois a prática tem demonstrado que o debate não deve ater-se apenas à ampliação da obrigação sobre o patrimônio particular, uma vez que é cada vez mais frequente ocorrer ao contrário, ou seja, a própria pessoa física ocultar seu patrimônio em função de obrigação contraída pela mesma.

O último capítulo foi destinado ao exame da desconsideração da personalidade jurídica sob o ponto de vista do projeto do Novo Código de Processo Civil. Verifica-se que a prática da desconsideração tende a ser cada vez mais utilizada pelos magistrados como solução para inibir a utilização indevida da pessoa jurídica.

Assim, espera-se com este trabalho, apresentar as questões gerais e específicas acerca da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, bem como levantar assuntos atuais

relacionados ao tema a fim de que os interessados no estudo deste instituto sejam provocados a refletir e, assim, construir uma análise crítica para contribuir com a busca do escopo maior que é a justa aplicação da legislação brasileira.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

1.1. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL

A responsabilidade patrimonial, prevista nos artigos 592 a 596 do CPC, atribui ao devedor a responsabilidade pela satisfação da obrigação assumida, colocando o seu patrimônio em vias de ser atingidos por medidas executórias determinadas em uma demanda judicial.

Contudo, a responsabilidade patrimonial deve obedecer ao princípio da autonomia patrimonial, o qual estabelece uma nítida distinção entre os bens pessoa jurídica e os bens da pessoa física a fim de assegurar que a obrigação de um não seja injustamente atrelada à responsabilidade do outro, uma vez que aquele tido como devedor no título executivo é quem deve responder com o seu patrimônio.

O princípio da autonomia patrimonial encontrava disposição legal expressa no artigo 20 do CC/1916¹, contudo, embora o atual Código Civil não tenha reproduzido teor semelhante, o referido princípio ainda vigora implicitamente no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se depreende dos artigos 45² e 985³ do CC, os quais dispõem sobre a aquisição da personalidade jurídica sob o ponto de vista legal a partir da inscrição dos seus atos constitutivos em conformidade com a lei.

André Pagani de Souza leciona que:

Uma das principais consequências da atribuição da personalidade jurídica a alguém é a separação que se estabelece entre a pessoa jurídica e os membros que a integram, consagrando o princípio da autonomia patrimonial. Portanto, em regra, os membros que compõem a pessoa jurídica não podem ser considerados os titulares dos direitos ou os devedores das prestações relacionadas ao exercício da atividade econômica desta última. Além disso, como regra geral, o patrimônio da pessoa jurídica não deve ser confundido com o patrimônio de seus membros.⁴

¹ CC/1916, art. 20: “As pessoas jurídicas tem existência distinta da dos seus membros”.

² CC, art. 45: “Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo do respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações porque passar o ato constitutivo”.

³ CC, art. 985: “A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos”.

⁴ SOUZA, André Pagani de. Desconsideração da Personalidade Jurídica. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, pág. 72.

Portanto, o princípio da autonomia patrimonial tem por escopo principal impedir que os patrimônios da pessoa jurídica e da física sejam confundidos, uma vez que a personalidade jurídica adquirida pela sociedade, com o devido registro de seus atos constitutivos, distingue-se da personalidade da pessoa física.

1.2. PERSONALIDADE JURÍDICA

A personalidade jurídica, considerada uma qualidade inerente à pessoa jurídica, tem por objetivo conferir a capacidade para os direitos e os deveres sejam assumidos, lembrando que a pessoa jurídica é o resultado final de um ato de personificação praticado com o intuito de que objetivos práticos sejam atingidos.

De acordo com Suzy Elizabeth Cavalcante Koury:

Uma vez personificado, o ente passa a ter existência jurídica, adquire personalidade e atua no mundo jurídico da mesma forma que as demais pessoas jurídicas, não podendo o ordenamento que o personificou ignorar esta nova realidade ou afastar arbitrariamente os seus efeitos.⁵

Diante disso, verifica-se que o princípio da autonomia patrimonial e a personalidade jurídica são técnicas empregadas para resguardar os bens particulares dos membros integrantes da pessoa jurídica. Caso contrário, os insucessos provenientes da gestão da sociedade poderiam causar impactos irreversíveis no patrimônio dos sócios.

1.3. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

A responsabilidade patrimonial encontra previsão legal nos artigos 591 a 597 do CPC e tem por objetivo determinar sobre qual patrimônio recairão as medidas executivas a serem praticadas para a satisfação do débito exequendo.

O artigo 591 do CPC determina que o devedor responda com todos os seus bens pelo descumprimento de suas obrigações, ressalvando apenas as restrições impostas pela lei.

⁵ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. A Desconsideração da Personalidade Jurídica (*Disregard doctrine*) e os grupos de empresas. 3ª edição. São Paulo: Editora Forense, 2011, pág. 23.

Contudo, há situações em que o devedor não possui patrimônio suficiente para garantir a execução, razão pela qual não restará outra opção ao credor senão buscar quaisquer outros bens passíveis de execução, ainda que estejam sob a posse de terceiros.

Nesse sentido, explica Fredie Didier Jr. que:

Inadimplida a prestação, o patrimônio do devedor e de terceiros previsto em lei (ex.: seu cônjuge ou seu sócio) responderão pelo seu cumprimento, mediante execução forçada. A responsabilidade patrimonial (ou responsabilidade executiva) seria, segundo doutrina maciça, o estado de sujeição do patrimônio do devedor, ou de terceiros responsáveis (cf. art. 592, CPC), às providências executivas voltadas à satisfação da prestação devida.⁶

Assim, conforme se verá adiante, a responsabilidade patrimonial poderá ser atribuída a determinados terceiros expressamente previstos no CPC sem que estes sejam partes originárias no processo.

1.4. RESPONSABILIDADE PRIMÁRIA E RESPONSABILIDADE SECUNDÁRIA

A doutrina faz distinção da responsabilidade patrimonial em: primária (a qual incide diretamente sobre os bens do devedor, como ocorre no artigo 591 e incisos I, III e V do artigo 592, ambos do CPC) e secundária (a qual incide sobre bens de terceiro, como ocorre nos incisos II e IV do artigo 592 do CPC).

Seguindo esta linha de raciocínio, faz-se oportuno mencionar Araken de Assis:

Parte é todo aquele que integra o processo com parcialidade, com interesse no seu resultado. E responsáveis primários ou secundários são partes passivas, são executados, apesar de o primeiro ser obrigado e o segundo, não.⁷

Vale ressaltar que a responsabilidade que interessa para a análise do tema do presente trabalho é a do sócio, a qual encontra previsão legal no inciso II do artigo 592 do CPC.

Em regra, a responsabilidade do sócio é limitada aos bens da sociedade, portanto tampouco importa seus bens particulares.

⁶ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Execução. Volume 5. 5ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, pág. 258/259.

⁷ ASSIS, Araken de. Manual da Execução. 15ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pg. 202/203.

Esta responsabilidade está intimamente ligada à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, pois há situações em que o magistrado está autorizado a invadir a seara dos bens particulares da pessoa física.

Sobre o artigo 592, II do CPC, a desconsideração da personalidade jurídica “permite que a dualidade entre as personalidades jurídicas da sociedade e do sócio seja desconsiderada esporadicamente, isto é, tornada sem efeito, para satisfação de créditos inadimplidos”⁸.

Ainda, verifica-se que “a responsabilidade do integrante da pessoa jurídica é primária. Aquele que sofre os efeitos da *disregard doctrine* responde com o patrimônio particular por ato ou conjunto de atos próprios. Ele é o verdadeiro devedor e responsável pelos seus atos. Por isso a hipótese do inciso II do art. 592 do CPC exige atenção redobrada para interpretá-la. Tal dispositivo, que atribui responsabilidade patrimonial *secundária* ao sócio, não se refere à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, mas sim às outras hipóteses de responsabilização dos sócios por dívidas da sociedade”⁹.

Ademais, analisando a responsabilidade patrimonial secundária do sócio, a execução poderá recair sobre o seu patrimônio quando a pessoa jurídica não possuir os seus bens completamente desvinculados da pessoa física.

Sobre essa situação, exemplificam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart que:

No primeiro caso estão as formas de pessoas jurídicas em que não há completa separação entre o patrimônio dos sócios e o da empresa e, ainda, as sociedades personificadas (art. 990 do CC). Entram nessa categoria, por exemplo, as sociedades simples (art. 1023 do CC), as sociedades em nome coletivo (art. 1039, parágrafo único, c/c art. 1023, ambos do CC), as sociedades em comandita simples (art. 1045 do CC) e algumas sociedades cooperativas (art. 1095, §2º do CC). Também nas sociedades limitadas, enquanto não integralizada a quota pelo sócio, responde este com seus bens pelas dívidas da empresa, até o limite da integralização do capital social (art. 1052 do CC).¹⁰

Nesse mesmo sentido, sustenta Fredie Didier Junior que:

Aplica-se nas hipóteses em que a própria lei, ao determinar o regime jurídico do tipo societário, já imputa ao sócio a responsabilidade por

⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Executiva. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, pg. 224.

⁹ SOUZA, André Pagani de. Op. cit., pág. 115-116.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil: Execução. Volume 3. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pág. 263.

dívidas da pessoa jurídica. Nada tem que ver, pois, com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.¹¹

Verifica-se, então, que há clara distinção entre a responsabilidade do sócio prevista expressamente em razão da constituição da sociedade e àquela imputada em função da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

1.5. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO

Em relação ao patrimônio dos sócios, a regra geral encontra-se disposta no artigo 596 do CPC, qual seja, os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas contraídas pela sociedade, salvo nos casos previstos em lei.

Segundo Vicente Greco Filho:

A regra é a de que a sociedade, como tem personalidade jurídica, responda por suas dívidas, somente respondendo os bens particulares dos sócios nos casos expressos em lei (art. 596).¹²

Contudo, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, existem situações excepcionais nas quais a execução poderá recair sobre os bens dos sócios com a prática de abuso da personalidade jurídica, bastando comprovar que houve desvio de finalidade ou confusão patrimonial, conforme autoriza o artigo 50 do CC¹³.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Sempre que houver abuso na constituição de pessoa jurídica, quer pelo desvio de finalidade, quer pela confusão patrimonial, poderá o juiz desconsiderar a personalidade jurídica, atingindo os bens dos seus sócios (art. 50 CC).¹⁴

Ainda, dispõe o mesmo artigo 596 do CPC que o sócio poderá exigir primeiramente, que sejam executados os bens da sociedade, podendo nomear aqueles que se encontrarem livres e desembargados, bem como localizados na mesma comarca, conforme dispõe o seu §1º.

¹¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Op. cit., pg. 3.

¹² GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. Volume 3. 20ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pág. 44.

¹³ Art. 50, CC: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Op. cit.,pág. 264.

Sobre o referido benefício, “sendo o sócio acionado por dívida da sociedade, a ele será lícito recorrer ao *beneficium excussionis personalis*”¹⁵.

Ainda, ressalva Fredie Didier Jr. que a responsabilidade imputada aos demais integrantes da sociedade “não pode ser conhecida de ofício pelo juiz e que deve ser arguida pelo sócio na primeira oportunidade que falar nos autos, sob pena de preclusão e renúncia tácita da prerrogativa”¹⁶.

Vale destacar também que o §2º do mesmo artigo 596 do CPC garante ao sócio a possibilidade de executar a sociedade nos mesmos autos do processo, sendo sub-rogado no crédito que lhe é devido.

Assim, embora a regra seja a da separação entre os bens do sócio e da sociedade, há situações em que haverá dificuldade para visualizar tal distinção, razão pela qual será autorizado ao magistrado determinar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, desde que presentes os requisitos essenciais, quais sejam: a ocorrência do abuso da personalidade jurídica, seja pelo desvio da finalidade ou pela confusão patrimonial, bem como o requerimento expresso elaborado pela parte ou Ministério Público.

2. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (*DISREGARD DOCTRINE*) SOB A VISÃO PROCESSUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO

2.1. CONCEITO E FUNDAMENTO LEGAL

Conforme já mencionado anteriormente, o artigo 20 do CC/1916 dispunha sobre a distinção entre a pessoa jurídica e a pessoa natural, demonstrando, assim, diretrizes para a aplicação do princípio da autonomia patrimonial.

Ocorre que a realidade da prática empresarial sempre apresentou um cenário diferente do esperado e foi constatado que em muitas situações, a pessoa física aproveitava-se do controle concentrado em suas mãos para atingir um fim, o qual trazia graves prejuízos a terceiros de boa-fé.

¹⁵ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código de Processo Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 7ª edição. São Paulo: Editora Manole, 2008. Pág.775.

¹⁶ DIDIER JR., Fredie. Op. cit., pág. 287.

Embora existisse uma lacuna na legislação civil brasileira que dispusesse em uma solução para essas situações, o §2º do artigo 2º da CLT já previa a desconsideração da personalidade jurídica em favor do trabalhador. Vejamos:

Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Além da norma jurídica trabalhista, há previsão legal também no artigo 28 do CDC tratando expressamente do instituto da desconsideração nos casos em que restar constatada a presença do abuso de direito ou comprovado o encerramento da empresa, conforme disposto a seguir:

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.

Importa destacar que a responsabilidade patrimonial do sócio está prevista no artigo 596 do CPC¹⁷, o qual dispõe que apenas o patrimônio da sociedade responderá pelas obrigações contraídas pela mesma, logo os bens particulares dos sócios estarão a salvo de eventual execução, exceto se houver expressa previsão legal.

Assim, trata a desconsideração da personalidade jurídica de uma limitação aos efeitos da responsabilidade patrimonial previsto no artigo 50 do CC, o qual autoriza expressamente a invasão sobre os bens particulares dos administradores ou sócios quando restar comprovado o abuso da personalidade jurídica.

Ocorre que com a aplicação do referido instituto, o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica é afastado temporariamente para autorizar a constrição dos bens da pessoa física e, assim, viabilizar o adimplemento das dívidas contraídas pela sociedade.

Nesse sentido, “desconsiderar para fins de responsabilidade é suspender a eficácia da limitação da responsabilidade instituída por uma norma de direito e declarar a

¹⁷ Art. 596, CPC: “Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade.”

responsabilidade executiva subsidiária indireta, (ou seja, por dívida de terceiros). Essa definição terá consequências processuais importantes, especialmente para se averiguar a posição do responsável subsidiário (sócio ou sociedade) dentro do processo”¹⁸.

Ainda, entendem Luiz Guilherme Mariononi e Sérgio Cruz Arenhart que:

A desconsideração da personalidade jurídica é reflexo da teoria do abuso do direito. A pessoa jurídica foi concebida como instrumento para a facilitação do comércio e das relações sociais, desvinculando as pessoas naturais de certas porções de patrimônio.¹⁹

Ainda, cumpre destacar que a desconsideração da personalidade jurídica visa coibir o mau uso da pessoa jurídica, quando esta é utilizada de forma diversa daquela para a qual foi destinada, encobrendo fraudes ou práticas de abuso do direito.

Corroborando do mesmo entendimento, a respeitável doutrina de Sílvio de Salvo Venosa:

Na realidade, nessas hipóteses, a pessoa natural procura um escudo de legitimidade na realidade técnica da pessoa jurídica, mas o ato é fraudulento e ilegítimo. Imputa-se a responsabilidade aos sócios e membros integrantes da pessoa jurídica que procuram burlar a lei ou lesar terceiros. Não se trata de considerar sistematicamente nula a pessoa jurídica, mas, em caso específico e determinado, não a levar em consideração.²⁰

Desta forma, observa-se que os atos de fraude ou abuso do direito ocorrem quando a sociedade é utilizada em favor de terceiros e sua finalidade deixa de ser relevante, situação a qual pode decorrer por meio de infração da lei, contrato ou termo de compromisso, bem como quando restar configurada a lesão ao direito de terceiro.

2.2. “TEORIA MAIOR” E “TEORIA MENOR”

Para o estudo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, faz-se necessário entender a distinção entre a “teoria menor” e a “teoria maior”.

Para a aplicação da teoria maior exige-se a ocorrência do abuso do direito caracterizado pelo desvio da finalidade ou pela confusão patrimonial, conforme prevê o artigo

¹⁸ BIANQUI, Pedro Henrique Torres. Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil. São Paulo, Editora Saraiva, 2011. Pg. 53

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit.,pág. 263.

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2005. Pág. 313.

50 do CC. Já a teoria menor, adotada pelo artigo 28, §5º do CDC, não é tão exigente quanto aos seus requisitos, bastando comprovação do prejuízo causado ao consumidor.

Portanto, verifica-se que a “teoria maior” foi consagrada como regra geral e não se satisfaz com o mero estado de insolvência em relação às obrigações contraídas para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Por outro lado, a “teoria menor” foi recepcionada para os casos advindos de relações consumeristas e será admitida quando a sua personalidade representar um obstáculo para o ressarcimento dos consumidores, ou, então, houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da empresa em razão da má administração de seus sócios.

Analisando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível localizar a aplicação de ambas as teorias, dependendo do caso concreto em que lhe é apresentado. Primeiro, vejamos a aplicação da “teoria maior”:

Na legislação pátria, todavia, adotou-se, como regra geral, a Teoria Maior da Desconsideração, segundo a qual a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações não constitui motivo suficiente para a desconsideração da personalidade jurídica. Exige-se, portanto, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade, ou a demonstração de confusão patrimonial. Assim, em virtude da adoção da Teoria Maior da Desconsideração, é necessária a comprovação do desvio de finalidade ou a demonstração de confusão patrimonial. É, necessário, portanto, comprovar que alguém – via de regra, um gerente ou administrador, praticou ato reconhecido como fraudulento ou abusivo.²¹

Por conseguinte, da análise do art. 50 do CC/02, depreende-se que o ordenamento jurídico pátrio adotou a chamada Teoria Maior da Desconsideração, segundo a qual se exige, para além da prova de insolvência, a demonstração ou de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração) ou de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).²²

Em seguida, vejamos os arestos consagrando a aplicação da teoria menor:

E isto porque o *caput* do art. 28 do CDC acolhe a teoria maior subjetiva da desconsideração, enquanto que o §5º do referido dispositivo acolher a teoria menor da desconsideração, em especial se considerado for a expressão “Também poderá ser desconsiderada”, o

²¹ STJ, 3ª Turma, REsp 1.315.110/SE, Relatora Ministra Nancy Andriahi, Data do julgamento: 14/05/2013

²² STJ, 3ª Turma, REsp 948.117/MS, Relatora Ministra Nancy Andriahi, Data do julgamento: 22/06/2010

que representa, de forma inegável, a adoção de pressupostos autônomos à incidência da desconsideração.²³

No contexto das relações de consumo, em atenção ao art. 28, §5º do CDC, os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, mediante a aplicação da *disregard doctrine*, bastando a caracterização da dificuldade de reparação dos prejuízos sofridos em face da insolvência da sociedade empresária.²⁴

Desta forma, observa-se que a “teoria maior” foi consagrada pelo ordenamento jurídico brasileiro como regra e apenas nos casos específicos da relação consumerista, pode-se valer da “teoria menor”, a qual não exige prova do abuso de direito ou fraude, bastando a comprovação da inexistência de bens em nome da pessoa jurídica, devido à situação de hipossuficiência em que se encontra o consumidor.

2.3. REQUISITOS NECESSÁRIOS

O artigo 50 do CC determina quais são os pressupostos para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica: ocorrência do abuso da personalidade jurídica por meio do desvio de finalidade ou confusão patrimonial e existência de requerimento da parte ou do Ministério Público para que as obrigações contraídas possam atingir os bens particulares de seus administradores ou sócios.

O abuso da personalidade jurídica pode ser configurado através do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial e corresponde à indevida utilização exercício do direito do empresário, o qual age em desconformidade com o fim econômico social para o qual a empresa foi criada.

Já o requerimento retratado como requisito indispensável deve ser expresso e a legitimidade é atribuída à parte prejudicada, seja ela componente da lide ou terceiro, ou o Ministério Público quando lhe houver interesse em participar da demanda.

Em razão da importância da presença dos mencionados requisitos, sem os quais não há o que se falar em aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, faz-se necessário discorrer individualmente acerca de cada requisito, conforme disposto abaixo.

2.3.1. Abuso da Personalidade Jurídica

²³ STJ, 3ª Turma, REsp 279.273/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Data do julgamento: 04/12/2003

²⁴ STJ, 3ª Turma, REsp 1096604/DF, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Data do julgamento: 03/08/2010

A desconsideração da personalidade jurídica é admitida quando restar demonstrado que a pessoa jurídica foi utilizada como instrumento para a efetivar a fraude ou o abuso de direito, os quais podem ocorrer por meio do desvio da finalidade ou da confusão patrimonial.

O desvio de finalidade compreende no ato intencional dos sócios em fraudar terceiros, utilizando a personalidade jurídica como forma de encobrir a prática ilícita.

Sobre confusão patrimonial, “ocorre quando há uma espécie de fusão entre o patrimônio do sócio e da sociedade, ou seja, quando não é mais possível distinguir se determinado bem é do sócio ou da pessoa jurídica”²⁵.

Portanto, verifica-se insustentável obedecer ao princípio da autonomia patrimonial, uma vez que a pessoa jurídica está sendo utilizada para finalidade diversa daquela para a qual foi criada.

Nesse sentido, segue precedente do Superior Tribunal de Justiça o qual retrata uma fundamentação muito bem elaborada pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Luis Felipe Salomão acerca do deferimento do pedido da desconsideração da personalidade jurídica em virtude da confusão patrimonial ocorrida entre os bens da sociedade falida e sua coligada:

A moldura fática entregue pelo Tribunal a quo revela que entre a falida e a sociedade coligada há apenas uma estrutura meramente formal, não sendo aconselhável, sob qualquer ponto de vista, considerar-se pessoas jurídicas distintas para os efeitos da falência, sob pena de prejudicar sobremaneira os credores da massa. Resta evidente a confusão patrimonial entre as empresas, na medida em que 98% das cotas sociais da coligada pertence a falida, não podendo a sociedade controlada escudar-se no princípio da autonomia da personalidade jurídica, tendo em vista que, no caso concreto, esta é meramente fictícia.²⁶

Ademais, vale mencionar que a jurisprudência tem aproveitado o fundamento de que a mera alegação de inexistência de bens não sustenta o pedido da desconsideração, uma vez que prevalece o entendimento de que há necessidade de demonstrar a ocorrência concomitantemente da prática de um abuso do direito.

Os julgados abaixo explicitam as posições dominantes nas jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e no Superior Tribunal de Justiça:

A mera alegação da inexistência de bens da pessoa jurídica não é motivo bastante para autorizar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, sendo necessária a comprovação do desvio de

²⁵ BIANQUI, Pedro Henrique Torres. Op. cit., pg. 55

²⁶ STJ, 4ª Turma, REsp 331921/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Data do julgamento: 17/11/2009

finalidade capaz de caracterizar o abuso da personalidade jurídica, praticado pelo sócio de modo fraudulento e com a finalidade de lesar terceiros.²⁷

Mudança de endereço da empresa executada associada à inexistência de bens capazes de satisfazer o crédito pleiteado pelo exequente não constituem motivos suficientes para a desconsideração da sua personalidade jurídica.²⁸

Contudo, a jurisprudência tem admitido o pleito de desconsideração da personalidade jurídica quando restar cabalmente comprovado que a empresa encerrou irregularmente as suas atividades e não foram localizados bens passíveis de assegurar a execução por caracterizar o abuso do direito, sendo certo que as duas situações devem existir simultaneamente. Vejamos:

Se o Tribunal de origem conclui, a partir da análise das provas constantes dos autos, pela existência de abuso da personalidade jurídica, mormente em virtude do encerramento irregular – tendo em vista que a empresa paralisou suas atividades, sem comunicação aos órgãos competentes e sem deixar bens passíveis de penhora –, é possível a decretação da desconsideração da personalidade jurídica.²⁹

Não oferecimento de bens idôneos em garantia do juízo de execução e prova de encerramento irregular de suas atividades autoriza a desconsideração da personalidade jurídica possível, nos termos do artigo 50 do Código Civil.³⁰

Conclui-se, então, que o ato praticado deve configurar o abuso de direito ou a confusão patrimonial, pois, caso ausentes estes requisitos, não há o que se falar em aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

2.3.2. Requerimento da Parte ou do Ministério Público

Segundo Giuseppe Chiovenda, “parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada”³¹.

²⁷ TJ/MG, 13ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº. 1.0024.05.643910-2/002, Relator Desembargador Francisco Kupidowski, Data da publicação: 14/12/2009.

²⁸ STJ, 3ª Turma, REsp 970635/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Data do julgamento: 10/11/2009.

²⁹ STJ, 6ª Turma, REsp 1.346.464 / SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Data do julgamento: 01/10/2013.

³⁰ TJ/ SP, 17ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº: 0003859-73.2013.8.26.0000, Relator: Desembargador Irineu Fava, Data da publicação: 26/04/2013.

³¹ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Volume 2. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1965, página 234.

Ainda, pode-se definir como “sujeitos que comparecem perante o juiz pedindo tutela jurisdicional e aquele em relação ao qual essa tutela é pedida”³².

Logo, embora o conceito de parte seja amplamente difundido pela doutrina, a idéia apresentada por Giuseppe Chiovenda verifica-se suficiente para a análise do fenômeno da desconsideração da personalidade jurídica, a qual envolve a contraposição de terceiros.

A expressão “parte” deve ser interpretada em sentido amplo, pois deve ser inserido nesse contexto os terceiros com interesse jurídico na demanda.

De acordo com André Pagani de Souza, “O terceiro que tem interesse jurídico é aquele que é titular de uma relação jurídica incompatível ou dependente daquela que as partes discutem em juízo. É esse terceiro interessado que é relevante para o presente estudo, pois é ele que deverá intervir, ou será chamado a fazê-lo em processo no qual se aplica a teoria da desconsideração da personalidade jurídica”³³.

Todavia, vale lembrar que este terceiro “só poderá pedir a desconsideração quando ele tiver interesse jurídico, ou seja, quando o provimento a ser buscado lhe for útil. Somente, portanto se a pessoa jurídica não tiver quantidade de patrimônio suficiente disponível é que haverá interesse na desconsideração. Não basta o mero inadimplemento ou a mora (CC, art. 394) para justificá-la, é necessário que haja insolvência, caracterizada como desequilíbrio econômico-financeiro negativo do devedor”³⁴.

Além do mais, a aplicação desse instituto não provoca a anulação da pessoa jurídica, pois não há perda da sua capacidade processual nem da legitimidade para pedir, mas sim a atuação do sócio demandado em defesa de seu próprio interesse e não da sociedade.

O teor do artigo 50 do Código Civil é claro ao dispor que se faz necessária a existência de um requerimento da parte ou do Ministério Público para que seja analisado o pleito de desconsideração da personalidade jurídica.

Seguindo essa linha de raciocínio, justifica Cássio Scarpinella Bueno que “...admitir que o juiz possa, de ofício, determinar o ingresso de um litisconsórcio *facultativo* seria o mesmo que autorizar ao juiz que ele possa, sem provação específica, acionar alguém”³⁵.

Logo, “deve haver pedido para que o juiz determine a desconsideração da personalidade jurídica. Aliás, esse entendimento é coerente com o fato de que, caso se descubra depois que não era hipótese de se desconsiderar a personalidade jurídica, nascerá

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Volume II. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 116.

³³ SOUZA, André Pagani de. Op. cit., pág. 188.

³⁴ BIANQUI, Pedro Henrique Torres. Op. cit., pág. 116.

³⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. Op. cit., pág. 106-107.

para o prejudicado um direito a pleitear indenização, e somente quem pediu e se beneficiou com essa medida excepcional é que estará legitimado a indenizar”³⁶.

Assim, não há o que se falar em aplicação da desconsideração quando ausente a provocação advinda da parte ou do Ministério Público, sob risco de estar sendo violado o princípio da inércia e beneficiar aquele que sequer tomou a iniciativa de provocar a jurisdição para buscar o que lhe é de direito.

Ainda, importa lembrar que, conforme disposto no artigo 286 do CPC, o pedido deve ser certo e determinado, sob pena de incorrer na inépcia da inicial prevista no artigo 295, § único do CPC.

Nesse sentido, “o demandante tem o ônus de fazer o pedido de desconsideração certo e determinado, com a especificação completa de qual sócio sofrerá a desconsideração e o valor que seu patrimônio será afetado. Sem essas exigências não está cumprido o disposto no art. 286 do Código de Processo Civil e é inadmissível que se aceitem pedidos com conteúdos genéricos e vagos, sem especificações ou qualquer detalhamento, que nitidamente atrapalha o contraditório...”³⁷.

Em vista disso, observa-se que há necessidade do pedido de desconsideração da personalidade jurídica ser certo e determinado, bem como claramente expresso pela parte ou Ministério Público.

2.4. CITAÇÃO OU INTIMAÇÃO

A partir do momento em que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica é deferido e os atos judiciais passam a alcançar o patrimônio de terceiro, este deve ser inserido na demanda para manifestar-se como parte.

Contudo, a divergência jurisprudencial e doutrinária para em relação a qual ato judicial deve ser realizado para cumprir o objetivo de cientificar o sócio de que, em razão da desconsideração da personalidade jurídica, será incluído no polo passivo da lide a fim de que o seu patrimônio responda pelas obrigações contraídas em prol da sociedade.

A citação do sócio para integrar a lide visa trazer a notícia da existência de uma demanda judicial, autorizando-o a ingressar nos autos do processo para defender o seu patrimônio.

³⁶ Ibidem, pág. 188.

³⁷ BIANQUI, Pedro Henrique Torres. Op. cit., pág. 102.

Define-se citação como “o ato de cientificação do sujeito passivo do processo de que demanda em face dele foi ajuizada e de outorga da oportunidade para se defender. A citação é o ato que introduz, independentemente de sua vontade, o réu na relação processual, sujeitando-se aos efeitos”³⁸.

Ocorre que, na maioria dos casos, por ser membro da pessoa jurídica, o sócio já tem conhecimento da demanda ajuizada em face da empresa, bem como da possível invasão patrimonial que poderá vir a sofrer em razão do pedido da desconsideração da personalidade jurídica.

Assim, com o objetivo de esquivar-se da obrigação, o integrante da sociedade procura ocultar-se da citação a fim de inviabilizar o seu cumprimento até que tenha conseguido dispersar todo o seu patrimônio e, assim, fraudar o seus credores.

Conforme já explicitado, não se exige a propositura de um processo autônomo para requerer a desconsideração da personalidade jurídica, portanto conclui-se que a decisão que decreta a aplicação do referido instituto possui caráter declaratório e a partir deste momento passa a produzir os seus efeitos.

Contudo, esta conclusão contradiz com o artigo 214 do CPC, o qual prevê que o processo somente existirá com a citação do réu, impedindo, assim, a realização de qualquer ato construtivo em seu desfavor.

Desta forma, há uma contradição em relação à determinação judicial de citar o sócio e o próprio escopo deste ato, uma vez que o integrante da pessoa jurídica poderá sofrer a constrição em seu patrimônio a partir do momento em que foi decretada a desconsideração da personalidade jurídica, ainda que não tenha sido devidamente cientificado, gerando, assim, uma dúvida em relação a qual ato de cientificação deveria ser praticado: citação ou intimação.

Tendo em vista a possibilidade de a constrição judicial ocorrer antes do sócio tomar o oficial conhecimento, levanta-se a questão se a intimação não seria a denominação correta a ser dada para este ato judicial.

Intimação é o ato processual no qual se notifica alguém acerca dos termos do processo ou convoca a parte para realizar algo³⁹.

Contudo, ao valer-se da intimação, haveria o risco de estar sendo cerceado o direito de defesa do sócio, bem como ofendido os princípios constitucionais do contraditório e da

³⁸ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Op. cit., pág.194.

³⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 48ª ed. rev. e atual., São Paulo: Forense, 2013. Pág. 308.

ampla defesa, o que faz com que a jurisprudência majoritária seja adepta à ideia de citá-lo e não apenas intimá-lo.

Segundo Fredie Didier Jr.:

Não se pode, na ânsia por uma efetividade do processo, atropelar garantias constitucionais alcançadas aos séculos de estudos e conquistas. Imaginar a aplicação de uma teoria eminentemente excepcional, que inquina de fraudulenta a conduta deste ou daquele sócio, sem que se lhe dê a oportunidade de defesa – ou somente se lhe permita o contraditório dos embargos de terceiro ou do recurso de terceiro -, é afrontar os princípios processuais básicos.⁴⁰

Portanto, ao imputar o cumprimento de uma obrigação a alguém, o mínimo a ser feito é aceitar a realização de um procedimento cognitivo capaz de assegurar o seu direito de defesa, pois ninguém pode ser privado de seus bens sem o devido processo legal⁴¹.

Para ilustrar os entendimentos do STJ, seguem os julgados abaixo no sentido de que a citação do sócio prejudicado é um ato indispensável para a inclusão do mesmo no polo passivo da lide, priorizando, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Vejamos:

Se o sócio, cujo bens poderão ser constrictos com a medida, não tiver figurado como parte no âmbito da fase de conhecimento, ainda que como litisconsorte eventual, deverá o juízo providenciar a sua citação, possibilitando-lhe o exercício do direito de defesa no procedimento incidental, sob pena de violação das garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.⁴²

Os sócios administradores ou gerentes de fato, que tiverem agido irregularmente, ou mesmo a pessoa jurídica constituída de modo fraudulento, para fraudar os direitos dos credores de outra, deverão ser chamados a integrar o polo passivo do feito, sendo imprescindível, para tanto, como condição para que seus bens possam ser penhorados, a citação de todos os envolvidos, em nome próprio.⁴³

Entretanto, há situações em que a citação verifica-se desnecessária, pois os demais integrantes da pessoa jurídica tomaram conhecimento do ocorrido por meio do comparecimento espontâneo do interessado, conforme o aresto abaixo:

⁴⁰ DIDIER JR., Fredie. Regras processuais no Código Civil. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Pg. 13-14.

⁴¹ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Executiva. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, pg. 227.

⁴² STJ, 04ª Turma, Resp 1.096.604/DF; Relator Ministro Luis Felipe Salomão; Data de julgamento: 02/08/2012.

⁴³ STF, 02ª Turma, Agravo de Instrumento nº. 847378/ MG; Relator: Ministro Ricardo Lewandowski; Data de julgamento: 31/05/2011.

O comparecimento espontâneo da parte supre a necessidade de sua citação. Tendo a parte se insurgido contra a desconsideração da personalidade jurídica da empresa em impugnação, e sendo rechaçada a tese por ocasião da análise desse incidente, não cabe mais discussão a respeito da matéria, já preclusa.⁴⁴

Ainda, nos casos em que a desconsideração da personalidade jurídica ocorrer em face de um grupo econômico, o STJ entende que a citação será dispensável:

No caso, o reconhecimento da confusão patrimonial é absolutamente contraditório com a pretendida citação das demais sociedades, pois, ou bem se determina a citação de todas as empresas atingidas pela penhora, ou bem se reconhece a confusão patrimonial e se afirma que se trata, na prática de pessoa jurídica única, bastando, por isso uma única citação.⁴⁵

O projeto do Novo Código do Processo Civil já traz em seu bojo a citação como ato para cientificar o sócio, terceiro ou pessoa jurídica, caso prevaleça sua redação, não haverá dúvida em relação a qual ato seria mais adequado para este fim.

Todavia, a partir deste momento, o sócio cientificado passa a ser parte integrante da lide, razão pela qual estará legitimado para apresentar as competentes medidas de defesa.

2.5. AÇÃO PRÓPRIA OU INCIDENTAL

Tendo em vista a ausência de embasamento legal dispondo sobre o procedimento para requerer a desconsideração da personalidade jurídica, surgem dúvidas em relação à necessidade ou não de uma ação própria.

Muito embora a posição majoritária na doutrina e na jurisprudência esteja convicta a dispensar o ajuizamento de processo próprio, há um entendimento diverso, ainda que minoritário, declinado no sentido de ser necessária a utilização de medida específica visando desconsiderar a personalidade jurídica.

A corrente que se posiciona a favor da propositura de uma ação própria defende este entendimento em obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa sob o fundamento de que, somente através de um processo de conhecimento, a análise do pedido de desconsideração da personalidade jurídica passaria por uma cognição exauriente,

⁴⁴ TJ/ SP, 14ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº. 92378820118260320 SP, Relator: Desembargador Melo Colombi, Data de julgamento: 08/08/2012.

⁴⁵ STJ, 04ª Turma, Resp 907915/SP; Relator Ministro Luis Felipe Salomão; Data de julgamento: 07/06/2011.

assegurando assim o devido processo legal e, conseqüentemente, atendido os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, entende Fábio Ulhoa Coelho que:

O juiz não pode desconsiderar a separação entre 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.⁴⁶

Semelhantemente, concorda Humberto Theodoro Júnior que, nos casos em que será analisada a responsabilidade advinda de abuso de gestão, violação de contrato ou dolo, exige-se a tramitação de um processo cognitivo, pois apenas uma sentença condenatória teria força para determinar a prática de atos decorrentes do pedido de desconsideração⁴⁷.

Todavia, conforme já exposto, a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência segue de forma adversa, no sentido de que a propositura de uma demanda autônoma seria dispensável, por entender que não há necessidade de uma sentença condenatória, bastando uma decisão interlocutória para promover os atos decorrentes da desconsideração. Além do mais, o contraditório e a ampla defesa serão sempre respeitados, seja no processo de conhecimento, cautelar ou execução, nos quais poderão defender-se tanto a parte prejudicada quanto terceiros.

Os julgados do STJ expõem brilhantemente o posicionamento da corrente majoritária:

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para esse fim. A jurisprudência do STJ é firme no sentido diametralmente oposto ao esposado pelo Tribunal de origem. Nos termos dos precedentes citados na decisão monocrática, tem-se entendido que a desconsideração da personalidade jurídica, atendidos os requisitos legais, pode ser aplicada incidentalmente pelo juiz da causa.⁴⁸

Esta Corte Superior tem decidido pela possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos próprios autos da ação de execução, sendo desnecessária a propositura de ação autônoma.⁴⁹

⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Pág. 55.

⁴⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 48ª ed. rev. e atual., São Paulo: Forense, 2013. Pág. 94.

⁴⁸ STJ, 04ª Turma, AgRg no REsp 9.925/MG, Relatora: Ministra Nancy Andrigui, Data do julgamento: 08/11/2011.

⁴⁹ STJ, 04ª Turma, REsp 331478/RJ, Relator Ministro: Jorge Scartezini, Data do julgamento: 24/10/2006.

Detectada a fraude na dação de bens em pagamento, esvaziando o patrimônio empresarial em prejuízo da massa falida, pode o julgador decretar a desconsideração da personalidade jurídica no bojo do próprio processo, facultado aos prejudicados oferecerem defesa perante o mesmo juízo.⁵⁰

Por meio da jurisprudência, verifica-se que prevalece o entendimento de que não há óbices para que o pleito da desconsideração seja aceito na sua forma incidental, a instauração de um processo de conhecimento para este fim é dispensável, a imposição paira sobre a necessidade de que o devido contraditório seja exercido.

O projeto do novo Código de Processo Civil prevê expressamente o incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a intenção é por fim às divergências doutrinárias e jurisprudências, ainda que existente uma posição majoritária.

2.6. MEDIDAS PROCESSUAIS DE DEFESA

O integrante da pessoa jurídica, ou sócio, que sofreu ou está em vias de sofrer os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica deve manejar os meios próprios para defender o seu patrimônio.

Quando tratar-se de título executivo judicial, a medida competente será a impugnação prevista nos artigos 475-L e 475-M do CPC.

O artigo 475-L do CPC enumera as hipóteses em que caberá a impugnação: falta ou nulidade de citação, inexigibilidade do título, penhora incorreta ou avaliação errônea, ilegitimidade das partes, excesso de execução e qualquer causa modificativa, impeditiva ou extintiva superveniente à sentença. Contudo, este rol não é taxativo àquele que sofreu a desconsideração da personalidade jurídica, sob pena de ferir o contraditório e a ampla defesa, uma vez que limitaria a defesa de alguém que ainda não teve a oportunidade de manifestar-se nos autos.

Portanto, além das hipóteses arroladas no artigo 475-L do CPC, poderá o membro prejudicado da pessoa jurídica questionar a legitimidade sobre a obrigação, indagar os requisitos que autorizaram a desconsideração ou, então, discutir acerca da existência da relação jurídica.

Caso o título executivo seja extrajudicial, a defesa se dará por meio de embargos à execução previstos nos artigos 736 e seguintes do CPC.

⁵⁰ STJ, 04ª Turma, REsp 418.385/SP, Relator Ministro: Aldir Passarinho Junior, Data do julgamento: 19/06/2007.

Para a oposição dos embargos à execução exige-se a prestação de uma garantia, a qual normalmente ocorre com a constrição do bem em razão da desconsideração da personalidade jurídica.

As hipóteses de cabimento dos embargos à execução encontram-se previstas no artigo 745 do CPC, quais sejam: nulidade da execução, penhora incorreta ou avaliação errônea, excesso de execução ou cumulação indevida de execuções ou, então, qualquer matéria passível de discussão em processo de conhecimento.

Vale ressaltar que não há dúvidas em relação à viabilidade dos embargos à execução quando a citação for realizada e o patrimônio já tiver sido atingido. Contudo, poderão surgir dúvidas em relação a qual medida apresentar, quando a constrição ocorrer antes da citação, ocorrendo a eleição da via equivocada dos embargos de terceiro.

O embasamento legal dos embargos de terceiro está situado no artigo 1046 do CPC e caberá por aquele que, embora não seja parte, sofre turbação ou esbulho praticados por atos judiciais.

Portanto, trazendo para a perspectiva da desconsideração da personalidade jurídica, o sócio que teve o seu patrimônio constricto insurge por meio da competente via, alegando não ser parte no processo, pois ainda não se deu a sua citação.

Ocorre que tal fundamento já se encontra ultrapassado, pois o integrante da pessoa jurídica, ainda que não citado, deve ser tratado como parte e o seu comparecimento espontâneo supre a necessidade da citação, conforme prevê o artigo 214, §1º do CPC⁵¹.

Portanto, não há o que se falar em não conhecimento da presente medida, pois a jurisprudência tem aceito a oposição de um instrumento no lugar do outro em obediência ao princípio da fungibilidade.

Sobre a aplicação do princípio da fungibilidade, “se aquele que sofre os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica apresentar embargos de terceiro no lugar de embargos do devedor, deve ser aplicado ao caso concreto o princípio da fungibilidade, tomando-se um pelo outro”⁵².

Admite-se, ainda, a figura da exceção de pré-executividade, a qual visa “permitir ao devedor liberar-se da execução indevida, em situações de flagrante ausência de condições de procedibilidade in executivis, sem passar pelos percalços da ação de embargos à execução, se

⁵¹ Art. 214. Para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu.

§ 1º O comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta de citação.

⁵² SOUZA, André Pagani de. Op. cit., pág. 176.

bem que com menor força, pois não há mais exigência de penhora para opor embargos (CPC, art. 736)”⁵³.

Portanto, a excepcional medida tem a sua relevância prática, pois a partir de uma construção doutrinária e jurisprudencial, verificou-se a necessidade de viabilizar a defesa no processo de execução sem o condicionamento da prévia constrição do patrimônio do executado. A referida medida tem cabimento nos casos em que a discussão judicial paira sobre matérias de ordem pública ou fundar em alegações que dispensam dilação probatória.

Outra forma de defesa admitida é o recurso do terceiro prejudicado previsto no art. 499 do CPC⁵⁴, sendo certo que será necessário comprovar o nexo de interdependência, que nada mais é a comprovação da relação jurídica existente entre o terceiro e as partes, bem como das consequências que sofrerão com os efeitos da sentença.

Vale ressaltar que o recurso interposto pelo terceiro prejudicado deve ater-se ao tema da desconsideração da personalidade jurídica, que é justamente o capítulo da decisão que lhe interessa.

2.7. RECURSOS

Para a escolha do recurso adequado contra a aplicação ou não da desconsideração da personalidade jurídica, deve-se analisar a natureza jurídica da decisão, lembrando que da sentença caberá apelação e da decisão interlocutória caberá agravo.

Caso a desconsideração tenha sido alegada em demanda própria, a decisão será uma sentença e caberá apelação. Por outro lado, caso a discussão seja levantada incidentalmente, a decisão será interlocutória e caberá agravo.

Trazendo para o cenário da desconsideração da personalidade jurídica, vale destacar a situação de quando o ato que chama o sócio para integrar a lide será recorrível via agravo ou não. Neste caso, faz-se necessário analisar se a decisão possui caráter decisório ou não, portanto se o magistrado manifestar-se acerca da presença ou ausência dos requisitos autorizadores da desconsideração, a decisão terá conteúdo decisório e caberá agravo.⁵⁵

⁵³ BIANQUI, Pedro Henrique Torres. Op. cit., pg. 182.

⁵⁴ Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público. § 1º Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.

§ 2º O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.

⁵⁵ Ibidem, pg. 156.

Outra situação interessante é quando a impugnação ou embargos à execução são rejeitados, caso em que o recurso cabível será o agravo. Entretanto, se forem acolhidos e a execução extinta, o recurso admissível será a apelação.

3. MODALIDADES DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

3.1. DESCONSIDERAÇÃO EM FACE DO PROCURADOR

Uma questão interessante sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é a sua aplicação sob o patrimônio do procurador quando configurar que este, na verdade, atua como administrador, ainda que os sócios constituídos na sociedade sejam outros.

Não há como ignorar que, em muitos casos práticos, o procurador é o verdadeiro administrador da sociedade, pois é ele quem exercer os poderes de gestão e, em razão disso, pratica atos que caracterizam o desvio da finalidade ou a confusão patrimonial.

Ocorrendo tal situação, os efeitos da desconsideração deverão atingir aqueles que foram beneficiados com a prática do abuso da personalidade jurídica, pois o que se leva em consideração é a realidade dos fatos.

A 02ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, sob a relatoria da Desembargadora Maria Zeneide Bezerra, julgou um processo no qual o administrador teve o seu imóvel penhorado em razão da desconsideração da personalidade jurídica da empresa de sua mãe. A desconsideração da personalidade jurídica foi aplicada, pois entendeu o Magistrado que o administrador cumulou a função de procurador da empresa individual Genilda Carlos da Silva ME ao assinar o cheque, que era objeto da ação de execução. Não bastando o cheque, foi outorgada procuração ao administrador para realizar uma composição nos próprios autos do processo, o qual restou prejudicado em razão do descumprimento. Assim, manteve o Magistrado o entendimento segundo o qual a desconsideração da personalidade jurídica deve prevalecer em razão da confusão patrimonial existente entre os bens do administrador, ora procurador, e o patrimônio da sociedade.⁵⁶

⁵⁶AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ACORDOS FIRMADOS E DESCUMPRIDOS PELA EXECUTADA. DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INCIDÊNCIA SOBRE O PATRIMÔNIO DO

Desta forma, verifica-se perfeitamente cabível a aplicação do instituto, ora objeto de estudo do presente trabalho, quando restar comprovada a existência dos requisitos expressos no artigo 50 do Código Civil em relação ao procurador que exerce poderes de administrador da empresa.

3.2. DESCONSIDERAÇÃO EM FACE DE EX-SÓCIO

O ex-sócio responde solidariamente pelas obrigações contraídas pela sociedade no prazo de até dois anos, conforme os artigos 1003, §único⁵⁷ e 1032⁵⁸, ambos do CC.

Os mencionados artigos são utilizados como fundamento para requerer a desconsideração da personalidade jurídica de modo que o patrimônio do ex-sócio responda juntamente com os sócios atuais.

Entretanto, o referido prazo diz respeito às obrigações sociais do sócio com a sociedade e não da conduta abusiva caracterizada pelo desvio da finalidade ou confusão patrimonial, que são os requisitos exigidos para a aplicação do instituto da desconsideração.

Por obrigações sociais, “a letra da lei fala expressamente em “responsabilidade pelas obrigações sociais”, entendendo-se, de forma, que deverá o sócio excluído, retirante, ou herdeiros do sócio falecido, responder pelas obrigações que tinham na qualidade de sócio, conforme estipulado no contrato social”⁵⁹.

Com relação ao prazo para requerer que a desconsideração da personalidade jurídica inclua o ex-sócio no polo passivo da lide, o entendimento do STJ segue no sentido de que não é aplicável:

O pedido de desconsideração da personalidade jurídica, quando preenchidos os requisitos da medida, poderá ser realizado a qualquer tempo. E o próprio projeto do novo Código de Processo Civil, que de forma inédita disciplina um incidente para a medida, parece ter

ADMINISTRADOR E PROCURADOR DA EMPRESA. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 50 DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO AGRAVO. (TJ/RN, 4ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 2009.006963-0; Relatora: Juíza Maria Zeneide Bezerra; Data da publicação: 01/09/2009)

⁵⁷ Art. 1003, CC: A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade.

§único. Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio.

⁵⁸ Art. 1032, CC: A retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação.

⁵⁹ Wald, Arnold. Comentários ao Novo Código Civil. Volume 14: livro 2. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. Pág. 225/226.

mantido a mesma lógica e não prevê qualquer prazo para o exercício.⁶⁰

O dispositivo em questão trata da ultratividade da responsabilidade ordinária que o sócio tem pelas obrigações da sociedade. Em situações normais, o sócio responde, no caso da sociedade limitada pela integralização das cotas sociais e, no caso de sociedade anônima, pelo valor da ação. Na hipótese dos autos não se cuida de uma responsabilidade ordinária, mas extraordinária, porque fundada na existência de abuso de direito, tanto assim que aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.⁶¹

Por outro lado, importa ressaltar que o Direito Trabalhista vem adotando a desconsideração da personalidade jurídica nos casos em que o ex-sócio contribuiu para a conduta abusiva do direito dentro do prazo de dois anos, utilizando como fundamento a previsão legal dos artigos 10⁶² e 488⁶³ da CLT combinado com os artigos 1.003 e 1.032 do CC.

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro vem atuando no sentido de aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, contudo existem barreiras que precisam ser esclarecidas pela nossa legislação a fim de suprir as lacunas existentes atualmente em relação a este instituto.

3.3. DESCONSIDERAÇÃO EM RAZÃO DO ENCERRAMENTO IRREGULAR

Para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica sempre será necessário comprovar a ocorrência da conduta abusiva de direito, seja por meio da confusão patrimonial ou desvio de finalidade.

Contudo, os atuais julgados do STJ vem demonstrando que o encerramento irregular da empresa tem sido uma das alegações apresentadas pelo credor a fim de obter a aplicação do referido instituto.

O encerramento irregular da pessoa jurídica consiste na ausência de baixa perante a Junta Comercial. Ocorre que este fundamento apresentado de forma isolada não embasa o

⁶⁰ STJ, 02ª Turma, Recurso Especial nº. 1.312.591/RS; Ministro Relator: Luis Felipe Salomão; Data de publicação: 11/06/2013.

⁶¹ STJ, 03ª Turma, Recurso Especial nº. 1.269.891/SP; Ministro Relator: Sidnei Beneti; Data de publicação: 05/03/2013.

⁶² Art. 10, CLT. Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

⁶³ Art. 448, CLT. A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

pedido de desconsideração, pois há necessidade de ser demonstrado o efetivo dano ocorrido em razão da confusão patrimonial ou desvio de finalidade.

A jurisprudência do STJ tem entendido que o encerramento da sociedade aliado à comprovação de ausência de bens passíveis de penhora podem caracterizar a conduta abusiva da personalidade jurídica, razão pela qual o Magistrado tem autorizado a desconsideração desde que estes dois requisitos estejam presentes cumulativamente.⁶⁴

3.4. DESCONSIDERAÇÃO EM FACE DE EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO

Os grupos econômicos são distinguidos entre de fato, no qual existe relação de controle ou de coligação, e de direito, quando há registro na Junta Comercial. Todavia, em ambas classificações, a personalidade jurídica e o patrimônio devem ser distintos.

Para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em empresas do mesmo grupo econômico exige-se a comprovação cabal da confusão patrimonial entre as empresas integrantes de um mesmo grupo econômico, bem como a existência de uma relação de subordinação ou coordenação.

Leciona Suzy Elizabeth Cavalcante Koury que:

A mera existência de controle de uma sociedade sobre outra, representada pela titularidade da maior parte das suas ações, não é requisito suficiente para aplicar-se a desconsideração da personalidade jurídica. Faz-se necessário que haja uma manipulação, que se comprove claramente que a existência separada da subsidiária é apenas aparente, não respeitando as formalidade societárias e não havendo qualquer separação no exercício da atividade empresarial.⁶⁵

A jurisprudência tem admitido a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica como solução excepcional, pois, além da formação do grupo econômico, há de se comprovar a relação de domínio e o desvirtuamento da finalidade da empresa, conforme os julgados abaixo:

Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando as diversas

⁶⁴ “A mera demonstração de insolvência da pessoa jurídica ou de dissolução irregular da empresa sem a devida baixa na junta comercial, por si sós, não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica”. (STJ, 04ª Turma, REsp 1.346.464/SP; Desembargadora Relatora: Nancy Andrighi, Data do julgamento: 01/10/2013)

⁶⁵ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. Op. cit., pág. 100.

peças jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo.⁶⁶

A desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupos econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, quando verificado que a empresa devedora pertence a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, e, ainda, quando se visualizar a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores.⁶⁷

No tocante à questão da citação, a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de considerar dispensável a realização do ato em relação aos sócios e às demais empresas do mesmo grupo econômico quando a personalidade jurídica for desconsiderada em razão do reconhecimento da confusão patrimonial. Vejamos:

Portanto, não se havendo falar em prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, em razão da ausência de citação ou de intimação para o pagamento da dívida (art. 475-J do CPC), e sob pena de tornar-se infrutuosa a desconsideração da personalidade jurídica, afigura-se bastante - quando, no âmbito do direito material, forem detectados os pressupostos autorizadores da medida - a intimação superveniente da penhora dos bens dos ex-sócios, providência que, em concreto, foi realizada.⁶⁸

Desta forma, não se verificam óbices para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica entre empresas componentes do mesmo grupo econômico, desde que comprovada a relação de subordinação e a prática do abuso de direito.

3.5. A RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS, DIRETORES, GERENTES OU REPRESENTANTES DE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PERANTE OS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

⁶⁶ STJ, 03ª Turma, RMS 12.872/SP; Desembargadora Relatora: Nancy Andrichi, Data do julgamento: 16/12/2002).

⁶⁷ STJ, 05ª Turma, REsp 968564/RS; Desembargador Relator: Arnaldo Esteves Lima, Data do julgamento: 18/12/2008

⁶⁸ STJ, 04ª Turma, AgRg no REsp 1274658 / MG; Desembargadora Relatora: MARIA ISABEL GALLOTTI, Data do julgamento: 13/11/2012

A responsabilidade de terceiros da lei tributária, aquela que é imputada ao diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica, e o instituto da desconsideração da personalidade jurídica consagrada pela legislação civil trazem semelhantes características.

Primeiro, ambas situações demonstram que o ato praticado pelo seu controlador reveste de dolo e má-fé, desvirtuando os fins para a qual a pessoa jurídica foi criada.

Ocorre que a semelhança entre os institutos vai além da pessoal à qual é imputada a responsabilidade, pois os pressupostos e efeitos práticos da aplicação dos referidos institutos são similares.

O artigo 135 do CTN prevê a conduta praticada com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos como pressupostos para imputar a responsabilidade ao sócio, diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica pelo crédito tributário, já o artigo 50 do CC autoriza a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica quando restar configurada a conduta abusiva de direito, seja pela confusão patrimonial ou desvio de finalidade.

Assim, tendo em vista que os atos ilícitos descritos no artigo 135 do CTN⁶⁹ nada mais são que as condutas abusivas de direito do artigo 50 do CC, há julgados no STJ que aplicam a desconsideração da personalidade jurídica com fundamento no próprio artigo 135 do CTN, conforme o aresto abaixo:

Assim, a desconsideração da personalidade jurídica, com a consequente invasão no patrimônio dos sócios para fins de satisfação de débitos da empresa, é medida de caráter excepcional, sendo apenas admitida nas hipóteses expressamente previstas no art. 135 do CTN ou nos casos de infração à lei.⁷⁰

Contudo, é importante frisar que a responsabilidade do diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica pelo crédito tributário é pessoal e exige-se a presença de dois requisitos para o redirecionamento da execução fiscal: a posição de administrador de bens da pessoa jurídica e a prática de atos com excesso de poder ou contrários à lei, contrato social ou estatutos.

Nesse sentido, entende Hugo de Brito Machado:

⁶⁹ Art. 135, CTN: 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.

⁷⁰ STJ, 02ª Turma, AgRg no REsp 329.575/PE; Desembargador Relator: Ministro Humberto Martins, Data do julgamento: 13/08/2013.

A regra é a de que os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado não respondem pessoalmente pelos tributos devidos por tais pessoas jurídicas. E a exceção é a de que existirá tal responsabilidade tratando-se de créditos decorrentes de obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.⁷¹

Desta forma, verifica-se que, embora a desconsideração da personalidade jurídica não tenha previsão legal expressa na legislação tributária, utiliza-se a essência desse instituto com fundamento no artigo 135 do CTN, o qual produz o mesmo efeito prático, que é invasão patrimonial sobre os bens do integrante com poderes de gestão em razão de atos ilícitos praticados com o objetivo de fraudar os seus credores.

3.4. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem o objetivo de imputar a responsabilidade à pessoa física por obrigação contraída em nome da pessoa jurídica, verifica-se que o inverso também é possível, caso em que será afastado o princípio da autonomia patrimonial para responsabilizar a pessoa jurídica por obrigação contraída pela pessoa física.

Tal instituto pretende a desconstituição dos atos praticados ilicitamente pela pessoa física, a qual utilizou indevidamente a pessoa jurídica da qual é integrante, para ocultar a existência de seu patrimônio contra os credores interessados.

Em referida hipótese, o juiz desconsidera a autonomia patrimonial da pessoa jurídica e os seus bens passam a responder por obrigações pessoais do sócio como pessoa física, pois este se aproveitou deste artifício para esvaziar o seu patrimônio pessoal e integralizá-lo no da sociedade.

Assim, a separação fictícia que existe entre os patrimônios do sócio e da sociedade é afastada, desde que configurado a prática do abuso do direito ou da fraude.

Leciona Fábio Konder Comparato que:

A desconsideração da personalidade jurídica não atua apenas no sentido da responsabilidade do controlador por dívidas da sociedade controlada, mas também em sentido inverso, ou seja, no da responsabilidade desta última por atos do seu controlador. A jurisprudência americana, por exemplo, já firmou o princípio de que

⁷¹ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 32ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2011. Pg. 161.

os contratos celebrados pelo sócio único, ou pelo acionista largamente majoritário, em benefício da companhia, mesmo quando não foi a sociedade formalmente parte do negócio, obrigam o patrimônio social, uma vez demonstrada a confusão patrimonial de facto.⁷²

De acordo com Fábio Ulhoa Coelho:

A fraude que a desconsideração invertida coíbe é, basicamente, o desvio de bens. O devedor transfere seus bens para a pessoa jurídica sobre a qual detém absoluto controle. Desse modo, continua a usufruí-los, apesar de não serem de sua propriedade, mas da pessoa jurídica controlada. Os seus credores, em princípio, não podem responsabilizá-lo executando tais bens⁷³.

A jurisprudência tem admitido a aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica visando combater a utilização indevida da pessoa jurídica por seu integrante, quando este integraliza os seus bens particulares no patrimônio da sociedade a fim de omitir-se contra eventuais medidas executivas.

Para ilustrar as situações em que a desconsideração inversa da personalidade jurídica tem sido deferida, seguem as jurisprudências colacionadas abaixo:

Agravo de instrumento. Ação de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente de trânsito. Cumprimento de sentença. Tentativas infrutíferas de bloqueio on line de numerário em conta bancária do devedor. Determinação de desconsideração inversa da personalidade jurídica da empresa da qual o executado é sócio. Possibilidade. Evidente confusão patrimonial entre os bens do devedor e da pessoa jurídica. Incidência do art. 50 do Código Civil.⁷⁴

Prova de abuso da personalidade jurídica de empresa por ele constituída em nome da esposa. Continuação da atividade do executado (salão de beleza) por pessoa jurídica apenas formalmente constituída em nome de cônjuge. Prova de fraude à execução. Devedor reduzido à insolvência com a constituição de pessoa jurídica após a citação para a execução.⁷⁵

Ainda, importa destacar que o entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça é no mesmo sentido, qual seja, o de admitir que tal espécie de “desconsideração da

⁷² COMPARATO, Fábio Konder. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. Pg. 464.

⁷³ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 25

⁷⁴ TJ/SP, 31ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento. nº. 0269402-73.2012.8.26.0000, Desembargador Relator: Hamid Bdine, Data da Publicação: 04/03/2013.

⁷⁵ TJ/SP, 25ª Câmara de Direito Privado, Apelação com revisão nº. 0006222-79.2009.8.26.0224, Desembargador Relator: Edgard Rosa, Data de publicação: 24/04/2013.

personalidade jurídica” ocorra em situações específicas e quando presentes os requisitos essenciais exigidos pelo instituto originário, conforme os julgados dispostos a seguir:

A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. Considerando-se que a finalidade da *disregard doctrine* é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma.⁷⁶

O Tribunal a quo, soberano na análise do conjunto fático-probatório dos autos, entendeu que estavam presentes os requisitos autorizadores do decreto de desconsideração da personalidade jurídica. Incide, no caso, pois, o óbice do enunciado n. 7 da Súmula do STJ. Precedentes. A aplicação da chamada "desconsideração inversa" da personalidade jurídica é admitida pela jurisprudência do STJ.⁷⁷

Assim, embora o artigo 50 do CC seja expresso no sentido de admitir a desconsideração da personalidade jurídica para estender os efeitos das obrigações ao patrimônio particular dos sócios ou dos administradores, tem prevalecido o entendimento nos Tribunais de que a sua hipótese na situação contrária há de ser admitida, caso em que o bem atingido será o da própria sociedade e as obrigações contraídas serão os da pessoa física.

Vale ressaltar que a desconsideração inversa da personalidade jurídica coloca em risco o patrimônio da sociedade como um todo, razão pela qual os demais sócios podem ser prejudicados em razão da transferência indevida dos bens da pessoa física para os da pessoa jurídica.

Desta forma, igualmente na forma originária da desconsideração da personalidade jurídica, a citação dos demais sócios é imprescindível para que o contraditório e a ampla defesa sejam exercidos com a finalidade de que a quota pertencente a cada um seja defendida.

Nesse sentido, “quando há desconsideração inversa, se deve chamar os outros sócios para que estes possam participar do contraditório. Isso porque parcela do patrimônio da

⁷⁶ STJ, 03ª Turma, Resp nº. 948.117, Ministra Relatora: Nancy Andriahi, Data do julgamento: 22/06/2010.

⁷⁷ STJ, 04ª Turma, AgRg no REsp 1096319/SP, Ministro Relator: Antonio Carlos Ferreira, Data da publicação: 01/03/2013

sociedade que fazem parte será afetada e o contraditório deve ser respeitado. Os outros sócios são considerados terceiro também. A sociedade também deverá ser citada, porque, ainda que seja ela responsável (e não devedora, nesse caso), sua citação para participar do contraditório é indispensável, como o sócio tem de ser na desconsideração ordinária”⁷⁸.

Seguem os julgados abaixo comprovando a necessidade da citação para assegurar o contraditório e a ampla defesa dos demais sócios:

Antes da decisão que concede a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, deve haver a citação dos sócios, para que eles se defendam, pois, caso não ocorra a referida citação, estará havendo a violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa.⁷⁹

A pessoa física não deve ser confundida com a pessoa jurídica de responsabilidade limitada, haja vista que seu patrimônio não é o mesmo da executada. Necessidade de observância dos requisitos para verificar a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da empresa ainda não ocorrida nos autos. Impossibilidade de violação do princípio constitucional do devido processo legal, de maneira que correta a decisão da Magistrada em determinar a citação dos sócios incluídos no pólo passivo.⁸⁰

A teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica vem sido utilizada também nas lides relacionadas ao direito de família. Vejamos adiante um aresto do Superior Tribunal de Justiça ilustrando a presente situação:

É possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica sempre que o cônjuge ou companheiro empresário valer-se de pessoa jurídica por ele controlada, ou de interposta pessoa física, a fim de subtrair do outro cônjuge ou companheiro direitos oriundos da sociedade afetiva. Alterar o decidido no acórdão recorrido, quanto à ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do sócio majoritário, exige o reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ.⁸¹

Ainda, deverá a teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica ser admitida: “...na hipótese de um dos cônjuges, ao adquirir bens de maior valor, registrá-los em nome da pessoa jurídica sob seu controle, para livrá-los da partilha a ser realizada nos autos

⁷⁸ BIANQUI, Pedro Henrique Torres. Op. cit, pág. 61.

⁷⁹ TJ/PR, 16ª Câmara Cível, AI 6987208 PR 0698720-8, Relator: Paulo Cezar Bellio, Data do julgamento: 26/01/2011

⁸⁰ TJ/RS, 17ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento Nº 70056059777, Relator: Gelson Rolim Stocker, Data de julgamento: 19/08/2013

⁸¹ STJ, 03ª Turma, REsp 1.236.916/RS, Ministra Relatora: Nancy Andriighi, Data da publicação: 22/10/2013

da separação judicial. Ao se desconsiderar a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar a pessoa jurídica pelo devido ao ex-cônjuge do sócio”⁸².

Diante do exposto, verifica-se perfeitamente cabível a prática da desconsideração inversa da personalidade jurídica quando restarem configurados o abuso do direito ou a fraude, fazendo com que a pessoa física pratique indevidamente o ato de transferência de seu bem pessoal e, conseqüente, integralização do mesmo no patrimônio da pessoa jurídica.

4. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PERANTE O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Projeto de Lei nº 8.046 de 2010 cria um incidente próprio para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, dispondo expressamente sobre os requisitos e trâmites processuais que, atualmente, encontram-se dispersos na jurisprudência dos tribunais superiores.

A existência de um processo cognitivo tornou-se uma necessidade tão relevante que no referido projeto de lei foi destinado um capítulo específico para a previsão legal deste incidente de desconsideração.

O artigo 77 do referido projeto reproduz texto semelhante ao artigo 50 do CC, incluindo a empresa do mesmo grupo econômico e o administrador no rol daqueles que podem sofrer os efeitos da desconsideração. Assim, dispõe o artigo 77 que o magistrado está autorizado, em qualquer processo ou procedimento, a aplicar a desconsideração da personalidade jurídica nos casos em que restar configurado o abuso de direito a fim de que os bens particulares dos sócios, administradores ou empresas do mesmo grupo econômico sejam responsabilizados pelas dívidas contraídas em prol da sociedade, lembrando que permanece a necessidade de existir provocação pela parte ou pelo Ministério Público.

O parágrafo único do mesmo dispositivo prevê o cabimento do incidente de desconsideração nos casos em que em que houver abuso de direito por parte do sócio e em todas as fases do processo de conhecimento, bem como na execução de título extrajudicial.

Com o artigo 78 do projeto encerram-se as dúvidas relacionadas ao ato competente para notificar o sócio, terceiro e a pessoa jurídica. Assim, traz a obrigatoriedade da realização

⁸² GONÇALVES, Carlos Roberto. Curso de direito civil brasileiro – Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003. Pág. 213-214)

da citação para, no prazo de quinze dias, apresentar manifestação e requerer a dilação probatória em prol da defesa de seus bens.

Verifica-se, então, que não prevalece o fundamento da teoria da aparência utilizada para configurar a citação válida nos casos que for realizada através do sócio, pois o dispositivo, ora comentado, exige a citação da pessoa física e da pessoa jurídica.

O último dispositivo do capítulo, o artigo 79, define a o caráter interlocutório da decisão que defere ou não a desconsideração da personalidade jurídica, o qual poderá ser impugnado por meio da interposição do agravo de instrumento.

Ademais, fora do capítulo do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, o artigo 752 da citada proposta legislativa, que trata da responsabilidade patrimonial, remete à obrigatoriedade de observar o conteúdo legal dos artigos 77 e seguintes para a aplicação do referido incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

O projeto do novo Código de Processo Civil cria um incidente cognitivo, no qual se prioriza a dilação probatória, para analisar especificamente a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, consagrando, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Os dispositivos legais da desconsideração da personalidade jurídica visam dissipar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais,

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos escopos principais da pessoa jurídica é permitir a livre atuação da pessoa física na atividade empresarial de modo que os riscos empresariais fiquem restritos ao patrimônio da empresa, evitando-se, assim, a confusão entre os bens de ambas, uma vez que uma se revela totalmente distinta da outra, tanto para deveres quanto para obrigação.

Contudo, devido a esta premissa concedida à pessoa jurídica, tem-se utilizado a mesma para a prática de fraudes, lesionando terceiros de boa-fé e deixando-os à mercê das possíveis consequências dos atos ilícitos executados.

É exatamente nesse ponto que se socorre à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a qual foi criada para inibir o abuso da personalidade jurídica por meio de atos praticados com o intuito de causar o desvio da finalidade ou a confusão patrimonial, conforme os requisitos expressamente consagrados pelo artigo 50 do Código Civil.

Em função do aumento de frequentes casos práticos envolvendo a atividade empresarial sendo utilizada de forma contrária à sua razão social, os prejudicados e os interessados viram-se forçados a pleitear a desconsideração da personalidade jurídica para o fim de que a manipulação ocultada seja descoberta e, assim, as obrigações recaiam sobre o verdadeiro responsável.

Muito embora o instituto da desconsideração da personalidade jurídica já tenha sido consagrada pela legislação brasileira, o referido tema merece ser melhor explorado, pois é um tema atual e que vem sendo utilizado frequentemente como solução para combater a prática ilícita da atividade empresarial por meio do desvio da finalidade ou confusão patrimonial.

Tamanha a sua contemporaneidade que se criou a possibilidade inversa da desconsideração da personalidade jurídica quando foi identificado que os casos práticos apresentavam a sua espécie de forma contrária, ou seja, o membro da empresa integralizando os seus bens particulares no patrimônio da empresa para ocultar-se de obrigações contraídas em seu próprio nome como pessoa física.

O projeto do Novo Código de Processo Civil prevê expressamente o incidente da desconsideração da personalidade jurídica, regulando sobre os requisitos necessários, procedimento, cabimento e efeitos processuais.

Atualmente, não há obrigatoriedade na forma como tal pleito é “levantado” nos autos do processo judicial, todavia, a tendência do Novo Código de Processo Civil é definir em lei

que a sua propositura deverá ser na forma incidental e em qualquer momento do processo de conhecimento, do cumprimento de sentença ou da execução de título extrajudicial.

A necessidade do tema da desconsideração da personalidade jurídica ser empregado no Novo Código de Processo Civil é evidente, pois, costumeiramente, criou-se um trâmite, o qual causa diversas divergências jurisprudenciais em razão desta lacuna.

Verifica-se, então, que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é um tema que merece atenção, pois a sua má aplicação pode gerar consequência irreversíveis nos patrimônios envolvidos, sejam estes da pessoa jurídica ou da pessoa física.

Além do mais, importa ressaltar que o magistrado deve analisar tal pedido com demasiada cautela, pois o deferimento indevido causará uma invasão patrimonial e a prática dos atos executórios poderão gerar prejuízos de tamanha escala que talvez o simples ressarcimento não possa encobrir, sem contar o constrangimento que a pessoa de boa-fé possa vir a sofrer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. Manual da Execução. 15ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012;

BIANQUI, Pedro Henrique Torres. Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil. São Paulo, Editora Saraiva, 2011;

BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Executiva. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013;

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. Salvador: JusPODIVM, 2006;

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Execução. Volume 5. 5ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2013;

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Volume 4. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, Maria Helena. "Curso de Direito Civil Brasileiro". V.1, 18º ed, São Paulo: Saraiva, 2002.

FREITAS, Elizabeth C. Martins. Desconsideração da Personalidade Jurídica . 2ª Ed. 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Curso de direito civil brasileiro – Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. A Desconsideração da Personalidade Jurídica (*Disregard doctrine*) e os grupos de empresas. 3ª edição. São Paulo: Editora Forense, 2011;

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código de Processo Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 7ª edição. São Paulo: Editora Manole, 2008;

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 32ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil: Execução. Volume 3. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012;

MEDINA, José Miguel Garcia. Processo Civil Moderno: Processo de Execução e Cumprimento de Sentença. Volume 3. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013;

MEDINA, José Miguel Garcia. Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC, 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012,

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. V. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOUZA, André Pagani de. Desconsideração da Personalidade Jurídica. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011;

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 48ª ed. rev. e atual., São Paulo: Forense, 2013;

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

WALD, Arnold. Comentários ao Novo Código Civil. Volume 14: livro 2. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.