

**COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO,
APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO- COGEAE/PUC-SP**
Especialização em Direito Processual Civil

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Aspectos Jurídicos

Juliana Marantes Marchiori

Professor Orientador: Rogerio Licastro Torres de Mello

São Paulo

2011

**COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO,
APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO- COGEAE/PUC-SP**
Especialização em Direito Processual Civil

A desconsideração da personalidade jurídica:

Aspectos Jurídicos

Juliana Marantes Marchiori

Professor Orientador: Rogerio Licastro Torres de Mello

Monografia apresentada à
COGEAE/PUC-SP como requisito parcial
para a obtenção do certificado de
especialização em Direito Processual
Civil.

São Paulo

2011

MARCHIORI, Juliana Marantes.

Da desconsideração da personalidade jurídica :
aspectos jurídicos / Juliana Marantes Marchiori – 2011.
62 f.

Trabalho de conclusão de curso (Especialização
em Direito Processual Civil) – Coordenadoria Geral de
Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia
Universidade Católica, São Paulo, 2011.

Bibliografia: f. 59-62.

Agradecimentos

À minha família pelo amor, carinho e dedicação.

Ao meu orientador, Prof. Rogerio Licastro Torres de Mello, por ter despertado em mim o interesse em Direito Processual Civil ainda nas aulas de prática que cursei na faculdade, nos incentivando com a expressão “yes, you can” e por ter me trazido tanto conhecimento nas aulas da especialização.

A todos meus amigos que cursaram a Especialização na COGEAE/PUC-SP comigo, dando força para nos dedicarmos às aulas mesmo após um longo dia de trabalho e até transformando-as em uma experiência divertida.

Banca Examinadora

Aos meus pais, Dante Sante Andrea Marchiori
e Lidia Fernanda Marantes Marchiori,
e ao meu irmão Dino Marantes Marchiori.

RESUMO

A presente monografia aborda a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. Define o conceito de pessoa, de personalidade e da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Aponta as hipóteses de cabimento da desconsideração, comparando o entendimento doutrinário e o jurisprudencial. Discorre sobre a responsabilidade dos sócios ou administradores nos casos de desconsideração e seus limites. Discorre ainda sobre os aspectos processuais do pedido de desconsideração, segundo o entendimento doutrinário e o jurisprudencial. Apresenta a desconsideração na forma inversa. Por fim, aponta a figura da desconsideração da personalidade jurídica no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Desconsideração da Personalidade Jurídica. Responsabilidade. Desconsideração Inversa.

Lista de Abreviaturas e Siglas

apud – citado por

art. – Artigo

arts. – Artigos

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CPC – Código de Processo Civil

CTN – Código Tributário Nacional

Des. – Desembargador

ed. – edição

Op. cit. – obra citada

p. – página

pp. – páginas

Rel. - Relator

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

vol. - volume

v.u. – votação unânime

SUMÁRIO

Introdução, 1

CAPÍTULO 1 – DA PERSONALIDADE E SUA DESCONSIDERAÇÃO, 4

1. 1 Da distinção entre pessoa e personalidade, 4

1. 2 Do conceito e finalidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica,
6

CAPÍTULO 2 – DO CABIMENTO DO PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO, 12

2. 1 Das formas societárias, 12

2. 2 Da teoria maior e da teoria menor, 16

2. 2. 1 Da teoria maior, 17

2. 2. 1. 1 Do desvio de finalidade, 23

2. 2. 1. 2 Da confusão patrimonial, 25

2. 2. 2 Da teoria menor, 26

CAPÍTULO 3 – DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL NA
DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, 30

3.1. Dos limites da responsabilidade, 35

CAPÍTULO 4 – DO PROCEDIMENTO DO PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO, 39

4. 1 Da forma do pedido, 39

4. 2 Da citação do sócio : necessidade e forma, 43

4. 3 Do contraditório e da ampla defesa, 45

4. 4 Do recurso, 47

CAPÍTULO 5 – DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA, 49

CAPÍTULO 6 – DA DESCONSIDERAÇÃO SOB A ÓTICA DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL, 52

Conclusão, 54

Bibliografia, 59

INTRODUÇÃO

A presente monografia, apresentada à Especialização em Direito Processual Civil da COGEAE/PUC-SP, foi desenvolvida em torno do tema da desconsideração da personalidade jurídica, especialmente nos processos cíveis.

Como sabido, os operadores do direito enfrentam uma tormentosa saga em busca de bens capazes de satisfazer os créditos de seus clientes em ações de execução ou em execuções de sentença, haja vista a dificuldade na localização de bens das sociedades devedoras ou mesmo na localização da própria empresa para sua citação, por exemplo.

Nas últimas décadas houve uma verdadeira explosão no surgimento de empresas e empresários, devido à suavização dos requisitos para constituição e registro de novas empresas e aos incentivos fiscais criados para estimular o empreendedorismo.

No mais, as empresas têm buscado se unir através de grandes grupos econômicos e multinacionais, dificultando ainda mais a identificação do verdadeiro credor e muitas vezes, tornando difícil o acesso à empresa do grupo a qual realmente possui ativo financeiro.

Não obstante, cada vez mais se visa isolar e proteger os bens pessoais dos sócios, por exemplo, com a recente criação da Eireli – Empresas individuais de responsabilidade limitada – onde antes, sem esta forma societária, os empresários individuais respondiam com seu patrimônio pessoal pelos seus negócios e agora haverá a autonomia patrimonial com a instituição da Eireli.

Ocorre que o legislador, ao proporcionar incentivos fiscais e desembaraços para a criação de empresas, deve também atentar à proteção do terceiro de boa-fé que pode, eventualmente, ser prejudicado em negócios jurídicos realizados com essas empresas.

Isto porque, muitos empresários se aproveitam da criação de pessoas jurídicas para atuarem fraudulentamente no mercado, se fazendo valer da distinção da personalidade jurídica do sócio e da empresa, utilizando-a como um escudo para proteção de seu patrimônio pessoal, portanto, utilizando o artifício da autonomia patrimonial para frustrar interesse dos credores.

Principalmente, nos casos das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, pelas quais os sócios acreditam também que só responderão até o limite da sua quota no capital social, driblando a lei e blindando seu patrimônio pessoal em prejuízo de terceiros.

Nesta esteira, mister se faz citar as sábias palavras de Sílvio de Salvo Venosa:

Se a pessoa jurídica é mola propulsora para a economia, também pode servir de instrumento para atos contrários à Moral e ao Direito. São os chamados de crimes de “colarinho branco” praticados por pessoas jurídicas; seus danos são tão grandes ou até maiores que os crimes praticados por assaltantes à mão armada; são transgressões da lei que se mostram de forma indolor, mas que ocasionam, ou podem ocasionar, ruínas financeiras profundas na economia não só da pessoa jurídica como também do próprio Estado, que as têm como que sob manto protetor.¹

Não obstante, existem casos de pura inexperiência, de empresários que não são do ramo e devido à facilidade de constituição de uma pessoa jurídica, acabam por operá-la negligentemente, contraindo inúmeras obrigações sendo que, por má-administração, não conseguem honrar todos os seus compromissos, prejudicando terceiros de boa-fé.

Assim, são necessários alguns cuidados e cautelas para que a intensão do Estado de incentivar o empreendedorismo no Brasil, não seja maliciosamente deturpada por alguns empresários, provocando o inadimplemento em massa e, conseqüentemente, a insegurança econômica nas relações comerciais.

Por estas razões, o legislador já criou alguns institutos que permitem que, em determinados casos, seja desconsiderada a personalidade jurídica da empresa, para que os bens pessoais dos sócios respondam pela dívida assumida pela sociedade.

No entanto, o que se observa é que na prática, ou seja, processualmente, há divergências na aplicação desta exceção, bem como não há uma padronização específica de seu procedimento, de maneira que, às vezes, há abuso na utilização desta exceção e outras vezes há uma rigidez excessiva impedindo sua aplicação.

¹VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil* : parte geral. v. 1. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 251.

Desta forma, o presente trabalho procura esclarecer quais são as hipóteses de cabimento da desconsideração da personalidade jurídica e também qual o procedimento que deve ser adotado para o processamento deste pedido, especialmente no processo civil.

CAPÍTULO 1 – DA PERSONALIDADE E SUA DESCONSIDERAÇÃO

1. 1 Da distinção entre pessoa e personalidade

A “pessoa”, na concepção da doutrina tradicional e contemporânea, é o ente físico ou moral suscetível de direitos e obrigações.²

Assim, verifica-se que no ordenamento jurídico brasileiro atual, segundo os arts. 1º e 40 do Código Civil de 2002³, existem dois tipos de “pessoas”, a pessoa natural ou física e a pessoa moral ou jurídica.

A pessoa natural⁴ corresponde ao ente físico citado acima. Portanto, todo ser humano é considerado uma pessoa física ou natural e, conseqüentemente, sujeito de direito e de relações jurídicas.

Já a pessoa jurídica⁵ corresponde ao ente moral ou coletivo. Isto porque, se trata de uma entidade fictícia, composta direta ou indiretamente por pessoas físicas, a fim de alcançar um objetivo em comum. No entanto, a referida entidade fictícia possui seus próprios direitos e obrigações.

Logo, cada uma das pessoas, seja física ou jurídica, configura um ente único e que não deve ser confundido, pois cada um possui seus direitos e deveres individuais. Portanto, a pessoa jurídica e as pessoas físicas que a compõe não podem ser consideradas uma só pessoa, tampouco serem confundidas, pois são pessoas distintas.

Este é o significado princípio do *universitas distat a singulis*.⁶

Nesse sentido, o nobre doutrinador Fran Martins apresenta com clareza a individualidade da pessoa jurídica e sua distinção da pessoa física que a compõe:

É a pessoa jurídica o ente incorpóreo que, como as pessoas físicas, pode ser sujeito de direitos. Não se confundem, assim, as pessoas jurídicas com as pessoas físicas, as quais deram lugar ao seu nascimento; ao contrário, delas se distanciam, adquirindo patrimônio autônomo e exercendo direitos

² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, v. 1 : parte geral*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 64.

³ “Art. 1º - Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”

“Art. 40 - As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.”

⁴ “Pessoa Natural. Direito Civil. Ser humano considerado como sujeito de direitos e obrigações.”
DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico Universitário*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 453.

⁵ “Pessoa Jurídica. Direito Civil. Unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações.”
Idem.

⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. Cit. p. 137.

em nome próprio. Em razão disso, as pessoas jurídicas têm nome particular, como aquelas físicas, domicílio, nacionalidade; podendo estar em juízo, como autoras, ou na qualidade de réis, sem que isso reflita na pessoa daqueles que as constituíram. Por último, têm vida autônoma, muitas vezes superior às das pessoas que a formaram; em alguns casos, a mudança de estado dessas pessoas não irradia efeitos na estrutura das pessoas jurídicas, de molde a variar as pessoas físicas que lhes deram origem sem que tal fato incida no seu organismo.⁷

No entanto, para o presente trabalho, é de suma importância distinguir a pessoa e da personalidade.

Toda pessoa é dotada de personalidade, que por sua vez “*exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações*”.⁸

Portanto, pessoa é o ente físico ou moral, já a personalidade é o conjunto de poderes para adquirir direitos e obrigações e a capacidade, por sua vez, é o poder de exercer ou não esses direitos e obrigações.

Nesta esteira, urge citar o nobre doutrinador Marcus Cláudio Acquaviva, em sua obra “Dicionário Jurídico Acquaviva” que delimita precisamente a distinção entre pessoa, personalidade e capacidade, *verbis*:

Na linguagem jurídica, portanto, *pessoa* é sinônimo de sujeito de direitos.

[...]

Ora, afirmar que o homem tem capacidade para ser titular de direitos implica concluir que ele tem *personalidade*. O que é personalidade? Ainda Clóvis Beviláqua a define como “a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 9. Ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1951 v.I, pp. 180-2). Pode-se dizer, entretanto, que a capacidade de *adquirir* direitos não se confunde com a capacidade de *exercê-los* pessoalmente, já que aquela, comum a todas pessoas, não se confunde com esta, de que são privados, em maior ou menor escala, os absolutamente e os relativamente incapazes (CC: arts. 3º e 4º).⁹

Segundo os ensinamentos do ilustre Silvio Rodrigues, pessoas jurídicas são “*entidades a que a lei empresta personalidade. Isto é, seres que atuam na vida*

⁷ MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 31. ed. Rio de Janeiro: Atual, 2008. p. 184.

⁸ PEREIRA, Caio M.S. *apud* DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 1 : teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116.

⁹ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Acquaviva*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2008. p. 619.

*jurídica, com personalidade diversa da dos indivíduos que os compõem, capazes de serem sujeito de direitos e obrigações na ordem civil*¹⁰.

De acordo com o exposto acima, a pessoa jurídica e as pessoas físicas que a compõe não podem ser confundidas e, assim, conseqüentemente, as personalidades jurídicas de cada uma também não o podem ser.

1. 2 Do conceito e finalidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica

A importância da distinção entre pessoa e personalidade é crucial para o presente trabalho, uma vez que este trata da desconsideração da personalidade jurídica e não da pessoa.

Segundo Venosa, “*não se trata de considerar sistematicamente nula a pessoa jurídica, mas, em caso específico e determinado, não a levar em consideração. Tal não implica, como regra geral, negar validade à existência da pessoa jurídica*”¹¹.

O objetivo da desconsideração da personalidade jurídica é fazer com que os sócios, ou seja, pessoas físicas ou jurídicas que compõe a empresa, respondam pelas obrigações assumidas por esta última, corrigindo-se manobras fraudulentas praticadas pelos sócios.

Portanto, não há que se falar em desconsideração da pessoa jurídica, uma vez que a pessoa jurídica continuará a existir e exercer suas funções. No caso, estaremos diante da desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, do conjunto de deveres e obrigações assumidas pelas pessoas jurídicas.

Não obstante, apesar de alguns autores adotarem a terminologia “despersonalização da pessoa jurídica”¹², outros autores se posicionam contra esta denominação, sob o fundamento apresentado com propriedade por Suzy Koury:

¹⁰ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1967. p. 92.

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit. p. 301.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit. p. 300.

Realmente, é apropriado deixar bem clara a distinção entre *despersonalização* e *desconsideração* da personalidade jurídica. Na primeira, visa-se à anulação da personalidade jurídica, fazendo-se desaparecer a pessoa jurídica como nos casos de invalidade do contrato social ou de dissolução de sociedades. Na segunda, o que se pretende é desconsiderar a forma da pessoa jurídica, no caso particular, sem negar sua personalidade de maneira geral.¹³

Destarte, a responsabilidade patrimonial pelas obrigações assumidas pela empresa serão transferidas para seus sócios.

Deste modo, segundo Washington de Barros Monteiro:

Se a pessoa jurídica, no desempenho de suas atividades, afasta-se de suas finalidades, ou seus integrantes valem-se da personalidade jurídica para a prática de atos lesivos a terceiros, pode o juiz determinar que os efeitos patrimoniais se estendam aos bens particulares dos responsáveis.¹⁴

Nesse mesmo sentido é o entendimento de José Edwaldo Tavares Borba:

Não tem essa doutrina o alcance de anular a personalidade jurídica, mas o de afastá-la em situações específicas, nas quais, com efeito, não tenha agido a sociedade segundo seus interesses, mas os sócios, que a manipularam como instrumento de pretensões pessoais.¹⁵

Note-se que nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, não há, em hipótese alguma, que se falar em dissolução da sociedade, esta permanecerá plenamente existente no universo jurídico, ocorrerá apenas a perda de sua eficácia no caso concreto.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica teve origem no direito germânico e no *commom law*.

Essa teoria é denominada de “disregard of legal entity” ou “disregard doctrine” no direito anglo-saxão, de “Durchgriff der juristischen Person” no direito alemão, de “superamento della personalit  giuridica” no direito italiano, “teoria de la penetración de la sociedad” no direito argentino, “mise   l’ cart de la personnalité morale” no direito francês, dentre outros.¹⁶

¹³ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsidera o da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 88.

¹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit. p. 139.

¹⁵ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 34.

¹⁶ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. Op. cit. p. 65.

A primeira sistematização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi feita pelo alemão Rolf Serick em sua obra *Rechtsform und Realität juristischer Personen* na metade dos anos 50.¹⁷

Já o primeiro caso prático no qual foi aplicado a teoria da *disregard of legal entity* surgiu na Inglaterra, em 1897, no litígio *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*¹⁸

No entanto, foram os Tribunais norte americanos que desenvolveram esta teoria aperfeiçoando-a.

Contudo, “*nos Estados Unidos essa doutrina só tem sido aplicada nas hipóteses de fraudes comprovadas, em que se utiliza a sociedade como um mero instrumento ou simples agente do acionista controlador*”¹⁹.

No direito brasileiro o pioneiro nos estudos e defesa da desconsideração da personalidade jurídica foi o renomado doutrinador Rubens Requião. Mesmo quando ainda não havia previsão legal para o referido instituto, Requião defendia sua aplicação na doutrina e jurisprudência.²⁰

Porém, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica já se encontra devidamente regulamentada, em nosso ordenamento jurídico brasileiro, pelo art. 50 do Código Civil:

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.

Ressalte-se que outras legislações nacionais preveem também hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, que inclusive são anteriores à norma civilista, como por exemplo o art. 4º da Lei 9.605/98 que regula os crimes ambientais²¹, o art. 2º, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho²², o art. 18 da Lei

¹⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 175.

¹⁸ BORBA, José Edwaldo Tavares. Op. Cit. p. 33.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 1*. Op. cit. p. 319.

²⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, volume 2 : direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 55.

²¹ “Art. 4º - Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”

8.884/94 que representa a Lei Antitruste²³ e o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor:

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

Contudo, conforme exposto anteriormente, o enfoque da presente pesquisa é a desconsideração da personalidade jurídica no processo civil.

Assim, ao interpretarmos a premissa do Código Civil, verificamos que apenas o juiz de direito, nos autos de uma ação judicial, a pedido da parte ou do Ministério Público, poderá declarar a desconsideração da personalidade jurídica de determinada empresa.

Neste contexto, frise-se que a desconsideração da personalidade jurídica da empresa será válida e poderá ser utilizada apenas naquela demanda judicial, entre aquelas partes litigantes.

Com relação às demais obrigações assumidas pela empresa será mantida a integridade de sua personalidade jurídica. *“Com isso, subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios, mas tal distinção é afastada, provisoriamente, para um caso concreto”*²⁴.

Nesse sentido são os ensinamentos de Maria Helena Diniz, *ipsis litteris*:

A doutrina da desconsideração da pessoa jurídica visa impedir a fraude contra credores, levantando o véu corporativo, desconsiderando a personalidade jurídica num dado caso concreto, ou seja, declarando a ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, portanto, para outros fins permanecerá incólume. Com isso, alcançar-se-ão pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos,

²² “Art. 2º, § 2º - 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.”

²³ “Art. 18 - A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 1*. Op. cit. p. 325.

pois a personalidade jurídica não pode ser um tabu que entrave a ação do órgão judicante, [...]”²⁵

Frise-se que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica é uma forma de punição aos membros de uma sociedade que a utilizam para fins indevidos e abusivos, punição esta resumida à imputação de responsabilidade patrimonial.

A desconsideração da personalidade jurídica é uma medida utilizada para repressão e reparação de atos fraudulentos.

Um dos maiores doutrinadores e conhecedores do presente tema, Fábio Ulhoa Coelho, define com clareza a finalidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica:

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica visa, justamente, a impedir que essas fraudes e esses abusos de direito, perpetrados com utilização do instituto da pessoa jurídica, se consumam. É uma elaboração teórica destinada à coibição das práticas fraudulentas que se valem da pessoa jurídica. E é, ao mesmo tempo, uma tentativa de preservar o instituto da pessoa jurídica, ao mostrar que o problema não reside no próprio instituto, mas no mau uso que se pode fazer dele. Ainda é uma tentativa de resguardar a própria pessoa jurídica que foi utilizada na realização da fraude, ao atingir nunca a validade de seu ato constitutivo, mas apenas a sua eficácia episódica.²⁶

E mais:

O objetivo da teoria da *desconsideração da personalidade jurídica* (*disregard doctrine* ou *piercing the veil*) é exatamente possibilitar a coibição da fraude, sem comprometer o próprio instituto da pessoa jurídica, isto é, sem questionar a regra da separação de sua personalidade e patrimônio em relação a de seus membros. Em outros termos, a teoria tem o intuito de preservar a pessoa jurídica e sua autonomia, enquanto instrumentos jurídicos indispensáveis à organização da atividade econômica, sem deixar ao desabrigo terceiros vítimas de fraude.²⁷

No entanto, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não pode ser amplamente nem arbitrariamente aplicada, sua aplicação exige cautela, pois deve ser utilizada apenas em casos excepcionais, atendidos determinados

²⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 1*. Op. cit. p. 324.

²⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 1.

²⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Op. cit. p. 56.

requisitos. Ressalte-se que a regra continua sendo o princípio da autonomia patrimonial.

Os requisitos para a aplicação da desconsideração são bem específicos, referem-se basicamente ao desvirtuamento do uso e finalidade da pessoa jurídica.

Desta forma, mister se faz analisar em quais cenários seria aplicável a teoria ora estudada e sob quais condições.

CAPÍTULO 2 – DO CABIMENTO DO PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO

2. 1 Das formas societárias

A priori, antes de fazermos uma análise propriamente dita sobre os casos nos quais são cabíveis os pedidos de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, é necessário fazer uma breve apresentação das diversas formas

societárias existentes em nosso ordenamento pátrio, uma vez que do próprio tipo de empresa é possível verificar se há fundamento para o pedido.

O Código Civil brasileiro elenca em seus artigos 40 a 52 as entidades denominadas pessoas jurídicas.

Inicialmente mister se faz distinguir as pessoas jurídicas de direito público com as pessoas jurídicas de direito privado.

As pessoas jurídicas de direito público, interno ou externo, estão indicadas nos arts. 41²⁸ e 42²⁹ do CC.

Todavia, observa-se que no caso das pessoas jurídicas de direito público é incabível o pedido de desconsideração, isto porque, *“são elas responsabilizadas civilmente por atos de seus representantes que se beneficiem dessa qualidade utilizando a pessoa jurídica para prejudicar terceiros, ressalvado o direito de regresso contra os causadores, não se podendo falar em aplicação da teoria da desconsideração.”*³⁰

No entanto, Washington de Barros Monteiro afirma que as *“demais entidades que compõe a denominada administração indireta ou descentralizada, designadas paraestatais e integradas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, têm personalidade jurídica de direito privado (...)”*³¹

Portanto, haja vista que as paraestatais e sociedades de economia mista possuem personalidade jurídica de direito privado, estas sim, são suscetíveis de desconsideração da personalidade jurídica.

²⁸ “Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.”

²⁹ “Art. 42. São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público.”

³⁰ SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1999. p. 26.

³¹ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit. p. 142.

Já as pessoas jurídicas de direito privado, que assumem uma posição de mais destaque no presente trabalho, podem ser divididas da seguinte maneira, segundo Maria Helena Diniz³²:

- fundações particulares: que representam uma universalidade de bens, destinada a um fim estipulado pelo fundador;
- associações: quando não há fim lucrativo ou intenção de dividir o resultado e seu objeto é essencialmente cultural, beneficente, esportivo ou moral;
- sociedades simples: nas quais visa-se um fim econômico ou lucrativo que deve ser repartido entre os sócios, alcançado por meio do exercício de certas profissões ou por prestação de serviços técnicos;
- sociedades empresárias: nas quais visa-se o lucro por meio do exercício de atividade econômica organizada voltada à produção e circulação de bens e serviços;
- partidos políticos: associação civil que visa assegurar a autenticidade do sistema representativo do país.

Contudo, Alexandre Couto Silva delimita especificamente quais dessas pessoas jurídicas de direito privado estão sujeitas à desconsideração da personalidade jurídica:

Outro requisito importante para viabilizar a aplicação da teoria da desconsideração é a existência de responsabilidade limitada.

[...]

Diante de tais afirmativas pode-se restringir a aplicação da teoria a apenas dois tipos societários, que são as sociedades anônimas e as sociedades por cotas de responsabilidade limitada. Os outros tipos societários que misturam responsabilidade limitada e ilimitada não nos interessam, pois os sócios dirigentes sempre serão responsabilizados ilimitadamente.³³

Logo, denota-se que apenas as sociedades empresárias são objeto de estudo quando tratamos de desconsideração da personalidade jurídica,

³² DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico Universitário*. Op. cit. p. 453.

³³ SILVA, Alexandre Couto. Op. cit. p. 26.

especificamente as sociedades anônimas e as sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

Amador Paes de Almeida ainda inclui nesse rol de sociedades com sócios de responsabilidade limitada, os sócios comanditários na sociedade em comandita simples e os acionistas das sociedades em comandita por ações.³⁴

Não obstante, Maria Helena Diniz salienta que nos casos das cooperativas, se em seus atos constitutivos estiver estipulado que o sócio tem responsabilidade limitada³⁵, caberá desconsideração.

Em todas as outras formas de sociedade, a responsabilidade do sócio é ilimitada e este responde, portanto, pelas dívidas sociais, independentemente se subsidiariamente ou solidariamente.

Frise-se que as sociedades devem ter personificação para que possa haver a autonomia patrimonial e eventualmente a sua desconsideração.

A mencionada personificação ocorre com o respectivo registro, segundo os arts. 45³⁶ e 998³⁷ do CC.

Sem o registro, estaremos diante de uma sociedade irregular. Já em casos de sociedades eivadas de vícios insanáveis, depara-se com as sociedades de fato.

Hoje em dia as sociedades irregulares são denominadas sociedade em comum, prevista no art. 986³⁸ do CC.³⁹

³⁴ ALMEIDA, Amador Paes de. *Execução de bens dos sócios : obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas : da desconsideração da personalidade jurídica : (doutrina e jurisprudência)*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. pp. 44/45.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 8 : direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 262.

³⁶ “Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.”

³⁷ “Art. 998. Nos trinta dias subseqüentes à sua constituição, a sociedade deverá requerer a inscrição do contrato social no Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local de sua sede.”

³⁸ “Art. 986. Enquanto não inscritos os atos constitutivos, reger-se-á a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples.”

³⁹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 411.

Em ambos os casos a responsabilidade de seus sócios é solidária e ilimitada⁴⁰, portanto, não há necessidade de desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade como estas uma vez que a personalidade inexistente e os sócios respondem solidariamente com a sociedade pelas obrigações assumidas.

A fim de aclarar e corroborar o supra explanado, cabe citar os entendimentos do renomado doutrinador Amador Paes de Almeida:

Assim, em que pesem opiniões divergentes, entendemos que a sociedade irregular ou de fato não tem personalidade jurídica, ...

[...]

Inexistindo personalidade jurídica, inexistirá, igualmente, separação patrimonial, constituindo-se uma universalidade única os bens particulares e dos respectivos sócios, daí resultando, para estes últimos, responsabilidade ilimitada e solidária pelos débitos societários.⁴¹

No mais, com relação aos empresários individuais, atualmente, não se fala, tampouco, em desconsideração da personalidade jurídica. Isto porque, não há distinção patrimonial entre os bens pessoais dos empresários individuais e da empresa individual. Logo, não há necessidade de desconsideração uma vez que o mesmo responde pessoalmente pelas dívidas de sua empresa individual, configurando responsabilidade ilimitada. Nesse sentido:

Em se tratando de empresário individual, inexistente um patrimônio distinto. Os bens particulares e os bens negociais formam um patrimônio único. Assim, na eventualidade de dívidas contraídas em decorrência de atividade comercial, tanto os bens particulares quanto os destinados ao exercício do comércio responderão pelo cumprimento das obrigações existentes.⁴²

Contudo, note-se que a Lei nº 12.441/11, aprovada em 11 de julho de 2011, incluiu a Eireli – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – no rol das pessoas jurídicas de direito privado, mais especificamente no inciso VI do art. 44 do CC. Frise-se que esta lei só entrará em vigor 180 (cento e oitenta) dias após sua publicação.

Portanto, a partir da entrada em vigor da referida lei, haverá também a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica das Eirelis, uma vez que a responsabilidade de seu sócio será limitada.

⁴⁰ REQUIÃO, Rubens. Op. cit. p. 412.

⁴¹ ALMEIDA, Amador Paes de. Op. cit. p. 15.

⁴² ALMEIDA, Amador Paes de. Op. cit. p. 43.

Nesse contexto, urge citar que em artigo veiculado na Revista Tribuna do Direito⁴³, fora afirmado que a Presidente Dilma Rousseff vetou o § 4º da Lei da Eireli que estabelecia que o patrimônio social não iria se confundir “em situação alguma” com o patrimônio pessoal o sócio.

Desta forma, verifica-se justamente que o referido parágrafo fora vetado uma vez que se aprovado, impossibilitaria a desconsideração da personalidade jurídica da Eireli em razão da expressão “em situação alguma”.

Logo, pode-se dizer que as formas societárias que nos interessam para o presente trabalho são as sociedades anônimas e as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, pois nessas é que são permitidos pedidos de desconsideração da personalidade jurídica, bem como são as mais comuns em nosso país.

2. 2 Da teoria maior e da teoria menor

Fábio Ulhoa Coelho, antigamente, preferiu dividir a aplicação desconsideração da personalidade jurídica em duas teorias, a teoria maior, tida para ele como “correta” e a teoria menor tida como “incorreta”.⁴⁴

A Ministra Nancy Andrade Andrichi, em acórdão citado por André Pagani de Souza aponta claramente a diferença entre a teoria maior e a teoria menor:

“A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. Pela teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa

⁴³ REVISTA TRIBUNA DO DIREITO. *Nova lei cria novo tipo de empresa: Eireli*. São Paulo: Ano 19, nº 220, Agosto de 2011. p. 21.

⁴⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Op. cit. pp. 63/67.

ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica” (STJ, 3a Turma, RESP 279.273/SP, rel. Nancy Andrighi, j. 4-12-2003, não conheceram dos recursos, por maioria, DJ 29-3-2004, p. 230).⁴⁵

Da análise da ementa acima transcrita observa-se as denominações teoria subjetiva e objetiva, que segundo Ulhoa, tal distinção está relacionada à prova: “*Pela formação subjetiva, os elementos autorizadores da desconsideração são a fraude e o abuso de direito; pela teoria objetiva, a confusão patrimonial. A importância dessa diferença está ligada à facilitação da prova em juízo*”⁴⁶, conforme restará demonstrado a seguir.

Apesar de Ulhoa formular tal distinção entre teoria maior e teoria menor, ele afirma que atualmente não é mais necessária essa distinção pois a desconsideração já vem sendo aplicada de maneira correta.⁴⁷ No entanto, discordamos desta afirmação, conforme se verá a seguir.

2. 2. 1 Da teoria maior

A teoria maior exige pressupostos mais profundos e concretos para hipóteses autorizadas de desconsideração da personalidade jurídica. *In casu*, os pressupostos mais comuns para a desconsideração é a verificação e comprovação de uso fraudulento ou abusivo da pessoa jurídica por seus sócios.

Alguns doutrinadores possuem opiniões mais rígidas com relação às hipóteses de cabimento do pedido de despersonalização e outros já são mais flexíveis.

Utilizando-se as denominações criadas por Fábio Ulhoa Coelho, pode-se dizer que a grande maioria dos doutrinadores adota a teoria maior, ou seja, aquela que exige pressupostos mais rigorosos para a desconsideração, sendo que a teoria menor é encontrada apenas na jurisprudência.

⁴⁵ SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da personalidade jurídica : aspectos processuais*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 38.

⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Op. cit. p. 64.

⁴⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Op. cit. p. 67.

No entanto, quando falamos que os doutrinadores adotam a teoria maior, é necessário especificar os diversos tipos de requisitos trazidos pelos doutrinadores, que não são sempre os mesmos.

Alguns doutrinadores seguem estritamente a regra estipulada no art. 50 do CC, que define que o abuso da personalidade jurídica é que enseja a desconsideração da personalidade, sendo que como abuso de personalidade o legislador entendeu ser o desvio de finalidade e a confusão patrimonial.

Este é o entendimento, por exemplo, da ilustre doutrinadora Maria Helena Diniz, que leciona que a desconsideração é cabível estritamente nas hipóteses previstas pelo art. 50 do CC. Nesta esteira, define desvio de finalidade como sendo o objetivo diverso do ato constitutivo com o intuito de prejudicar alguém e o mau uso da finalidade social e, por outro lado, a confusão patrimonial é a mistura do patrimônio social com o particular do sócio, causando danos a terceiros.⁴⁸

Cândido Dinamarco também entende que a desconsideração só é cabível nas hipóteses apontadas no art. 50 do CC, portanto, para ele é necessário o mau uso da sociedade. Ademais, faz uma ressalva sobre o referido instituto: “*é ilegal e ilegítima sua imposição simplesmente como expediente destinado a encontrar bens, quando a pessoa jurídica não tem bens suficientes para responder*”⁴⁹.

Portanto, para Cândido Dinamarco a fraude, a má-fé dos controladores da pessoa jurídica, é essencial para que se permita a desconsideração e não só, entende também que a prova é pressuposto indispensável: “*como fraude não se presume, em cada caso é indispensável que a parte interessada na desconsideração alegue e prove os fatos que a legitimam perante a ordem jurídica*”⁵⁰. Logo, o ônus da prova da fraude ou abuso é da parte que requereu a desconsideração.

Contudo, Silvio Venosa⁵¹ possui um outro enfoque, mais flexível, ao tratar da desconsideração. Para ele, cada pedido deve ser analisado no caso concreto, pois é impossível enumerar as diversas hipóteses de fraude, podendo ocorrer fraude

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 1*. Op. cit. p. 325.

⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 120/121.

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 121.

⁵¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit. p. 303.

ao contrato, fraude à lei, fraude contra credores, sendo que o juiz deve onerar o patrimônio dos verdadeiros responsáveis, sempre que houver um injusto prejuízo a um terceiro.

Ademais, o abuso da personalidade jurídica, segundo Venosa, deve ser examinado sob o prisma da boa-fé objetiva e “*nem sempre deve ser avaliada com maior profundidade a existência do dolo ou culpa*”⁵².

Dessa mesma corrente mais flexível, faz parte Washington de Barros Monteiro, uma vez que o mesmo tende a aceitar jurisprudência pátria, que como falamos acima, adota a teoria menor:

Efetivamente, a jurisprudência tem autorizado a desconsideração nas seguintes hipóteses: a) abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contratos sociais, estado de insolvência e encerramento ou inatividade da pessoa jurídica por má administração; b) abuso da personalidade jurídica, caracterizada pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.⁵³

Na visão de José Edwaldo Borba, é imprescindível que se verifique que, por má-fé, dolo ou atitude temerária, a sociedade estivesse sendo empregada não para o exercício regular de suas atividades, mas para os desvios ou aventura de seus titulares.⁵⁴

Amador Paes Bueno também segue a linha dos doutrinadores que admitem a desconsideração somente nos termos do art. 50 do CC. Todavia, ele ainda inclui como sendo casos de fraude, configurada na confusão patrimonial prevista pelo art. 50 do CC, sociedades de responsabilidade limitada nas quais um dos sócios detém mais de 90% do capital social, afirmando que a fraude está configurada, pois o empresário individual, para não responder por sua atividade com seu patrimônio pessoal, inclui outra pessoa no contrato social da limitada somente para conquistar a separação patrimonial. Nesta esteira, cita o acórdão:

“Execução fiscal – sociedade fictícia – sócio que detém 99,2% do capital social.

Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Execução fiscal com penhora em bens do sócio-gerente. Embargos de terceiro. Sociedade realmente fictícia, em que o sócio-gerente é dono de 99,2% do capital

⁵² Idem.

⁵³ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit. p. 139.

⁵⁴ BORBA, José Edwaldo Tavares. Op. cit. p. 34.

social, sendo o restante 0,8% de sua mãe e de um conchunhado. Assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a do sócio é um princípio básico, não um tabu, e merece ser *desconsiderada* quando a 'sociedade' é apenas um *alter ego* de seu controlador, em verdade comerciante em nome individual." (RT, 592/172)⁵⁵

No mais, urge mencionar que existem alguns casos nos quais os doutrinadores esclarecem que não há necessidade ou não é o caso de desconsideração, haja vista haver legislação própria ou normas específicas que cuidam de sanar a má administração ou atos ilícitos dos sócios, responsabilizando-os pessoalmente pelo ato abusivo.

Logo, de acordo com o verificado acima, podemos notar que alguns doutrinadores e mesmo a jurisprudência aceita o pedido de desconsideração da personalidade quando se depara com a insolvência ou encerramento da pessoa jurídica. No entanto, outros doutrinadores esclarecem que em casos de falência da sociedade não há que se falar em desconsideração, nesses casos a própria Lei de Falências deve ser aplicada.^{56 57}

Outros já entendem que é melhor aplicar a desconsideração a fim de evitar a decretação da falência da empresa, como observado por Calixto Salomão Filho:

Nesse sentido, a desconsideração é um eficaz antídoto contra as situações falimentares, já que permite a proteção do patrimônio social. Ou seja, ver na pessoa jurídica um centro de imputação de direitos e deveres, como fazem com correção os seguidores de Müller-Freienfels, permite utilizar a desconsideração como meio até mesmo de evitar um pedido de falência, preservando a empresa.⁵⁸

Não cabe desconsideração, outrossim, nos casos em que os sócios agem com dolo ou culpa, violando a lei ou estatuto, o chamado "excesso de poder", pois a própria lei imputa a eles, pessoalmente, diretamente aos administradores, a

⁵⁵ ALMEIDA, Amador Paes de. Op. cit. p. 195.

⁵⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit. p. 180.

⁵⁷ BORBA, José Edwaldo Tavares. Op. cit. p. 39.

⁵⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit. pp. 203/204.

responsabilidade por tais atos⁵⁹, como por exemplo o art. 158⁶⁰ da Lei das Sociedades Anônimas.

Nesse sentido, assevera Alexandre Couto Silva:

Muitos doutrinadores têm confundido os casos de desconsideração da personalidade jurídica com responsabilidade pessoal dos sócios-gerentes, administradores e diretores. Estes podem responder pelas dívidas da sociedade quando agem com excesso de poderes ou contrariando dispositivos legais e estatutários. Entretanto, nesses casos não se trata de desconsideração da personalidade jurídica, por inexistir a manipulação da personalidade da sociedade. O que ocorre, na realidade, é que essas pessoas estariam agindo de forma ilícitas, por essa razão, são responsabilizadas.⁶¹

Nesse mesmo sentido:

Veja-se que a figura do excesso de poder em nada se relaciona com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, pois é causa de atribuição pessoal de responsabilidade. Assim, apenas existe excesso de poder quando o administrador de determinada pessoa jurídica age fora dos limites dos poderes a ele conferidos. Desta forma, tal problema é resolvido por meio do instituto da responsabilidade pessoal, e não por meio da desconsideração da personalidade jurídica, ...⁶²

Logo, nos casos em que o sócio, administrador, diretor ou gerente, na sua atividade ligada à empresa, agiu mal de forma ilícita, sem com isso desvirtuar a finalidade da empresa nem manipulá-la, o agente será responsabilizado pessoalmente pelo seu ato, sem necessidade de desconsiderar a personalidade jurídica.⁶³

A desconsideração tem o objetivo de responsabilizar os administradores quando eles utilizam a sociedade aparentemente dentro da lei, mas com desvio de

⁵⁹ ALMEIDA, Amador Paes de. Op. cit. p. 193.

⁶⁰ “Art. 158 - O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II - com violação da lei ou do estatuto.”

⁶¹ SILVA, Alexandre Couto. Op. cit. p. 29.

⁶² SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 86.

⁶³ CASILLO, João *apud* KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. Op. cit. p. 87.

função desta, uso abusivo da sociedade, fraude ou confusão patrimonial, com a finalidade de prejudicar terceiros.⁶⁴

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas esclarece com propriedade quando a desconsideração da pessoa jurídica deverá ser invocada:

Um detalhe que muitos não percebem é que, para que ocorra tipicamente a desconsideração da pessoa jurídica, é preciso que, na situação considerada, os sócios ou administradores não tenham como ser diretamente responsabilizados. Se a lei permite que o sejam, não se trata de desconsideração, mas sim de responsabilização direta, em virtude de ação *ultra vires*, isto é, além das forças do que lhes permitem os estatutos, ou por violação a estes, à lei etc.⁶⁵

A responsabilidade será tratada em capítulo específico do presente trabalho.

Contudo, resta saber o que o legislador quis dizer quando determinou, no art. 50 do CC, que “o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial” ensejam a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade.

O abuso da personalidade jurídica pode ser considerado o gênero, do qual o desvio de finalidade e a confusão patrimonial são espécies. O desvio de finalidade, por sua vez, pode ser dividido nas subespécies, fraude e abuso do direito.

2. 2. 1. 1 Do desvio de finalidade

Nelson Nery Junior disserta sobre o desvio de finalidade afirmando que:

A identificação do desvio de finalidade nas atividades da pessoa jurídica deve partir da constatação da efetiva desenvoltura com que a pessoa jurídica produz a circulação de serviços ou se mercadorias por atividade lícita, cumprindo ou não o seu papel social, nos termos dos traços de sua personalidade jurídica. Se a pessoa jurídica se põe a praticar atos ilícitos ou incompatíveis com sua atividade autorizada, bem como se com sua atividade favorece o enriquecimento de seus sócios e sua derrocada administrativa e econômica, dá-se ocasião de o sistema de direito

⁶⁴ ALMEIDA, Amador Paes de. Op. cit. p. 194.

⁶⁵ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro *apud* SOUZA, André Pagani de. Op. cit. p. 52.

desconsiderar sua personalidade e alcançar o patrimônio das pessoas que se ocultam por detrás de sua existência jurídica.⁶⁶

Conforme exposto acima, o desvio de finalidade mencionado no art. 50 do CC pode ser dividido em duas subespécies, a fraude e o abuso do direito.

A fraude é o artifício malicioso utilizado para prejudicar terceiros e beneficiar o agente ou terceiros, isto é, “a distorção intencional da verdade com o intuito de prejudicar terceiros”⁶⁷, independente de se tratar de credores, já que a desconsideração pode ser utilizada por membros da família do sócio, por exemplo, que não são necessariamente credores, conforme se verá nos capítulos seguintes do presente trabalho.

A fraude deve necessariamente guardar relação com a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, que serve para limitar os riscos da atividade empresarial.

Já o abuso do direito é caracterizado pelo mau uso dos direitos adquiridos pela pessoa jurídica quando da sua personalização para o fim de atingir sua finalidade social. O ato abusivo é contrário à finalidade da sociedade, apesar da ideia de legalidade do ato, ou seja, apesar do ato ser lícito, dentro da lei.⁶⁸

Pedro Batista Martins define brilhantemente o conceito de abuso do direito:

O titular de um direito, que, entre vários meios de realizá-los, escolhe precisamente o que, sendo mais danosos para outrem, não o é mais útil para si, ou mais adequado ao espírito da instituição, comete, sem dúvida, um ato abusivo, atentando contra a justa medida dos interesses em conflito e contra o equilíbrio das relações jurídicas.⁶⁹

Assim, quando existem várias maneiras lícitas de realizar um certo ato, mas os sócios ou administradores optam pela mais prejudicial a terceiros, utilizando

⁶⁶ NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 249.

⁶⁷ SILVA, Alexandre Couto. Op. cit. p. 36.

⁶⁸ SILVA, Alexandre Couto. Op. cit. p. 29.

⁶⁹ MARTINS, Pedro Batista *apud* Fábio Ulhoa Coelho. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Op. cit. p. 58.

o expediente da autonomia patrimonial, há abuso do direito, que deve ser reprimido por meio da desconsideração.

A questão que envolve o abuso do direito é se é essencial que haja a intenção de prejudicar terceiros ou não.

Fábio Ulhoa Coelho defende que as “*concepções de fraude a abuso do direito, no seu tratamento mais moderno, em que o elemento intencional, de ordem subjetiva, já não tem a mesma importância*”.⁷⁰

O mesmo renomado doutrinador comenta sobre a fraude e o abuso do direito para a teoria da desconsideração afirmando que:

Diferem-se fraude e abuso do direito, para formulação subjetiva da teoria da desconsideração, quanto às intermediações entre a intenção de prejudicar terceiro e o dano. Enquanto na fraude, inexistem elementos intermediários, no abuso do direito, a intenção de prejudicar terceiro procura se viabilizar através do exercício de um direito, porém de forma distorcida.⁷¹

Neste contexto, Alexandre Couto da Silva alerta ainda, que:

Não se deve confundir a teoria do abuso de direito com a teoria do ato ilícito ou, ainda, com a fraude. Considera-se ato fraudulento o negócio jurídico tramado para prejudicar credores, em benefício do declarante ou de terceiros. No abuso, o que ocorre é um inadequado uso do direito, mesmo que seja estranho ao agente o próprio propósito de prejudicar o direito de outrem.⁷²

Diante do exposto, denota-se quais hipóteses o legislador entendeu por englobar no conceito de desvio de finalidade para os fins de desconsideração da personalidade jurídica.

2. 2. 1. 2 Da confusão patrimonial

A segunda espécie do abuso da personalidade jurídica é a confusão patrimonial, que segundo o entendimento de Fábio Konder Comparato é requisito

⁷⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Op. cit. p. 61.

⁷¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Op. cit. p. 60.

⁷² SILVA, Alexandre Couto. Op. cit. p. 39.

primordial da desconsideração da personalidade jurídica, apesar de muitos autores não concordarem com ele.

A confusão patrimonial “*decorre da não separação do patrimônio do sócio e da pessoa jurídica por conveniência da entidade moral*”⁷³.

Um exemplo típico de confusão patrimonial é pagamento de contas dos sócios, pessoas físicas, com recursos da pessoa jurídica, ou então, celebração de contrato de aluguel em nome da pessoa jurídica que serve de residência para o sócio.

Todavia, ressalta-se que a desconsideração da personalidade jurídica em função da confusão patrimonial somente se dará no caso de sociedade insolvente. A confusão patrimonial por si só não enseja a desconsideração.⁷⁴

A tese de Comparato é baseada na premissa de que nos casos de confusão patrimonial a desconsideração é fundamental, haja vista que se o próprio controlador da pessoa jurídica, que é o maior interessado na separação patrimonial, não a respeita, por que haveria os juízes de respeitá-la? Caso contrário, seria uma regra unilateral.⁷⁵

2. 2. 2 Da teoria menor

Por outro lado, na teoria menor, tida como incorreta por Fábio Ulhoa Coelho, adota-se, para a aplicação da teoria de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, o pressuposto de que a simples inadimplência, insolvência ou falência da sociedade resulta em imputação da responsabilidade aos sócios ou acionistas.

Portanto, por este pensamento verifica-se que o simples fato da sociedade não possuir patrimônio suficiente para adimplir com suas obrigações já ensejaria a desconsideração da personalidade jurídica e atingiria os bens do sócios solventes.

⁷³ NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. Op. cit. p. 249.

⁷⁴ BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Desconsideração da personalidade jurídica : aspectos processuais*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 142.

⁷⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 362.

Neste cenário, o princípio da autonomia patrimonial se mostra extremamente frágil, uma vez que praticamente em todos os casos seria desconsiderada a personalidade jurídica da empresa em se tratando de cobrança de dívidas.

Contudo, Nelson Nery Junior cita a seguinte ementa:

Deduzindo-se dos autos que a atividade da sociedade foi mal administrada, dando azo ao seu encerramento irregular, tudo com a finalidade de fugir à responsabilidade de tais atos, fica a personalidade jurídica desconsiderada, a fim de que a penhora recaia sobre os bens dos sócios. (TJSP – RT 711/117).⁷⁶

Por outro lado, frisa: “**Encerramento de atividades. Jornada IV STJ 282:** “O encarecimento (sic), por si só, não basta para a caracterizar abuso de personalidade jurídica.”⁷⁷

Já Fábio Ulhoa Coelho se opõe à aplicação da teoria menor asseverando que “*não se justifica o afastamento da autonomia da pessoa jurídica apenas porque um seu credor não pôde satisfazer o crédito que titulariza. É indispensável que tenha havido indevida utilização, a deturpação do instituto*”⁷⁸.

De acordo com os dispositivos legais que autorizam a desconsideração da personalidade, citados no capítulo anterior, verificamos que em todos estão presentes requisitos específicos para o cabimento da exceção em tela, caracterizando a teoria maior.

No entanto, o § 5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor é bem mais amplo, prevendo que “*também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores*”.

Desta forma, ao interpretarmos literalmente o mencionado parágrafo, verifica-se uma relação estrita com o preceito da teoria menor da desconsideração.

Um dos maiores conhecedores do Direito do Consumidor neste país, Rizzatto Nunes, interpreta o referido dispositivo da seguinte maneira:

⁷⁶ NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. Op. cit. p. 250.

⁷⁷ NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. Op. cit. p. 254.

⁷⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Op. cit. p. 59.

O objetivo da lei é garantir o ressarcimento do consumidor, sempre. Veja-se que, pela redação do § 5º, basta o dado objetivo do fato da personalidade jurídica ser obstáculo ao pleno exercício do direito do consumidor para que seja possível desconsiderar essa personalidade.

Portanto, pode-se afirmar que, independentemente da verificação de fraude ou infração da lei, será possível, no caso concreto, suplantar a personalidade jurídica da pessoa jurídica, se for esse o obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo consumidor.⁷⁹

Já Maria Helena Diniz, sustenta que o art. 28, § 5º do CDC é apenas aplicável quando a sanção não seja de cunho pecuniário, como por exemplo, a proibição de fabricação de produtos.⁸⁰ Entretanto, note-se que o §5º se refere ao “ressarcimento” que fatalmente nos conduz à idéia de obrigação pecuniária.

No entanto, frise-se que muitos doutrinadores são contra a aplicação deste dispositivo, justamente por ignorar por completo a separação patrimonial da sociedade e seus membros, sem exigência de qualquer requisito mais profundo.

Além disso, há quem sustente que o veto presidencial ao § 1º do art. 28 foi um equívoco, pois na verdade o veto estava direcionado para o § 5º, sendo que desta forma, o § 5º não deve ser levado em consideração.⁸¹

Ademais, sustentam, outrossim, que o mencionado parágrafo está ligado ao *caput* do artigo, motivo pelo qual, não deve prevalecer a redação do parágrafo sobre a regra do art. 28 *caput*.⁸²

Por fim, ressalte-se que a regra do artigo 28 do CDC é aplicável apenas nas relações de consumo.

Todavia, o que se observa dos julgados do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, é que na prática, o que vem sendo aplicado, por mais que seja incorreto, é a teoria menor.

⁷⁹ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor* : com exercícios. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 774.

⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 1*. Op. cit. p. 327.

⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* : comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 214.

⁸² Idem.

Os juízes e desembargadores, geralmente, acolhem sem hesitar, qualquer tipo de pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa, quando verificada a não localização de bens da pessoa jurídica.

Confira-se as ementas abaixo transcritas:

Acidente de trânsito - Indenização - Executada não localizada nos endereços constantes em seus registros - Bens não encontrados - Penhora on line infrutífera - Desconsideração da personalidade jurídica corretamente decretada - Agravo improvido.⁸³

Execução de título extrajudicial - Desconsideração da personalidade jurídica - Admissibilidade - Desde 09 de maio de 2007 foi determinado o pagamento e nada foi feito - Sem bens a empresa executada, correta a sua despersonalização - Recurso improvido.⁸⁴

Rescisória julgada improcedente. Cumprimento do v. acórdão para pagamento da verba honorária. Desconsideração da personalidade jurídica. Art. 50 do Código Civil. Admissibilidade quando provada a insolvência, o abuso, a confusão patrimonial e o prejuízo a terceiros pela inexistência de bens ou ativos financeiros penhoráveis. Abrandamento do princípio da despersonalização. Hipótese em que foram frustradas as tentativas de bloqueio pelo sistema on line e de busca de bens passíveis de penhora. Cumprimento de acórdão que já se arrasta por mais de três anos sem a satisfação do crédito. Desconsideração que é de rigor. Jurisprudência do C. E. STJ e deste E. TJSP. Inclusão dos sócios no polo passivo da demanda, determinando-se o pronto bloqueio de suas contas. Recurso provido.⁸⁵

Neste contexto, José Edwaldo Tavares Borba critica a atual postura dos tribunais afirmando que *“alguns juízes e tribunais brasileiros vêm aplicando, com muita largueza, e sem qualquer rigor técnico, a teoria da “desconsideração”. Deve-se, contudo, reservar esta doutrina para situações excepcionais”*⁸⁶.

Inclusive, por vezes, é admitida a desconsideração antes mesmo da citação da pessoa jurídica executada, mais especificamente nos casos que esta não é encontrada, senão vejamos:

⁸³ TJSP, 26ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 990.09.236.103-1, Des. Rel. Vianna Cotrim, v.u., julgado em 18/11/2009, publicado em 03/12/2009. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4199244>>. Acesso em: 5 set. 2011.

⁸⁴ TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 994.09.041.156-0, Des. Rel. José Luiz Gavião de Almeida, v.u., julgado em 31/03/2009, publicado em 23/06/2009. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3684033>>. Acesso em: 5 set. 2011.

⁸⁵ TJSP, 1º Grupo de Direito Privado, Agravo Regimental nº 994.03.041.705-2/5, Des. Rel. Maia da Cunha, por maioria, julgado em 04/05/2010, publicado em 26/05/2010. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4501559>>. Acesso em: 5 set. 2011.

⁸⁶ BORBA, José Edwaldo Tavares. Op. cit. pp. 34/35.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - Execução por quantia certa contra devedor solvente - Ausência de citação e de bens passíveis de penhora - O deferimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica de sociedade empresária reclama a demonstração pelo requerente da ocorrência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial Informação da Delegacia da Receita Federal de inexistência de declarações de imposto de renda pela executada, nos últimos 5 anos e, conseqüentemente desde a sua constituição, o que caracteriza confusão patrimonial Recurso provido.⁸⁷

Desta forma, pelo exposto, pode-se verificar que há uma divergência significativa no entendimento dos doutrinadores e julgadores com relação às hipóteses de cabimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sendo que os doutrinadores adotam uma posição mais rígida e por outro lado, os tribunais vêm agindo com certa flexibilidade, deixando de exigir elementos mais concretos para a desconsideração.

Assim, delimitada as hipóteses de cabimento do pedido de desconsideração, passa-se ao estudo da forma pela qual este pedido deve ser realizado em um processo judicial.

CAPÍTULO 3 – DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL NA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A priori, cumpre mencionar que não é em todos os casos de inadimplência da sociedade que há desconsideração da personalidade jurídica ou responsabilidade direta do sócio. Às vezes, a limitação da responsabilidade do sócio deve ser respeitada e o credor, arcando com os riscos do negócio, não verá seu crédito satisfeito.

Caso contrário, se houver a banalização completa dos limites da responsabilidade, conseqüentemente haverá uma diminuição nos investimentos na atividade empresária, pois haverá o receio de dilapidação de patrimônio pessoal, por vezes adquirido, inclusive, antes da constituição da sociedade.

⁸⁷ TJSP, 12ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 990.10.199421-6, Des. Rel. Jacob Valente, v.u., julgado em 09/06/2010, publicado em 08/07/2010. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4581331>>. Acesso em : 7 out. 2011.

A fim de aclarar o exposto, mister se faz trazer à baila os ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho:

Os pressupostos da desconsideração são a pertinência, a validade e a importância das regras que limitam, ao montante investido, a responsabilidade dos sócios por eventuais perdas nos insucessos da empresa, regras que, derivadas do princípio da autonomia patrimonial, servem de estimuladores da exploração de atividades econômicas, com o cálculo do risco. Claro está que muitos empreendedores poderiam ficar desmotivados em se lançar a novos e arriscados empreendimentos se pudessem perder todo o patrimônio pessoal caso o negócio não prosperasse. Não se pode esquecer que fatores relativamente imprevisíveis, sobre os quais os empresários não têm nenhum controle, podem simplesmente sacrificar a empresa. A motivação jurídica se traduz pela limitação das perdas, que não devem ultrapassar as relacionadas com os recursos já aportados na atividade. Essa será a parte do prejuízo dos sócios da sociedade empresária falida; a parte excedente será suportada pelos credores, muito deles empresários e também exercentes de atividades de risco. A limitação das perdas, em outros termos, é fator essencial para a disciplina da atividade econômica capitalista.⁸⁸

Não obstante, face ao exposto no capítulo 2 deste trabalho, nem toda vez que o sócio deve ser responder pela dívida da sociedade é necessária a desconsideração da personalidade jurídica.

Isto porque, por vezes, a própria legislação determina que é o sócio ou administrador que responderá direta e pessoalmente por dívida da sociedade em função de ato ilícitos executados pelos mesmos e não por terem desvirtuado a finalidade da pessoa jurídica.

Nesse sentido, Ulhoa deixa bem clara esta distinção das hipóteses de responsabilização direta e das hipóteses onde é necessária a desconsideração da personalidade para que se atinja os bens pessoais dos integrantes da sociedade:

Cabe aplicar a teoria da desconsideração apenas se a responsabilidade jurídica autônoma da sociedade empresária antepõe-se como *obstáculo* à justa composição dos interesses. Se a autonomia patrimonial da sociedade não impede a imputação de responsabilidade ao sócio ou administrador, não existe nenhuma desconsideração. Em outros termos, cabe invocar a teoria quando a *consideração* da sociedade empresária implica a licitude dos atos praticados, exurgindo a ilicitude apenas em seguida à *desconsideração* da personalidade jurídica dela. Somente neste caso se opera a ocultação da fraude e, portanto, justifica-se afastar a autonomia patrimonial, exatamente para revelar o oculto por trás do *véu* da pessoa jurídica.⁸⁹

⁸⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Op. cit. p. 58.

⁸⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Op. cit. pp. 62/63.

Destarte, se a autonomia patrimonial, ou seja, a separação entre o patrimônio da sociedade e o patrimônio pessoal do sócio, não impede que o sócio ou administrador responda pela dívida, haja vista a existência de norma que imputa a ele próprio diretamente a responsabilidade pela obrigação, não há necessidade de pedido de desconsideração.

Isto ocorre, por exemplo, à luz do art. 135⁹⁰ do Código Tributário Nacional quando os sócios ou administradores extrapolam seus poderes violando a lei ou o contrato social. Nesses casos, a lei lhes impõe diretamente a responsabilidade por estes atos, sem necessidade de desconsideração da personalidade jurídica.

Em sentido contrário se posiciona Rogerio Licastro Torres de Mello⁹¹, entendendo que o art. 135 do CTN trata de uma hipótese específica de desconsideração da personalidade jurídica.

Além disso, nestes casos, como “o sócio responde por ato próprio e obrigação própria, não pode indicar bem de outro para safar-se da responsabilidade e da obrigação”⁹². Estes respondem com patrimônio próprio pela obrigação.

Neste contexto, urge mencionar que existem autores, como Araken de Assis⁹³, que entendem que o disposto no art. 592, inciso II⁹⁴ do CPC configura desconsideração da personalidade jurídica. No entanto, de acordo com o exposto acima, essa norma disciplina justamente uma das hipóteses típicas de responsabilização direta e pessoal do sócio, dispensando a desconsideração da personalidade:

Diante do exposto, é forçoso reconhecer que o art. 592, II, do CPC, que atribui responsabilidade patrimonial ao sócio, não se refere à aplicação da

⁹⁰ “Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

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

⁹¹ MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *O Responsável Executivo Secundário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 286.

⁹² SOUZA, André Pagani de. *Op. cit.* p. 149.

⁹³ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 206.

⁹⁴ “Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens:
II - do sócio, nos termos da lei;”

teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Como afirma Fredie Didier Junior, o mencionado dispositivo legal “aplica-se nas hipóteses em que a própria lei, ao determinar o regime jurídico do tipo societário, já imputa ao sócio a responsabilidade por dívidas da pessoa jurídica. Nada tem que ver, pois, com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica”. Signa afirmar, por outras palavras, que o integrante da pessoa jurídica, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, não é *responsável secundário*, mas sim primário.⁹⁵

Logo, o dispositivo previsto no art. 592, inciso II do CPC prevê um caso típico de responsabilidade secundária, haja vista que “*a lei torna o sócio responsável pela dívida social, nada obstante a personalidade própria e inconfundível da sociedade*”⁹⁶.

Além disso, “*no caso de sócios naturalmente solidários é que se dá a responsabilidade executiva secundária, na forma do art. 592, nº II, cuja atuação é direta e decorre sem necessidade de condenação do terceiros responsável em sentença própria*”⁹⁷.

Portanto, essa norma regula os casos de responsabilidade solidária ou subsidiária do sócio, nas quais não há necessidade de desconsideração da personalidade jurídica, pois nesses casos a autonomia patrimonial da pessoa jurídica não é obstáculo para a imputação das obrigações aos sócios.

Deste modo, denota-se que a divergência maior neste assunto se encontra na imputação da responsabilidade e dívida. Se nos casos de desconsideração, a responsabilidade que é imputada ao sócio ou se este responderá ao débito como dívida sua, ou seja, se é o caso de responsabilidade primária ou secundária.

André Pagani de Souza acredita que não haverá somente imputação de responsabilidade ao sócio com a desconsideração, este responderá por dívida própria: “*não se deve afirmar que a dívida é da pessoa jurídica e que o responsável*

⁹⁵ SOUZA, André Pagani de. Op. cit. pp. 58/59.

⁹⁶ ASSIS, Araken de. Op. cit. p. 206.

⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. v. II. Rio de Janeiro: Forense. 2010. p. 183.

*seria seu integrante*⁹⁸. A dívida e a responsabilidade estão concentradas, ainda que episodicamente, na pessoa do sócio ou administrador.

Por estas razões, André Pagani entende que nos casos de desconsideração o sócio ou administrador é considerado responsável primário:

Em suma, a responsabilidade que recai sobre o integrante da pessoa jurídica em razão da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é uma *responsabilidade societária* (primária)⁹⁹, (...) uma vez que o débito e a reponsabilidade estão concentrados na mesma pessoa, ou seja, o sócio responde por ato próprio que consiste no mau uso da personalidade jurídica,¹⁰⁰ que não se confunde com a responsabilidade secundária extraída da teoria dualista da obrigação.¹⁰¹

Desta forma, verifica-se que Pagani afirma que a responsabilidade civil decorrente da “teoria dualista da obrigação” não deve ser aplicada nestes casos, pois assim seria admitido o direito de regresso contra a sociedade, que nesses casos não deve ser permitido, pois o próprio sócio ou administrador que abusou da personalidade jurídica da empresa deve arcar com o prejuízo.¹⁰² Nesse sentido:

Se o sócio se beneficiou de uma fraude na qual utilizou a sociedade para tentar não ser sancionado pela sua conduta, não se admite qualquer direito de ressarcimento perante ela caso sua estratégia fraudulenta seja desvendada. Assim, não se pode admitir a existência de direito de regresso do sócio em relação à sociedade, caso seja aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.¹⁰³

Contudo, Pagani admite que a sua opinião é uma das correntes existentes, já que grande parte da doutrina sustenta que o integrante da pessoa jurídica atingido pela desconsideração deve ser tratado como responsável patrimonial secundário.¹⁰⁴

Como defensor desta corrente que entende que o sócio da pessoa jurídica que teve sua personalidade desconsiderada é responsável secundário podemos

⁹⁸ SOUZA, André Pagani de. Op. cit. p. 55.

⁹⁹ SOUZA, André Pagani de. Op. cit. p. 59.

¹⁰⁰ SOUZA, André Pagani de. Op. cit. p. 111.

¹⁰¹ SOUZA, André Pagani de. Op. cit. p. 59.

¹⁰² SOUZA, André Pagani de. Op. cit. p. 56.

¹⁰³ SOUZA, André Pagani de. Op. cit. p. 149.

¹⁰⁴ SOUZA, André Pagani de. Op. cit. p. 111.

citar Rogerio Licastro Torres de Mello, que sustenta que: “a relação material de débito (dívida exequenda) permanecerá entre a pessoa jurídica e o devedor originário”¹⁰⁵, sendo que somente a responsabilidade patrimonial é transferida para o sócio, configurando a responsabilidade secundária.

Assim, Licastro sintetiza: “Este sócio, por conta da despersonalização societária, não passará a devedor, somente concentrando o caráter de responsável patrimonial pelo débito, tipificadora de responsabilidade executiva secundária”¹⁰⁶.

Humberto Theodoro Junior aponta, também, porque, nos casos de responsabilização direta, o sócio ou administrador é considerado responsável secundário: “Há, no entanto, casos em que os sócios são co-responsáveis pelas obrigações da sociedade, (...). Representam, também espécies de responsabilidade sem dívida, pois os sócios solidários respondem subsidiariamente sem que sejam devedores”¹⁰⁷.

Logo, diante do exposto, verifica-se que o sócio, independentemente se por responsabilização direta ou se em decorrência da desconsideração da personalidade jurídica, é sempre tratado como responsável secundário.

No entanto, não se pode confundir as hipóteses em que o sócio é responsabilizado diretamente em virtude de disposição legal, dispensando a desconsideração da personalidade jurídica, e as hipóteses em que é necessária a desconsideração, provocando todo um trâmite processual para inclusão do sócio na lide.

Assim, feita a distinção dos tipos de responsabilização do sócio ou administradores, mister se faz estudar quais os limites da responsabilização nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

3.1. Dos limites da responsabilidade

¹⁰⁵ MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Op. cit. p. 286.

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 183.

Conforme já explanado anteriormente, nos casos de sociedades irregulares ou de fato, não há personificação da sociedade, de maneira que não há autonomia patrimonial entre os sócios e a pessoa jurídica, respondendo os sócios solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, sem a necessidade de requerer sua desconsideração.¹⁰⁸

No entanto, por mais que, por exemplo, nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, a responsabilidade do sócio esteja restrita à sua quota-parte no capital social¹⁰⁹, tal limitação não é respeitada nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

A desconsideração da personalidade jurídica serve justamente para fazer com que o sócio, em virtude de abuso da personalidade jurídica da empresa, responda solidária e ilimitadamente pelo débito.¹¹⁰

Mesmo porque, seria injusto que empresários que abusam fraudulentamente de pessoas jurídicas, fossem privilegiados em responder somente até o limite de sua quota-parte, pois afinal, eles poderiam atribuir o valor do capital social da empresa bem abaixo da realidade, justamente para ver diminuída sua responsabilidade, a fim de prejudicar seus credores.

Além disso, André Pagani frisa que não há direito de regresso pelos sócios contra a sociedade nesses casos e nem podem utilizar-se do benefício de ordem:

Na prática, o sócio que tem seu patrimônio atingido pela desconsideração, ao se defender, não pode exigir a aplicação do art. 1.024 do CC. Também não pode tal sócio valer-se do benefício de ordem a que se refere o art. 596 do CPC. Ora, se ele desviou bens da sociedade para seu patrimônio pessoal, (...), não faz o menor sentido exigir, em sua defesa, que primeiro sejam executados os bens da sociedade. De igual modo, também não faz sentido que o sócio, após ter seu patrimônio constricto e efetivamente alienado em decorrência da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, possa exercer suposto direito de regresso em face da sociedade, exigindo o ressarcimento daquilo que perdeu.¹¹¹

Contudo, há quem sustente que apenas o sócio que agiu provocando o abuso da personalidade jurídica é quem deve ser atingido pelos efeitos da desconsideração.

¹⁰⁸ REQUIÃO, Rubens. Op. cit. p. 412.

¹⁰⁹ ALMEIDA, Amador Paes de. Op. cit. p. 53.

¹¹⁰ ALMEIDA, Amador Paes de. Op. cit. p. 181.

¹¹¹ SOUZA, André Pagani de. Op. cit. p. 59.

A fim de corroborar o supra narrado Bruschi afirma:

Salvo melhor juízo, entendemos que em meras participações societárias, pouco representativas em relação ao capital social, sem poder de controle, sem poder de administração e sem que tenham participado dos atos considerados excessivos ou abusivos como fator determinante da desconsideração da personalidade jurídica, seus detentores, meros investidores, não podem ser alcançados e muito menos responsabilizados pelos atos de outrem.¹¹²

Portanto, Bruschi defende a ideia de que aqueles sócio minoritários que apenas figuram no quadro societário da empresa, mas que não exercem nenhuma gestão e que principalmente não participaram dos atos que deram causa à desconsideração, não devem ter seu patrimônio pessoal atingido em razão desta.

Neste mesmo sentido é a Jornada I STJ 7 citada por Nery: “*Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular, e limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido*”.¹¹³

Além disso, Maria Helena Diniz comenta em sua obra sobre um projeto de lei que justamente prevê que somente os sócios que participaram do abuso respondem pelos efeitos da desconsideração.¹¹⁴

Defendendo essa mesma tese, Araken de Assis sustenta que: “*não é possível, ante a natureza da grandeza do privilégio do crédito (v.g., o crédito trabalhista), estender a responsabilidade a todo e qualquer sócio minoritário, que jamais interferiu ou comandou, à distância ou por interposta pessoa, as operações sociais*”¹¹⁵.

Nesse diapasão, mister se faz frisar que o sócio que se retira da sociedade, cedendo suas quotas, segundo o art. 1.003, parágrafo único¹¹⁶ do CC, somente responde pelas dívidas sociais até 2 (dois) anos após sua saída.

¹¹² BRUSCHI, Gilberto Gomes. Op. cit. p. 149.

¹¹³ NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade. Op. cit. p. 250.

¹¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 8*. Op. cit. p. 543.

¹¹⁵ ASSIS, Araken de. Op. cit. p. 207.

¹¹⁶ “Art. 1.003. 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. Parágrafo 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.”

Portanto, por mais que à época da ocorrência da fraude, o sócio fazia parte do quadro societário da empresa, porém a desconsideração somente se deu mais de 2 (dois) anos após sua retirada, ele não responde com seus bens pessoais pelo débito.

Nesse sentido é o entendimento do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

EXECUÇÃO - Desconsideração da personalidade jurídica - Responsabilidade do sócio pelas dívidas da sociedade - Limitação temporal ? Perda do direito do credor de chamar à responsabilidade patrimonial o antigo sócio (retirante), decorridos dois anos contados da averbação da alteração social - Aplicação do art. 1.003, parágrafo único, do Código Civil - Hipótese em que a ação foi proposta contra a sociedade devedora em 1.999, a averbação da saída do sócio ocorreu em novembro de 2.001, mas a persecução do patrimônio dele foi ordenada somente em 2.007 - Responsabilidade do sócio, afirmada ? Decisão, na parte relativa ao recorrente, reformada, para afastar a constrição ordenada. Agravo provido.¹¹⁷

Por outro lado, Araken ressalta que: “o art. 1.025 do CC-02 esclarece, no entanto, que o sócio, ‘admitido em sociedade já constituída, não se exime das dívidas sociais anteriores à admissão’¹¹⁸.”

Logo, verifica-se que em casos de desconsideração da personalidade jurídica, os sócios ou administradores atingidos respondem solidária e ilimitadamente pelo débito e não podem utilizar-se do benefício de ordem ou do direito de regresso.

No entanto, os atuais sócios da empresa respondem por todos os débitos da sociedade, inclusive aqueles anteriores ao seu ingresso. Já aqueles sócios, que se retiraram da sociedade e cederam suas quotas, respondem pelos débitos somente até 2 (dois) anos após sua saída.

Contudo, há quem sustente que somente aqueles sócios ou administradores que tiveram participação no abuso da personalidade jurídica da empresa devem responder pelo débito. Conseqüentemente, aqueles que entendem

¹¹⁷ TJSP, 10ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 603.239.4/1-00, Des. Rel. João Carlos Saletti, v.u., julgado em 14/04/2009, publicado em 07/05/2009. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsjg/getArquivo.do?cdAcordao=3594977&v1Captcha=rmvcn>>. Acesso em: 8 out. 2011.

¹¹⁸ ASSIS, Araken de. Op. cit. p. 207.

que somente quem participou do ato abusivo deve responder pelo débito, não respeitam o preceito legal de responsabilidade limitada a 2 (dois) anos.

Todavia, esclarecidas as hipóteses de cabimento da desconsideração, bem como quem são os responsáveis pela obrigação atingidos pela desconsideração, resta saber sobre o trâmite processual do pedido de desconsideração da personalidade jurídica.

CAPÍTULO 4 – DO PROCEDIMENTO DO PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO

4. 1 Da forma do pedido

A princípio, cumpre informar que não há normas processuais vigentes que regulem o procedimento do pedido e decretação da desconsideração da personalidade jurídica.

Apesar de não haver regulamentação expressa, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, desde que preenchidos e devidamente comprovados os requisitos expostos no capítulo acima, poderá ser feito por petição simples, nos próprios autos da ação, quando se tratar de pedido incidental. A decisão do magistrado se dará sem a necessidade de manifestação da parte contrária¹¹⁹, por simples decisão interlocutória¹²⁰.

Não há necessidade de se criar um incidente em apartado. O pedido será feito e apreciado nos autos do processo, logo, “*a desconsideração não precisa ser declarada ou obtida em processo autônomo*”¹²¹.

Nesse sentido mister se faz transcrever a ementa citada na obra Código Civil Comentado coordenado por Regina Beatriz Tavares da Silva:

¹¹⁹ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Op. cit. p. 100.

¹²⁰ FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica* : análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil. São Paulo: Atlas, 2002. p. 187.

¹²¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit. p. 204.

“A aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato da expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. O sócio alcançado pela desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresaria torna-se parte do processo e assim está legitimado a interpor, perante o Juízo de origem, os recursos tidos como cabíveis, visando a defesa de seus direitos.” (STJ, 3ª. T., RMS 26.274/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. Em 19-8-2003, DJ, 2-8-2004, p. 359).¹²²

Contudo, frise-se que, apesar de não ser o adotado na prática pelo Poder Judiciário, existem doutrinadores que defendem a ideia de um processo cognitivo autônomo para a desconconsideração.

Osmar Vieira da Silva¹²³ e Fabio Ulhoa Coelho¹²⁴ são alguns dos renomados autores que defendem esta corrente:

... O juiz não pode desconsiderar a separação entre a pessoa jurídica e seus integrantes senão por meio de ação judicial própria, de caráter cognitivo, movida pelo credor da sociedade contra os sócios ou seus controladores. Nessa ação, o credor deverá demonstrar a presença do pressuposto fraudulento. Em outros termos, quem pretende imputar a sócio ou sócios de uma sociedade empresária a responsabilidade por ato social, em virtude de fraude na manipulação da autonomia da pessoa jurídica, não deve demandar esta última, mas a pessoa ou as pessoas que quer ver responsabilizadas.¹²⁵

Esses defendem esta tese partindo da premissa que é necessária uma ação de conhecimento autônoma na qual os sócios poderão exercer ampla defesa, contraditório e devido processo legal e da qual se extrairá um título executivo judicial, que fará com que os sócios ingressem no polo passivo da execução já em trâmite.¹²⁶

Contudo, esta corrente não é a adotada, já que o processo de execução tem como característica a celeridade.

¹²² SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código Civil Comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 58.

¹²³ SILVA, Osmar Vieira da. *Desconconsideração da Personalidade Jurídica : aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 167.

¹²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Op. cit. p. 75.

¹²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Op. cit. p. 75.

¹²⁶ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Op. cit. p. 83.

A exigência de uma ação de conhecimento autônoma prolongaria por demais a execução, uma vez que a suspenderia por falta de localização de bens, bem como talvez a tornaria sem efetividade, pois daria “*mais tempo útil para que aquele que agiu indevidamente pratique novos atos ilícitos*”¹²⁷.

Mesmo porque, a desconsideração somente será decretada com indícios de abuso de finalidade, fraude e confusão patrimonial, portanto, não há razão para processo autônomo pelo qual somente o credor será prejudicado, frente a morosidade, sendo que há indícios de má conduta do sócio.

Ademais, como se verá a seguir, mesmo com a decretação da desconsideração nos autos da execução, os sócios atingidos terão meios de exercer a ampla defesa e contraditório, bem como o devido processo legal, porém em momento posterior à desconsideração.

É inegável que na grande maioria das vezes o pedido de desconsideração é mais empregado na ação de execução e na fase de execução de sentença, pois são nesses casos que é verificada a dificuldade de penhora de bens da empresa executada.

No entanto, verificando-se que houve abuso da personalidade jurídica antes da propositura da ação de conhecimento, nada impede que o pedido de desconsideração seja realizado na própria petição inicial de uma ação de conhecimento, por exemplo.

De acordo com Osmar Vieira da Silva, quando “*a fraude na manipulação da personalidade jurídica ocorra anteriormente à propositura da ação pelo lesionado, a demanda deve ser ajuizada contra a pessoa jurídica com quem o autor celebrou o contrato e, neste caso, também contra o agente que a perpetrou*”.¹²⁸

E se aprofunda mais no tema asseverando que:

Não há, pois, óbice à aplicação do litisconsórcio facultativo eventual em hipóteses de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica como garantia não apenas ao autor, mas também para os demandados, que integrando a lide, terão condições de exercer plenamente o direito de defesa, particularmente, porque farão parte da relação processual desde o processo de conhecimento e não apenas na fase executória, como na maioria das vezes ocorre.¹²⁹

¹²⁷ FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. Op. cit. p. 188.

¹²⁸ SILVA, Osmar Vieira da. Op. cit. pp. 172/173.

¹²⁹ SILVA, Osmar Vieira da. Op. cit. p. 176.

No entanto, a participação dos sócios no processo de conhecimento não é obrigatória, “o patrimônio daquele que manejou os destinos da empresa será atingido, tendo este participado ou não da relação processual até o momento da declaração judicial da aplicação da teoria.”¹³⁰

Em sentido contrário, Bruschi entende que a desconsideração somente pode ocorrer em processo de execução e que não há que se falar em desconsideração antes da sentença em processo de conhecimento.¹³¹

Com relação à declaração de desconsideração da personalidade jurídica liminarmente o Superior Tribunal de Justiça a vetou sob o seguinte fundamento: “A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que só pode ser decretada após o devido processo legal, o que torna a sua ocorrência em sede liminar, mesmo de forma implícita, passível de anulação.”¹³²

Com relação à posição do sócio ou administrador que será atingido pela desconsideração, este ingressará como sujeito passivo da ação:

Se o sócio ou o administrador não tiverem sido condenados na ação de conhecimento de que foi ré a pessoa jurídica de que fazem ou faziam parte, mas, mesmo assim, o juiz ordenar a constrição de seu patrimônio, assumirão a posição jurídica processual de parte “executada” e, nessa condição, serão legitimados ativos à impugnação da pretensão executória do credor (Araken, Cumprimento, n. 114, pp. 339/340).¹³³

Portanto, o sócio ou administrador atingido pela desconsideração da personalidade jurídica será considerado parte no processo e não terceiro.

Assim, ingressando como parte do polo passivo da demanda juntamente com a pessoa jurídica que já era parte, restará configurado o litisconsórcio passivo.¹³⁴

¹³⁰ SILVA, Osmar Vieira da. Op. cit. p. 182.

¹³¹ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Op. cit. p. 153.

¹³² STJ, 1ª Turma, Agravo Regimental em Recurso Especial nº 422583/PR, Min. Rel. José Delgado, por unanimidade, julgado em 20/06/2002, publicado em 09/09/2002. Disponível em: <<http://www.stj.ius.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=422583&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8>>. Acesso em: 22 set. 2011.

¹³³ ASSIS, Araken de *apud* NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. Op. cit. p. 249.

¹³⁴ SOUZA, André Pagani de. Op. cit. pp. 86/103.

Porém, Bruschi entende que a posição do sócio será a de terceiro interessado e não parte. Frise-se que esta é a corrente minoritária.

Bruschi preleciona que os bens dos sócios “*apenas servirão para quitar a obrigação, sem que ele seja incluído no pólo passivo*”.¹³⁵ Portanto, entende que o sócio é apenas o responsável patrimonial pela obrigação e não o devedor, parte legítima da execução.

Neste contexto, frise-se que, conforme se denota de disposição literal da lei, art. 50 do CC, somente a parte ou o Ministério Público poderão requerer a desconsideração da personalidade jurídica. Assim, conclui-se que o juiz não pode, de ofício, decretar a desconsideração.¹³⁶

4. 2 Da citação do sócio : necessidade e forma

Alguns doutrinadores defendem a corrente de que, uma vez desconsiderada a personalidade jurídica da empresa, de maneira que os bens particulares dos sócios sejam atingidos, há necessidade de citação dos mesmos para que estes possam exercer a ampla defesa e o contraditório no processo em que ingressaram.

Compõem essa corrente de defensores da necessidade de citação, dentre outros, os seguintes doutrinadores, Thereza Nahas¹³⁷, Humberto Theodoro Junior¹³⁸, Cândido Dinamarco¹³⁹, Theotônio Negrão¹⁴⁰ e André Pagani de Souza¹⁴¹.

¹³⁵ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Op. cit. p. 98.

¹³⁶ SOUZA, André Pagani de. Op. cit. p. 153.

¹³⁷ NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica : reflexos civis e empresariais no direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 141.

¹³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 184.

¹³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 122.

¹⁴⁰ NEGRÃO, Theotonio e José Roberto F. Gouvêa. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1478.

¹⁴¹ SOUZA, André Pagani de. Op. cit. p. 107.

Esses nobres doutrinadores defendem a necessidade de citação sob o argumento de preservação dos princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

No mais, é com a devida citação que os sócios atingidos tornam-se efetivamente parte no processo. Através deste ato solene, lhes serão concedidos todos os direitos, ônus e deveres inerentes ao fato de ser parte em um processo.¹⁴²

À luz do entendimento de André Pagani há, porém, uma exceção à regra de citação do sócio. Para ele:

Se houver ameaça de lesão, pode-se primeiro determinar a desconsideração da personalidade jurídica e praticar atos executivos em relação ao patrimônio do integrante da pessoa jurídica cuja personalidade foi desconsiderada, para depois proceder-se à citação, com todas as solenidades que lhe são inerentes (caso não haja o comparecimento espontâneo do interessado, que desde logo supriria a citação, conforme art. 214, parágrafo único, do CPC).¹⁴³

Nesse sentido é o entendimento do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *verbis*:

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - Ação Monitoria - Desnecessidade de intimação prévia da decisão para possibilitar o exercício do contraditório e ampla defesa - Defesa possibilitada após a efetivação da constrição - Dificuldade na localização tanto da empresa executada, bem como de bens passíveis de penhora - Hipótese em que configurado o encerramento irregular da empresa - Deferimento do pedido para garantia do juízo mantido - Recurso não provido.¹⁴⁴

Tendo em vista que a desconsideração da personalidade jurídica se dá, na maior parte das vezes, em ações de execução, a citação dos sócios deverá ser feita por oficial de justiça, nos termos do art. 222, alínea “d” e 221, inciso II ambos do CPC.

Por outro lado, conforme exposto acima, Gilberto Bruschi entende que os sócios da pessoa jurídica que sofreu desconsideração são considerados terceiros e não parte. Logo, se não são partes, não devem ser citados para a demanda.

¹⁴² SOUZA, André Pagani de. Op. cit. p. 108.

¹⁴³ SOUZA, André Pagani de. Op. cit. p. 109.

¹⁴⁴ TJSP, 13ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 0142777-28.2011.8.26.0000, Des. Rel. Heraldo de Oliveira, por maioria de votos, julgado em 18/08/2011, publicado em 02/09/2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=5372927&v1Captcha=dcece>>. Acesso em : 7 out. 2011.

Bruschi entende que os sócios ou administradores devem ser intimados da decisão de desconsideração e, após a penhora de bens pessoais dos sócios, estes devem ser intimados da penhora para então exercerem seus direitos de defesa com a oposição de embargos de terceiro.¹⁴⁵

Entretanto, a jurisprudência que, conforme verificado, é bastante flexível e menos rígida que a doutrina, admite a penhora de bens dos sócios, após a devida desconsideração, sem necessidade de citação ou intimação dos mesmos, *ipsis litteris*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS Cumprimento de sentença Desconsideração da personalidade jurídica Elementos confirmatórios de abuso de personalidade Ex-sócia que também responde pela dívida, constituída quando ainda integrava o quadro social da executada Desnecessidade de citação dos sócios, nos termos dos artigos 568, 592, II, e 652 do CPC Inexistência de desrespeito aos princípios do contraditório e ampla defesa Penhora on line que observa a ordem de preferência do art. 655 do citado Código Descabimento de indicação de bens da empresa executada para satisfação do crédito, até porque inexistentes Recurso desprovido.¹⁴⁶

RECURSO - Agravo de Instrumento - Insurgência contra decisão que deferiu a desconsideração da personalidade jurídica - Inadmissibilidade - Desnecessidade de citação do sócio - Confusão patrimonial configurada - Inteligência do artigo 50 do Código Civil - Sob pena de supressão de instância, o pleito de desbloqueio de contas bancárias destinadas ao recebimento de resgate de previdência privada e de proventos de aposentadoria deve ser analisado pelo douto magistrado "a quo" - Recurso improvido, cassado o efeito suspensivo.¹⁴⁷

Apesar da não exigência pelos magistrados, a citação dos sócios da empresa da qual a personalidade foi desconsiderada é necessária, a fim de que estes possam exercer o direito de ampla defesa e contraditório.

4. 3 Do contraditório e da ampla defesa

¹⁴⁵ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Op. cit. p. 89.

¹⁴⁶ TJSP, 15ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 0073590-30.2011.8.26.0000, Des. Rel. Vicentini Barroso, v.u., julgado em 16/08/2011, publicado em 17/08/2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5326851>>. Acesso em : 7 out. 2011.

¹⁴⁷ TJSP, 18ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 990.10.091653-0, Des. Rel. Roque Mesquita, v.u., julgado em 06/07/2010, publicado em 15/07/2010. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4592734>>. Acesso em : 7 out. 2011.

Ante o exposto, a citação dos sócios parece ser o modo mais adequado de se proceder após a desconsideração da personalidade jurídica e inclusão dos sócios no polo passivo da demanda, uma vez que, com a devida citação, se dará a abertura de prazo para que o sócio possa apresentar sua defesa.

Assim sendo, haja vista que o sócio é parte na lide e tendo sido devidamente citado, a defesa cabível nas execuções é a apresentação de embargos do devedor¹⁴⁸. Não obstante, poderá o sócio oferecer bens particulares à penhora.

Além desta possibilidade, Bruschi defende ainda a apresentação de exceção de pré-executividade:

... sendo possível a demonstração, sem dilação probatória – por simples prova documental -, de que não participou da administração da empresa, figurando apenas no quadro societário, ou até mesmo de que não mais fazia parte da sociedade ao tempo em que fora praticado o ato ou fato que ensejou a aplicação da despersonalização da executada.¹⁴⁹

Araken de Assis frisa, neste contexto, que em se tratando de inclusão do sócio em execução de título judicial, cumprimento de sentença, a defesa do sócio se dará por meio da impugnação (art. 475-L).¹⁵⁰

A oposição de embargos de terceiro para liberar a constrição sobre o bem do sócio também é admitida, em razão do princípio da fungibilidade, conforme se verá a seguir. No entanto, o sócio ou administrador não pode questionar a existência do débito, o valor da obrigação e outras matérias que só quem é parte no processo pode discutir.¹⁵¹

Assim sendo, considerados parte no processo, a via adequada para a defesa dos interesses dos sócios são os embargos do devedor ou impugnação dependendo da forma de execução, pois matérias mais amplas podem ser neles abordadas.

Todavia, como não há legislação específica que determine o procedimento a ser adotado nos casos de desconsideração, deve-se aplicar o princípio da

¹⁴⁸ SOUZA, André Pagani de. Op. cit. p. 113.

¹⁴⁹ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Op. cit. p. 102.

¹⁵⁰ ASSIS, Araken de. Op. cit. p. 405.

¹⁵¹ SOUZA, André Pagani de. Op. cit. p. 113.

fungibilidade, possibilitando o recebimento de embargos de terceiro como impugnação ou embargos do devedor.¹⁵²

No entanto, nos casos, como verificado, em que a jurisprudência admite a penhora de bens sem a citação dos sócios, os mesmos só poderão apresentar embargos à penhora ou embargos de terceiro.

4. 4 Do recurso

Da decisão que desconsiderou a personalidade jurídica da sociedade cabe agravo de instrumento no prazo de 10 (dez) dias da sua publicação.

Isto porque, conforme exposto, não há formação de incidente para a decretação da desconsideração, muito menos processo autônomo, de maneira que não há sentença e, conseqüentemente, o recurso cabível não será a apelação.

Destarte, a decisão que desconsidera a personalidade jurídica é uma decisão interlocutória, que não põe fim ao processo, sendo então o recurso cabível o agravo de instrumento.

Por outro lado, apenas para fins comparativos, uma vez que o cerne do presente trabalho é a visão civilista da desconsideração, no processo do trabalho, segundo a Prof. Thereza Nahas, não cabe recurso da decisão que declara a desconsideração, apenas, desde que preenchidos os requisitos, a impetração de mandado de segurança.¹⁵³

Já André Pagani esclarece com clareza que “*não se deve permitir a impetração de mandado de segurança por aquele que sofre os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica sob o argumento de que seria terceiro (...)*”¹⁵⁴. Isto porque, se há recursos que podem ser utilizados pelo sócio em sua defesa, não há possibilidade de impetração de mandado de segurança.

¹⁵² SOUZA, André Pagani de. Op. cit. pp. 140 e 145.

¹⁵³ NAHAS, Thereza Christina. Op. cit. p. 140.

¹⁵⁴ SOUZA, André Pagani de. Op. cit. p. 146.

Não obstante, a interposição de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo contra a decisão que decretou a desconsideração é uma forma de prevenção, a fim de evitar a penhora antes do exercício do direito de ampla defesa e contraditório.¹⁵⁵

¹⁵⁵ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Op. cit. pp. 104 e 107.

CAPÍTULO 5 – DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA

A forma tradicional e mais utilizada é a decretação desconsideração da personalidade jurídica para o fim de atingir os bens pessoais dos sócios da pessoa jurídica que fora utilizada fraudulentamente.

No entanto, é possível na realidade jurídica pátria, a “desconsideração inversa” que consiste no “*afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio*”.¹⁵⁶

Assim, o que a desconsideração inversa basicamente coíbe é o desvio de bens¹⁵⁷ pelas pessoas físicas que utilizam a pessoa jurídica como instrumento para ocultar seus bens pessoais.

Portanto, seu objetivo é atingir o patrimônio da empresa quando esta personalidade importa em obstáculo à satisfação das obrigações do sócio em razão da transferência fraudulenta de seu patrimônio.

Desta feita, é comum se deparar com a criação de pessoas jurídicas que prestam apenas à administração de bens, que por vezes se tratam de bens camuflados na pessoa jurídica, haja vista que quem os usufrui é apenas o sócio majoritário e controlador, como por exemplo, quando a residência dos sócios se encontra em nome da pessoa jurídica.

Nestes casos, é óbvia a intenção de desvio de bens, para que o sócio não possua qualquer bem em seu nome.

Logo, se esta pessoa física que não possui bens em seu nome, contratar com um terceiro de boa-fé, que acredita na credibilidade do indivíduo pois mora em endereço nobre, possui carro de marca importada e etc., que não cumpre o contrato, o terceiro não encontrará meios de satisfazer seu crédito, haja vista a ausência de bens pessoais.

Assim, a fraude ora apresentada poderá ser contornada por meio da desconsideração inversa.

¹⁵⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Op. cit. p. 65.

¹⁵⁷ Idem.

Neste diapasão, ressalta-se que a desconsideração inversa é bastante utilizada no direito de família.

Isto porque, não é raro identificar casos nos quais o cônjuge, na iminência de uma separação judicial, a fim de fraudar a partilha de bens e esvaziar o patrimônio do casal, transfere os bens para uma sociedade ou quando de sua aquisição, adquire-os pela pessoa jurídica. Com isso, a meação do cônjuge será reduzida a quase nada, apesar de o casal possuir bens em comum.

Sendo que, com a desconsideração inversa na partilha, é possível incluir nos bens comuns aqueles registrados em nome da pessoa jurídica, mas que se prestam ao casal particularmente.

O mesmo tipo de desvio ocorre, outrossim, no direito de família, em casos onde pais e filhos constituem uma sociedade e transferem bens para a mesma com o fito de fraudar a legítima dos demais herdeiros necessários.¹⁵⁸

Não obstante, por vezes, alimentantes ocultam seus bens em sociedades das quais são sócios controladores, a fim de ver minorada a pensão alimentícia que devem pagar ao alimentando, ante a ausência de patrimônio pessoal.¹⁵⁹

Apesar de não haver previsão legal para tanto, vez que o art. 50 do CC prevê somente a desconsideração em sua forma tradicional, Nelson Nery aponta a Jornada IV STJ 284 como fonte regulamentadora da desconsideração inversa: “*É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada ‘inversa’ para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros*”¹⁶⁰.

Por fim, cumpre salientar que a penhora da participação do sócio na empresa também é possível e é o que vinha sendo utilizado anteriormente para sanar a fraude e a inadimplência do sócio.

Contudo, Calixto Salomão Filho, apresenta com propriedade a vantagem da desconsideração inversa sobre a penhora de quotas, principalmente no que concerne à celeridade no trâmite processual:

¹⁵⁸ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Op. cit. p. 139.

¹⁵⁹ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Op. cit. p. 134.

¹⁶⁰ NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. Op. cit. p. 249.

O interesse do credor é o recebimento de seu crédito e não a participação em ou mesmo a venda de quotas de uma sociedade a respeito da qual não tem qualquer informação.

[...]

A desconsideração é mais eficiente para o credor, evitando tanto a demora na avaliação das quotas ou ações como a propositura freqüente de embargos à arrematação que tornam o processo de execução extremamente lento. A penhora de dinheiro (numerário da sociedade) é, por determinação expressa de lei, a única que permite o recebimento do crédito pelo exeqüente imediatamente após o julgamento dos embargos do devedor em primeira instância, mediante prestação de caução idônea (art. 588, inc. II, CPC). Em todas as outras, o recebimento do crédito deve esperar primeiramente o julgamento final dos embargos de devedor e em seguida todo o procedimento arrematatório. A diferença de tempo, que pode chegar a até cinco anos, acaba por tornar a execução um instrumento a favor da própria inadimplência. A desconsideração é um dos meios de reduzir tal efeito.¹⁶¹

Desta forma, verifica-se que há outra forma de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, conhecida como “desconsideração inversa”.

CAPÍTULO 6 – DA DESCONSIDERAÇÃO SOB A ÓTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

¹⁶¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit. pp. 189/190.

Consoante o exposto nos capítulos anteriores, denota-se que não há regulamentação processual concreta sobre a forma correta do procedimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica.

Por esta razão, de acordo com o apresentado, há bastante divergência entre os estudiosos da matéria com relação ao procedimento mais adequado, além de provocar incertezas na prática no Poder Judiciário.

Tendo em vista que, apesar do recente surgimento no ordenamento jurídico brasileiro, a desconsideração é um instituto que vem sendo utilizado com bastante frequência, os elaboradores do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil decidiram incluir em seu texto capítulo específico para regulamentação dos pedidos de desconsideração.

Assim, o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil presidido pelo Ministro Luiz Fux, prevê e regulamenta, em seus artigos 62 a 65, a desconsideração da personalidade jurídica, *verbis*:

CAPÍTULO II
DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO
DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Art. 62. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado na forma da lei, o juiz pode, em qualquer processo ou procedimento, decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica.

Art. 63. A desconsideração da personalidade jurídica obedecerá ao procedimento previsto nesta Seção.

Parágrafo único. O procedimento desta Seção é aplicável também nos casos em que a desconsideração é requerida em virtude de abuso de direito por parte do sócio.

Art. 64. Requerida a desconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou o terceiro e a pessoa jurídica serão intimados para, no prazo comum de quinze dias, se manifestar e requerer as provas cabíveis.

Art. 65. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento.¹⁶²

¹⁶² BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil* : anteprojeto. Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2011.

Deste modo, analisando as premissas do Anteprojeto conclui-se que os elaboradores decidiram:

- que o pedido deve seguir o princípio dispositivo, ou seja, as partes ou o Ministério Público que devem formular o pedido, sendo defeso ao juiz declarar a desconsideração de *ex officio*;

- aceitar o pedido de desconsideração em qualquer processo, não só em ação de execução, ao contrário do defendido por alguns doutrinadores;

- que haverá a formação de um incidente ao processo em trâmite, portanto, não será feito por simples petição nos autos principais;

- que, ao contrário do que vem sendo adotado atualmente pelos tribunais, a intimação - e não citação - do sócio atingido pela desconsideração é obrigatória;

- que ao sócio ou terceiros atingidos pela desconsideração e à própria pessoa jurídica, será concedido o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar defesa nos autos do incidente, logo, não há necessidade de oposição de embargos nem mesmo impugnação;

- que a decisão que desconsidera a personalidade jurídica caracteriza uma decisão interlocutória recorrível por meio de agravo de instrumento.

Logo, após a aprovação e entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil não haverá mais divergências sobre o procedimento do pedido de desconsideração.

CONCLUSÃO

O tema abordado no presente trabalho, pode ser considerado um tema recente no ordenamento jurídico brasileiro.

Isto porque, por mais que desde meados do ano de 1970 Rubens Requião já defendia a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o instituto foi regulamentado na legislação brasileira somente com o advento do Código de Defesa do Consumidor de 1990 e com a entrada em vigor do novo Código Civil em 2002.

Logo, ainda pairam muitas dúvidas com relação ao cabimento da desconsideração e a sua forma de aplicação, sendo que seu procedimento ainda não se encontra regulado no Código de Processo Civil pátrio.

Desta forma, conforme o exposto ao longo do presente trabalho, existem diversas contradições no tocante ao posicionamento dos doutrinadores e juristas no que tange à aplicação e processamento do pedido de desconsideração, o que acaba criando uma certa insegurança jurídica e econômica.

Nos últimos tempos, o desenvolvimento empresarial em nosso país aumentou significativamente, haja vista a facilitação na criação de sociedades empresariais.

Os empresários preferem se reunir e exercer suas atividades por trás de uma sociedade empresária, a fim de proteger o seu patrimônio pessoal, dos riscos empresariais. Isto porque, os empresários individuais ainda respondem ilimitada e pessoalmente por seus negócios, o que será aletrado em breve com a entrada em vigor das Eirelis.

Por esta razão os tipos de sociedade mais comuns em nosso país são as sociedades por quotas de responsabilidade limitada e as sociedades anônimas, pois são justamente nessas que os sócios respondem limitadamente, até o limite de suas quotas, pelas dívidas sociais.

Não penso que seja errado, permitir a criação de sociedades nas quais seus sócios não respondam pessoalmente pelas dívidas contraídas pela primeira.

Realmente, sem esta limitação, poucos empresários se arriscariam nas atividades empresariais temendo a dilapidação de seu patrimônio em função do fracasso de seu empreendimento, desestimulando a atividade empresarial e industrial em nosso país que é de suma importância para seu o desenvolvimento.

No entanto, infelizmente, muitas pessoas, agindo de má-fé, que se utilizam desta barreira criada pelo ordenamento jurídico para buscar fraudulentamente recompensa financeira, prejudicando, em contrapartida, terceiros de boa-fé.

Diante deste artifício malicioso praticado por certas pessoas, surgiu o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, justamente para coibir o abuso da personalidade jurídica.

Acredito que esta foi a melhor solução para este impasse. Isto porque, defendo a separação patrimonial e com o limite de responsabilidade do sócio dependendo do tipo de sociedade.

Essas medidas são vitais para o bom desempenho das atividades empresariais e o desenvolvimento em nosso país.

Assim, para coibir a utilização fraudulenta da separação patrimonial entre o sócio e a pessoa jurídica, verifico que a desconsideração da personalidade jurídica é a melhor solução, pois irá responsabilizar aqueles que não merecem ter seu patrimônio preservado.

Contudo, a aplicação deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro ainda se encontra falha.

Por vezes, verifica-se que mesmo em se tratando de aplicar a desconsideração da personalidade jurídica há muitos entraves até que a mesma possa efetivamente se concretizar.

O que observo ultimamente no exercício da advocacia, são inúmeros casos nos quais se adquire o direito mas dificilmente é possível satisfazê-lo.

Por exemplo, ultimamente, a fase de cumprimento de sentença, é muito mais desgastante e tormentosa do que todo o processo de conhecimento. Isto porque, cada vez mais está mais difícil encontrar patrimônio dos devedores, que se utilizam de diversos artifícios para ocultá-los, a fim de frustrar a execução movida por um credor.

Portanto, ao meu ver, se um credor já possui um título executivo, judicial ou extrajudicial, em seu favor e teve que se socorrer ao judiciário para ver seu crédito satisfeito, já está em desvantagem. Isto porque, sendo o crédito devido, não deveria o devedor frustrar seu pagamento.

Logo, se observa que o credor já teve que buscar o judiciário para obter seu crédito e mesmo assim fica por anos numa saga incansável de tentar localizar bens do devedor, sem êxito. Isto porque, na maioria das vezes, não se trata de não possuir patrimônio para liquidar a dívida, na maioria das vezes, os devedores dolosamente ocultam seus bens.

Portanto, ao meu ver, tendo em vista que há uma dívida inadimplida, o devedor já não está com a razão e já não merece a tutela jurisdicional mais ao seu favor do que a favor do credor.

No entanto, concordo que deva haver a preservação dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Assim, acredito que as hipóteses de cabimento do pedido de desconsideração previstas pelo art. 50 do Código Civil estão corretas.

No entanto, não concordo que a parte credora deva provar a fraude, o abuso do direito ou a confusão patrimonial efetuada pelo devedor, isto porque, neste casos o credor é parte hipossuficiente. Como poderia ele provar eventuais fraudes internas nas negociações da empresa sendo que ele não têm acesso a elas?

Nesse mesmo sentido, acredito que não cabe ao credor apontar quem tinha poder de gestão, ou que provocou o ato fraudulento para que somente aquela pessoa seja responsabilizada. O credor não possui meios suficientes para provar estes fatos.

Logo, havendo apenas indícios de algumas das hipóteses do art. 50 do CC, acredito que já deva ser deferida a desconsideração, invertendo-se o ônus da prova, cabendo ao sócio da pessoa jurídica devedora provar que não agiu fraudulentamente.

Afinal, lembramos que o credor já possui um direito líquido e certo que não está sendo satisfeito por motivos alheios à sua vontade e lembramos que a execução, atualmente, se processa em favor do credor e não do devedor.

Além disso, defendo que, após a desconsideração da personalidade jurídica, há necessidade de citação do sócio atingido, para que apresente sua defesa, considerando a inversão do ônus da prova.

Todavia, apesar de julgar necessária a citação do sócio, entendo que enquanto esta não se realiza, poderá o credor pleitear o arresto dos bens dos

sócios, a fim de evitar que o mesmo se desfaça do seu patrimônio pessoal enquanto se oculta da tentativa citação ou é apreciada a sua defesa.

Assim, apenas após sua citação e julgamento de eventual defesa, os bens encontrados e arrestados seriam convertidos em penhora.

Nos casos de desconsideração pelas hipóteses do art. 50 do CC defendo a possibilidade de requerimento da desconsideração por petição simples nos próprios autos e deferimento sem a oitiva ou citação dos sócios, que se dará após o deferimento da desconsideração.

Isto porque, estamos diante de uma situação na qual há inadimplência injustificada pela pessoa jurídica devedora, sendo que há indícios que sua personalidade jurídica foi utilizada com abuso por seus sócios. Logo, mister se faz agir com rapidez e pegar seus sócios desprevenidos com sua responsabilização pessoal, antes que os mesmos, cientificados de que haverá a desconsideração, esvaziem seu patrimônio pessoal, sacando todo o dinheiro de suas contas bancárias, por exemplo.

Mesmo sendo a desconsideração pedida por petição simples e deferida de plano, poderá o sócio exercer a ampla defesa e contraditório em momento posterior. O que não se pode é permitir que em função da morosidade da justiça, se abra oportunidade para o devedor que já demonstra má-fé ante o abuso da utilização da personalidade jurídica, ocultar seus bens e frustrar novamente a adimplência do débito.

Por outro lado, defendo, também, a aplicação da elucidada teoria menor, ou seja, acredito que nos casos de simples inadimplemento, poderá, também, ocorrer a desconsideração.

Mas nesses casos, acredito que o trâmite processual deverá ser outro, tendo em vista que há apenas inadimplemento sem sinais de fraude, abuso do direito ou confusão patrimonial.

Portanto, em tais hipóteses defendo a necessidade de instauração de um incidente processual, para um processo cognitivo, com o objetivo de se apurar o motivo do inadimplemento e se cabe ou não a desconsideração da personalidade jurídica.

Neste incidente, deverá haver a citação dos sócios, suas defesas e uma sentença, condenando-os ou não ao pagamento pela dívida social.

Isto porque, lembro que não é justo que o credor simplesmente fique sem receber seu crédito, a não ser que haja uma justificativa plausível por parte do devedor.

Ademais, concordo com a responsabilização ilimitada e sem benefício de ordem dos sócios da pessoa jurídica a qual terá sua personalidade desconsiderada.

Pelo que se observa do presente trabalho, o projeto do novo Código de Processo Civil irá regular o pedido de desconsideração da personalidade jurídica. No entanto, *data vênia*, não acredito que o mesmo irá suprir todas as falhas atuais em sua aplicação.

Não obstante, resta saber se com a entrada em vigor do futuro novo Código Civil, os julgadores irão seguir corretamente as normas, pois, conforme o exposto, o Poder Judiciário vem desconsiderando a personalidade jurídica da pessoa jurídica em quase todas as hipóteses de inadimplência, arbitrariamente, inclusive optando pela desnecessidade de citação do sócio, desprezando por completo o princípio da separação patrimonial.

Portanto, há uma divergência enorme atualmente entre o que os doutrinadores pensam sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e como ela vem sendo aplicada pelo Poder Judiciário, que deve ser suprida o quanto antes. Esta matéria precisa ser pacificada pelos doutrinadores e tribunais, para evitar falhas nos julgamentos e inseguranças jurídicas e econômicas.

BIBLIOGRAFIA

Referências bibliográficas:

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Acquaviva*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Execução de bens dos sócios : obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas : da desconsideração da personalidade jurídica : (doutrina e jurisprudência)*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Desconsideração da personalidade jurídica : aspectos processuais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, volume 2 : direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 1 : teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 8 : direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Dicionário Jurídico Universitário*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica : análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor : comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 31. ed. Rio de Janeiro: Atual, 2008.

MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *O Responsável Executivo Secundário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, v. 1 : parte geral*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica* : reflexos civis e empresariais no direito do trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NEGRÃO, Theotônio e José Roberto F. Gouvêa. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor* : com exercícios. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1967.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1999.

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

SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código Civil Comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da personalidade jurídica* : aspectos processuais. São Paulo: Saraiva, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. v. II. Rio de Janeiro: Forense. 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil* : parte geral. v. 1. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Artigos em Jornais:

REVISTA TRIBUNA DO DIREITO. *Nova lei cria novo tipo de empresa: Eireli*. São Paulo: Ano 19, nº 220, Agosto de 2011.

Legislação:

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1.943. Consolidação das Leis do Trabalho. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1.994. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1.990. Código de Defesa do Consumidor. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>.

BRASIL. Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.htm>.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1.976. Lei das Sociedades Anônimas. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm>.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1.966. Código Tributário Nacional. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1.073. Código de Processo Civil. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil* : anteprojeto. Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>.