

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

MARIANA DE SOUZA FREITAS

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

São Paulo

2014

MARIANA DE SOUZA FREITAS

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como parte das atividades para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, elaborado sob a orientação do Prof. Dr. Cláudio Cintra Zarif da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

São Paulo

2014

MARIANA DE SOUZA FREITAS

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Coordenadoria Geral de Especialização,
Aperfeiçoamento e Extensão (COGEAE) da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como
requisito à obtenção do grau de Especialista em
Direito Processual Civil.

Aprovada em

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Cláudio Cintra Zarif – Orientador
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof (ª). Examinador (a) 02
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof (ª). Examinador (a) 03
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

São Paulo

2014

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO
PROCESSUAL CIVIL

Eu, Mariana de Souza Freitas, regularmente matriculada no Curso de Especialização em Direito Processual Civil, tendo realizado o trabalho de pesquisa com o título: “A desconsideração da personalidade jurídica”, sob a orientação do professor: Dr. Cláudio Cintra Zarif, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Especialização, informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além de reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 20 de março de 2014.

Assinatura do aluno (a)

Aos meus amados pais, por me
ensinarem a sonhar de olhos abertos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu querido orientador, do qual sempre recebi palavras de incentivo, ajudando-me a aprimorar a presente obra com seus valiosos conselhos.

Agradeço em especial aos meus pais, maiores exemplos de caráter e superação, nos quais me inspiro e espelho minhas ações, esperando um dia poder retribuir com a mesma plenitude toda a dedicação e amor a mim dedicados.

Obrigada por confiarem em minhas decisões e permitirem que eu seguisse novos caminhos, quando os já trilhados não mais faziam sentido.

Por fim, agradeço ao meu amor, Raphael, por sua paciência e apoio nas horas mais difíceis.

Obrigada a todos.

Mariana de Souza Freitas

Em razão do princípio da autonomia patrimonial, as sociedades empresárias podem ser utilizadas como instrumento para a realização de fraude contra os credores ou mesmo abuso de direito. Na medida em que é a sociedade o sujeito titular dos direitos e devedor das obrigações, e não seus sócios, muitas vezes os interesses dos credores ou de terceiros são indevidamente frustrados por manipulações na constituição de pessoas jurídicas, celebração dos mais variados contratos empresariais, ou mesmo realização de operações societárias, como as de incorporação, fusão, cisão. Nesses casos, alguns envolvendo elevado grau de sofisticação jurídica, a *consideração* da autonomia da pessoa jurídica importa a impossibilidade de correção de fraude ou abuso. Quer dizer, em determinadas situações, ao se prestigiar o princípio da autonomia da pessoa jurídica, o ilícito perpetrado pelo sócio permanece oculto, resguardado pela licitude da conduta da sociedade empresária. Somente se revela a irregularidade se o juiz, nessas situações (quer dizer, especificamente no julgamento do caso), não respeitar esse princípio, *desconsiderá-lo*. Desse modo, como pressuposto da repressão a certos tipos de ilícitos, justifica-se episodicamente a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária. (COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de Direito Comercial*, 15ª edição, vol. II, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52)

RESUMO

O presente trabalho visa abordar tema de relevante importância na atualidade, a partir da observância dos riscos empresariais, em particular a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, da qual se tem a ausência de distinção entre o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio de seus membros. É de suma importância que a responsabilização decorrente da prática de atos fraudulentos seja de conhecimento do empresário, de modo que este se ciente sobre as hipóteses em que se configura a desconsideração da personalidade jurídica, evitando, deste modo, eventual responsabilização pessoal por dívidas societárias. A desconsideração da personalidade jurídica encontra-se positivada em particular no Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Lei do CADE (nº 12.529/2011) e Lei nº 9.605/1998, dispondo esta última acerca das sanções penais e administrativas oriundas de atividades lesivas ao meio ambiente; dentre outras áreas afetas a estas. Por fim, será abordada a previsão do instituto da desconsideração no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito do Consumidor. Lei do CADE. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Condutas abusivas de sócios ou administradores. Atos fraudulentos.

ABSTRACT

The present article aims to approach an actual and relevant theme, through the observance of business risks, particularly the “disregard doctrine”, from which there is the absence of the distinction between the legal entity's patrimony and of its members' patrimony. It is extremely important that the accountability arising from the practice of fraudulent acts is of knowledge of the entrepreneur. In this line, the entrepreneur must be aware about the hypotheses of the “disregard doctrine” (piercing the corporate veil), avoiding, this way, any personal liability for corporate debts. The “disregard doctrine” is written in the Civil Code, Consumer Protection Code, CADE's Law (n. 12.529/2011) and Law n. 9.605/1998, providing, in this last Law, penal and administrative sanctions arising from detrimental activities to the environment; among other areas related to this subject. Finally, it will be discussed the “disregard doctrine” in the draft of the new Civil Procedure Code.

Keywords: Civil Law. Consumer Law. CADE's Law. Disregard Doctrine. Draft of the new Civil Procedure Code. Abusive acts practiced by Partners or Administrators. Fraudulent Acts.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. ASPECTOS HISTÓRICOS	13
3. DA PERSONALIDADE E DA PESSOA JURÍDICA.....	21
3.1 Conceito	21
3.2 Da natureza da pessoa jurídica	23
4. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (DISREGARD DOCTRINE)	26
4.1 Direito Civil, Comercial e Lei n. 9.605/1998	39
4.2 Direito do Consumidor	45
4.3 Direito do Trabalho.....	48
4.4 Direito Tributário.....	51
4.5 Lei do CADE – n. 12.529/2011	52
5. HIPÓTESES DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA...	53
5.1 Da desconsideração inversa da personalidade jurídica.....	56
6. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA SOBRE O PRISMA PROCESSUAL.....	59
6.1 Da análise dos atos judiciais	59
6.2 Das considerações sobre a execução civil	67
6.3 Do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil	77
7. CONCLUSÃO	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	82

1. Introdução

O presente trabalho trata da desconconsideração da personalidade jurídica das sociedades, considerando para tanto a existência autônoma da pessoa jurídica, a qual, em regra, estabelece que a responsabilidade dos sócios no que tange às dívidas da sociedade limita-se ao valor do capital social, observando o tipo societário escolhido em cada caso.

Neste sentido, o patrimônio pessoal dos sócios em um primeiro momento não estaria sujeito aos riscos da atividade empresarial. Ocorre que, em virtude de manobras fraudulentas oriundas da tentativa em evitar a responsabilização por dívidas, fora permitido que em determinadas circunstâncias não seja realizada a separação entre o patrimônio dos sócios e, a respectiva pessoa jurídica.

A partir deste parâmetro tem-se a configuração da desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade, cuja aplicação não põe fim a sociedade empresária, mas sim, a desconhece momentaneamente, razão pela qual é de suma importância o conhecimento de sua aplicação pelos sócios empresários, de modo a resguardarem-se de possível responsabilização pessoal por dívidas oriundas de suas atividades empresariais.

A desconconsideração da personalidade jurídica encontra-se positivada no Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e Lei do CADE (Lei n. 12.529/2011), em particular. Cumpre ressaltar ainda, a Lei n. 9.605/1998, a qual consolida as sanções penais e administrativas decorrentes de atividades lesivas ao meio ambiente.

Neste contexto, serão abordados os preceitos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, no que tange à desconconsideração da personalidade jurídica.

A análise da matéria em debate inicia-se a partir da evolução histórica das relações sociais que permitiram o surgimento da desconconsideração da personalidade jurídica das sociedades, comparando-se ordenamentos jurídicos estrangeiros que adotaram a aplicação do instituto.

De modo a facilitar a compreensão acerca da matéria, o presente trabalho analisa o histórico e a caracterização da desconconsideração da personalidade jurídica, permitindo assim obter uma melhor compreensão do conceito em nossa legislação vigente.

No que tange ao método de procedimento aplicado ao presente trabalho, este consiste em histórico e comparativo, visto que será abordada a evolução dos fatos que resultaram na definição e aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica, além de seu contraste com outras disposições legais.

Assim, esta obra visa prestar esclarecimentos acerca das situações em que a lei permite a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, além de auxiliar no entendimento da matéria em debate, ressaltando suas devidas peculiaridades.

Para tanto, faz-se necessário destacar a natureza do instituto, a qual permite preservar o direito do credor em exigir o cumprimento das obrigações pela parte contrária, diante de evidente conduta fraudulenta exercida por seus representantes legais.

Diante de todo o exposto, é de extrema importância enfatizar a caracterização e aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em seus diversos aspectos, de modo a permitir uma melhor compreensão de seu conceito e configuração nos dias atuais.

2. Aspectos históricos

Antes de adentrarmos na definição da teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica e suas particularidades, torna-se necessário traçar um plano histórico que nos permita compreender quais as circunstâncias e acontecimentos relevantes que permitiram sua aplicação no contexto atual.

Em que pese não haver um consenso acerca da exata origem da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard of the legal entity* ou *disregard doctrine*), há entendimento de parte da doutrina de que o instituto fora utilizado pela primeira vez pelo Juiz Marshall, no caso *Bank of United States x Deveaux*, em 1809.

Entretanto, a doutrina majoritária entende que a referida teoria decorreu do caso *Salomon x Salomon & Com*, no Direito Inglês, sendo este julgado pela *House of Lords*, posteriormente adotado em países europeus.

O *Companies Act*, de 1929, estabelecia, na seção 279: “se no curso da liquidação de sociedade constata-se que um seu negócio foi concluído com o objetivo de perpetrar uma fraude contra credores, dela ou de terceiros, ou mesmo uma fraude de outra natureza, a Corte, a pedido do liquidante, credor ou interessado, pode declarar, se considerar cabível, que toda pessoa que participou, de forma consciente, da referida operação fraudulenta será direta e ilimitadamente responsável pela obrigação, ou mesmo pela totalidade do passivo da sociedade” (Bastid-David-Luchaire, 1960:77). A doutrina credita o dispositivo inovador às repercussões do caso *Salomon*, cujos efeitos se podiam entrever ainda em 1948, na revisão e consolidação daquele estatuto, e em 1986, na edição do *Insolvency Act* (Verrucoli, 1964:92/93; Farrar-Hannigan, 1985:72). (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, 15ª edição, vol. II, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69)

Apesar de ter sido o Direito alemão o primeiro a elaborar teses jurídicas sobre o tema em discussão, premissas foram igualmente desenvolvidas em outros países, em particular: Inglaterra, França e Itália.

O ponto em comum entre a adoção do instituto nos referidos países consiste em ser necessária a existência de um fato ou ato que autorizasse a aplicação da desconsideração, motivo pelo qual os doutrinadores fazem ressalva quanto ao fato de a redução dos efeitos da personalidade jurídica tratar-se de medida excepcional, ou seja, não deve ser considerada como medida comum.

No que tange à concepção do direito para os juristas ingleses e norte-americanos, este é consubstancialmente jurisprudencial, o que permitiu a aplicação da desconsideração da

personalidade jurídica pelos tribunais, visto a intenção de adotar um posicionamento em conformidade com a justiça.

Ainda, na hipótese de discutir-se a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na relação entre a empresa principal e subsidiária, esta deve ser considerada anormal, condição demonstrada a partir de determinada circunstância que possa ser considerada como abusiva.

Pode-se asseverar, então, que a mera existência de controle de uma sociedade sobre outra, representada pela titularidade da maior parte das suas ações, não é requisito suficiente para aplicar-se a desconsideração da personalidade jurídica. Faz-se necessário que haja uma manipulação, que se comprove claramente a existência separada da subsidiária é apenas aparente, não respeitando as formalidades societárias e não havendo qualquer separação no exercício da atividade empresarial. (KOURY, Suzy Elisabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 100)

A confusão aparente entre personalidades consiste em um indício para que haja a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica das empresas componentes de um grupo. Assim, pode-se afirmar que o direito americano opera a desconsideração da personalidade jurídica por meio da força dos próprios fatos.

No que tange ao direito germânico, a desconsideração da personalidade jurídica era conhecida como *durchgriff*, residindo tal caracterização no desvio da função da pessoa jurídica, considerando para tanto os valores do ordenamento jurídico, de modo a afastar o princípio que estabelece a separação entre pessoas jurídicas e seus respectivos membros.

De modo a justificar a aplicação do instituto, os tribunais alemães buscam identificar as seguintes circunstâncias: (i) subcapitalização, situação na qual se verifica uma desproporção entre a quantidade de negócios e, o capital em si que a empresa dispõe; (ii) confusão de patrimônios, (iii) confusão de esfera de atividades, hipótese em que a autonomia da pessoa jurídica não é devidamente respeitada e; (iv) abuso da personalidade jurídica, a partir de conduta abusiva desta última, ainda que outros fatores encontrem-se demonstrados de forma regular, tal como, capital apropriado.

Fica claro, assim, que, da mesma forma que no Direito americano, as causas justificadoras de penetração no Direito alemão não são sempre as mesmas, baseando-se, como destaca DROBNIG, “...manifestamente em considerações de razões e de justiça, que intervém em cada caso particular.” (Ibid., p. 111)

Na França, tem-se o entendimento de que havendo duas sociedades com a mesma sede social, assinatura na correspondência, juntamente com o controle existente, pode ser configurada a desconsideração da personalidade jurídica.

Visava-se coibir o abuso de personalidade jurídica das sociedades, seja seus controladores pessoas físicas ou sociedades em si, condição esta que pode ser verificada na transcrição abaixo.

A Lei n. 67.563, de 13 de julho de 1967, manteve essa orientação no seu artigo 101, declarando que “no caso de regulamento judiciário ou liquidação de bens de uma pessoa jurídica, pode ser responsabilizado, pessoalmente, em regulamento judiciário ou liquidação de bens, qualquer dirigente de direito ou de fato, aparente ou oculto, remunerado ou não, que, sob o manto da pessoa jurídica, encobrindo suas atividades, praticou atos de comércio no seu interesse pessoal; ou dispôs dos bens sociais como se fossem seus; ou prosseguiu, abusivamente, no seu interesse pessoal, uma exploração deficitária, que não podia, senão, conduzir a cessação de pagamentos de pessoa jurídica. (KOURY, Suzy Elisabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 115)

Por sua vez, o Direito falimentar francês buscava punir aqueles que utilizassem indevidamente da pessoa jurídica, observando para tanto a realidade dos fatos. Ainda, a unidade econômica é considerada para configuração do instituto, associada à confusão de patrimônios, objetos sociais idênticos e direção das empresas agrupadas.

No que tange ao Direito argentino, a desconsideração da personalidade jurídica é conhecida como *penetración de la personalidad de las sociedades*. A Lei de Sociedades Comerciais (alterações introduzidas pela Lei n. 22/903/83), em seu artigo 54, preceitua a extensão da responsabilidade à controladora, quando esta tenha utilizado de meios contrários ao ordenamento jurídico argentino para utilização da personalidade da controlada.

Assim, a utilização da personalidade jurídica para violar a lei, frustrar direitos de terceiros e confundir o patrimônio consistem em requisitos para configuração da desconsideração.

Importante destacar, ainda, o avanço do Direito argentino no que diz respeito à possibilidade de condenação de sócios e de sociedades grupadas somente na fase de execução de sentença, sem que tenham sido citados para integrar a lide, o que GONZÁLEZ e LAFUENTE entendem não violar a garantia de ampla defesa em juízo, pois “...não se pode esquecer que eles atuaram em juízo, ainda que indiretamente, através da pessoa jurídica, de tal forma que tiveram amplo conhecimento da situação processual, que conduziu a este resultado apenas porque utilizaram a pessoa jurídica para fins diversos dos

previstos em lei...” . (KOURY, Suzy Elisabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 124)

Neste contexto, a doutrina e jurisprudência estrangeira adotaram o entendimento de que a aplicação do instituto não caracterizaria a anulação da pessoa jurídica, mas a suspensão da eficácia de sua disposição patrimonial, visando atingir o sócio.

Ainda, consolidou-se o entendimento da doutrina estrangeira de que cumpre àquele que invoca o instituto da desconsideração da pessoa jurídica o *onus probandi*.

Como no Brasil não havia nenhuma lei que expressamente autorizasse a aplicação de tal teoria entre nós, valiam-se os tribunais, para aplicá-la, analogicamente, da regra do art. 135 do Código Tributário Nacional, que responsabiliza pessoalmente os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado por créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com “excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”. (GONGALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, vol. I: parte geral*. 9ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 250)

No Brasil, Rubens Requião foi o primeiro jurista a tratar o tema em discussão, em 1960, ressaltando o problema decorrente da separação incisiva entre a pessoa jurídica e seus membros, visto que tal medida poderia resultar em condutas contrárias ao direito.

Ainda, o referido doutrinador defendeu a utilização do instituto por magistrados, independente de expressa disposição legal neste sentido.

Diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens dentro dela se escondem para fins ilícitos e abusivos. (GUIMARÃES, Antonio Márcio da Cunha; FERREIRA, Carolina Iwancow. *Desafios Empresariais e seus reflexos jurídicos*. 1ª. Ed. São Paulo: Ícone, 2013, p. 18)

A dificuldade da aplicação da desconsideração residia no fato de que o ordenamento jurídico pátrio consagrava a separação entre sociedades e sócios, conforme disposição do Código Civil de 1916, sendo a personalidade considerada impenetrável.

Por outro lado, os tribunais brasileiros considerando a necessidade de aperfeiçoamento do direito, prolataram decisões invocando o instituto, ainda que não houvesse dispositivo legal a respeito.

Assim, a preocupação dos doutrinadores e juízes com a aplicação da fundamentação legal levava-os a recorrer à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em casos de defeitos dos atos jurídicos, em particular, fraude, dolo e simulação.

Diante das referidas mudanças, o instituto da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica fora positivado no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e; em seguida, legislação ambiental, a partir da Lei nº 9.605/1998; além do Código Civil vigente e Lei n.12.529/2011 (modificando a Lei n. 8.884/1994).

Pontes de Miranda também foi um dos precursores na discussão acerca da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, entendendo pela sua não utilização, em contraposição à realidade legislativa brasileira.

Desprezo das formas de direito das pessoas jurídicas, o ‘*disregard of Legal Entity*’, provém de influências, conscientes e inconscientes, do capitalismo cego, que, chegando a negar, por vezes, a ‘pessoa’ jurídica privada, prepara o caminho para negar a ‘pessoa’ do Estado. Tal internacionalismo voraz e a metafísica da extrema esquerda empregam, de lados opostos, as mesmas picaretas. (BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39; Apud: MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, t. L, p. 303)

No tocante à desconsideração para fins de responsabilidade, tal medida deverá ser realizada perante o Poder Judiciário, pois, cabe a este proceder com a constrição de bens de determinado indivíduo, se presentes os requisitos para tanto.

Quando se “desconsidera” a pessoa jurídica, em verdade torna-se a autonomia patrimonial deste acervo de bens imperfeita ou relativa para atingir bens de terceiro (sócios na desconsideração jurídica direta; sociedade, na indireta), porque se suspende a eficácia da limitação da responsabilidade dos bens. Não há portanto uma ineficácia ou anulação da pessoa jurídica porque ela não se resume ao seu aspecto patrimonial. Tanto isso é verdade que, se levássemos o entendimento contrário avante, a pessoa jurídica que tivesse um patrimônio negativo não teria mais personalidade jurídica e não poderia praticar seus atos negociais e processuais, o que é um absurdo. Quando se desconsidera a personalidade jurídica apenas se mitiga um de seus aspectos mas a pessoa jurídica continua válida, inclusive para o caso em que está sendo “desconsiderada”, pois neste suspende-se somente a sua autonomia patrimonial, suspendendo-se também a limitação da responsabilidade do sócio. (BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48)

O ordenamento jurídico busca a partir da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*), responsabilizar as pessoas físicas ou jurídicas que tenham desviado a sociedade de suas funções empresariais.

A discricionariedade do juiz na aplicação da *disregard doctrine* implica o dever de adotar a melhor solução para que se alcance a finalidade da lei, sendo certo que a pessoa jurídica, como ente distinto dos sócios que a compõem, evidentemente não foi criada com o intuito de permitir que fraudes e simulações alcancem seus objetivos nem, tampouco, para que se atinjam fins contrários aos princípios que norteiam o ordenamento jurídico. (KOURY, Suzy Elisabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 134)

Ainda, a desconsideração da personalidade jurídica fora tratada no artigo 2º, parágrafo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com a seguinte redação:

Art. 2º. (...) § 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, constituindo um grupo industrial, comercial ou qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Em que pese a referida redação legal considere a desconsideração exclusivamente para grupos econômicos, os tribunais trabalhistas têm optado por privilegiar o direito de crédito do trabalhador perante a limitação da responsabilidade do sócio, ou seja, a responsabilidade antes limitada passa a ser subsidiária e ilimitada.

Com o surgimento da democracia social, intensifica-se a participação do Estado na sociedade e, por consequência, a participação do juiz do processo, que não deve mais apenas estar preocupado com o cumprimento das “regras do jogo”, cabendo-lhe agora zelar por um processo justo, capaz de permitir (a) a justa aplicação das normas de direito material; (b) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real e (c) a efetividade da tutela dos direitos, pois a neutralidade é mito, e a inércia do juiz, ou o abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, não é compatível com os valores do Estado atual. (MARINONI, Luís Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 1996, p.66)

Sob outro aspecto, parte da doutrina critica o entendimento consubstanciado no artigo 50 do Código Civil acerca da restrição da iniciativa à parte ou do Ministério Público, no

tocante à responsabilização dos envolvidos no abuso configurado na personalidade jurídica, nos seguintes termos:

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

Nesta linha de raciocínio da crítica ora comentada, caberia ao julgador a partir da análise do caso concreto questionar a atuação das empresas, suas atividades empresariais, investigando a atuação de pessoa jurídica com finalidades distintas daquelas preceituadas no momento de sua criação, ainda que *ex officio*.

Feitas essas observações, poder-se-ia afirmar que, no Direito brasileiro, a *Disregard Doctrine* baseia-se em normas expressas, no sistema legal de eficácia dos atos jurídicos e, ainda, nos princípios gerais que informam nosso ordenamento jurídico. Fundamentalmente, a desconsideração da personalidade jurídica tem como pressupostos “... circunstâncias que provocam a incompatibilidade entre o ordenamento jurídico e o resultado a que atingiria, no caso concreto, através da utilização da pessoa jurídica”. (KOURY, Suzy Elisabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 134)

A partir de tal entendimento, esta conduta estaria supostamente amparada pelos artigos 131 e 462 do Código de Processo Civil, os quais preceituam, respectivamente, acerca da livre apreciação da prova pelo juiz e, consideração dos fatos constantes no processo ainda que não alegados pelas partes; bem como, a possibilidade de o juiz considerar fatos constitutivos, modificativos ou extintivos que influam no julgamento de ofício.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

Em que pesem estas observações, adiante será discutido de forma ampla acerca do respeito ao princípio do contraditório, bem como da necessidade de observância à provocação pela parte no processo para que haja aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

3. Da personalidade e pessoa jurídica

3.1 Conceito

O conceito atinente à pessoa jurídica pode ser descrito como sendo uma criação do mundo jurídico, da lei, a partir de um ente personalizado que, passando a ter existência jurídica, adquire personalidade cujos efeitos não podem ser ignorados.

O conceito de personalidade está umbilicalmente ligado ao de pessoa. Todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade. Esta é, portanto, qualidade ou atributo do ser humano. Pode ser definida como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica. (...) O direito reconhece personalidade também a certas entidades morais, denominadas *peçoas jurídicas*, compostas de pessoas físicas ou naturais, que se agrupam, com observância das condições legais, e se associam para melhor atingir os seus objetivos econômicos ou sociais, como as associações e sociedades, ou constituídas de um patrimônio destinado a um fim determinado, como as fundações. (GONGALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, vol. I: parte geral*. 9ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 94-95)

Atribui-se, portanto, à desconsideração da personalidade jurídica a responsabilidade em fixar os limites da personalidade jurídica, em conformidade com o interesse social e preceitos legais.

Tal caracterização reafirma o entendimento de que, caso a personalidade jurídica não fosse considerada real para o direito em si, trataria apenas de expressão vocabular.

Assim, da mesma forma que ocorre com os seres humanos, a personalidade jurídica não reflete nem traduz toda personalidade social que serve de substrato a estes entes coletivos, pois trata-se de “...uma unificação produzida pelo Direito para a atuação externa do grupo no comércio jurídico com os demais, algo assim como uma máscara aplicada sobre um rosto, embora não o refletindo exatamente...” (KOURY, Suzy Elisabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 24)

É possível afirmar que em conformidade com as exigências e necessidades que a sociedade imponha, a personalidade jurídica deve existir, de modo a não afastar-se da realidade social, sem oposição do ordenamento jurídico neste sentido.

Poder-se-ia concluir, portanto, que o direito pode reconhecer personalidade jurídica a determinados entes que constituam coletividades antes desse reconhecimento ou, como querem os franceses, que sejam pessoas morais, como também pode conceder personalidade jurídica a complexos que não apresentem a chamada personalidade social ou moral. (KOURY, Suzy Elisabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 25)

A ideia de personalidade jurídica é concebida para atuar como instrumento voltado a atender as necessidades da realidade social em que fora criada, ou seja, em conformidade com o mundo jurídico no qual está inserido.

A personificação garante a separação do patrimônio entre as pessoas físicas e jurídicas, que se relacionam e a integram, a partir da limitação de responsabilidades. Neste sentido, deve-se desconsiderar a personalidade sempre que houver sua utilização para fins diversos daqueles legalmente esperados, particularmente, do que fora concebida.

Tanto pessoas físicas quanto as coletivas devem ser concebidas como pessoas jurídicas, visto que consistem em pessoas de acordo com o direito, cabendo, ainda, ao ordenamento jurídico a concessão de personalidade jurídica a determinados entes.

A concessão ora mencionada pode ocorrer a partir de entes já existentes, momento em que estes, frise-se, deverão estar em conformidade com a realidade social na qual estão inseridos ou, a entes inexistentes na sociedade, os quais passarão a existir como realidades sociais; situação esta que não pode ser ignorada pelo ordenamento jurídico.

Assim, a partir do reconhecimento da personalidade jurídica, ente constituído por pessoas individuais e de existência distinta destas, fora possível a associação entre pessoas com o intuito de alcançar objetivos comuns, objetivos estes antes impossíveis de atingir de forma individual.

O ordenamento jurídico confere às pessoas jurídicas personalidade distinta da dos seus membros. Esse princípio da autonomia patrimonial possibilita que sociedades empresárias sejam utilizadas como instrumento para a prática de fraudes e abusos de direito contra credores, acarretando-lhes prejuízo. (GONGALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, vol. I: parte geral*. 9ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 249)

A instituição da pessoa jurídica permitiu maior desenvolvimento das atividades empresariais, bem como a proteção ao patrimônio dos empresários; condição esta formada pela manifestação da vontade humana em associar-se (*affectio societatis*), aliada à

observância às condições legais para tanto, como por exemplo, elaboração do ato constitutivo, registro público e autorização governamental.

Surge, assim, a necessidade de personalizar o grupo, para que possam proceder como uma unidade, participando do comércio jurídico com individualidade, tanto mais necessária quanto a associação, via de regra, exige a formação de patrimônio comum constituído pela afetação dos bens particulares dos seus componentes. Essa individualização necessária só se efetiva se a ordem jurídica atribui *personalidade* ao grupo, permitindo que atue em nome próprio, com capacidade jurídica igual à das pessoas naturais. Tal personificação é admitida quando se apresentam os pressupostos necessários à subjetivação dos interesses para cuja realização os indivíduos se associam. Assim se formam as *pessoas jurídicas*. São, em síntese, grupos humanos dotados de personalidade, para a realização de fim comum. Não há denominação única para esses grupos: *pessoas morais*, *pessoas civis*, *pessoas sociais* e *pessoas jurídicas*. Todas essas expressões não revelam com propriedade o ente que designam. A mais difundida – *pessoa jurídica* – é ambígua, porque, propriamente falando, todas as pessoas são jurídicas, no sentido de que a personalidade é conceito jurídico e seus atributos se regulam pelo direito. Mas, apesar disso, incorporou-se definitivamente ao nosso vocabulário jurídico. (GOMES, Orlando. *Introdução ao Código Civil*. 19ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.167-168)

Por outro lado, constantemente nos deparamos com situações nas quais pessoas sem escrúpulos fazem uso do princípio da autonomia patrimonial de modo a eximirem de suas responsabilidades perante terceiros, utilizando a pessoa jurídica como “véu” de modo a proteger não apenas seu patrimônio, mas também, com intuito de frustrar interesses legítimos de terceiros, conforme será demonstrado adiante.

3.2 Da natureza da pessoa jurídica

Para melhor entender o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e sua implicação, cumpre analisar primeiramente a natureza das pessoas jurídicas, bem como as diversas posições doutrinárias acerca do tema.

Malgrado subsistam teorias que negam a existência da pessoa jurídica (*teorias negativistas*), não aceitando possa uma associação formada por um grupo de indivíduos ter personalidade própria, outras, em maior número (*teorias afirmativistas*), procuram explicar esse fenômeno pelo qual um grupo de pessoas passa a constituir uma unidade orgânica, com individualidade própria reconhecida pelo Estado e distinta das pessoas que a

compõem. (GONGALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, vol. I: parte geral*. 9ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 216)

Parte da doutrina adota o entendimento de que as pessoas jurídicas consistem em entes reais cuja personalidade é reconhecida pelo ordenamento jurídico, enquanto parte diversa acredita que elas consistem em criações do próprio ordenamento jurídico, ou seja, destinadas a atender objetivos práticos, como por exemplo, autonomia e limitação de responsabilidades.

Neste contexto, percebe-se que para que haja a desconsideração, pressupõe-se a existência de personalidade jurídica.

Diversas são as teorias que buscam explicar a natureza jurídica da pessoa jurídica, dividindo-se em: I – teorias negativistas, pelas quais a pessoa jurídica não possui personalidade jurídica própria, sendo uma forma especial da manifestação da vontade de seus membros; II – teoria da ficção, que afirmam ser a pessoa jurídica uma criação artificial, tratando-se de mero conceito fictício, tendo como seu principal defensor Savigny; e III – teorias da realidade, segundo as quais a pessoa jurídica possui existência de fato, não sendo uma mera abstração. (GUIMARÃES, Antonio Márcio da Cunha; FERREIRA, Carolina Iwancow. *Desafios Empresariais e seus reflexos jurídicos*. 1ª. Ed. São Paulo: Ícone, 2013, p. 20)

A partir do entendimento de que o direito consiste em um fenômeno cultural, relacionado à realidade social, Miguel Reale afirma que “não há, inegavelmente, fenômeno jurídico que não se desenvolva em certa condicionalidade histórico-social.” (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p.434)

Ela (a norma jurídica) emana da sociedade, por seus instrumentos e instituições destinadas a formular o Direito, refletindo o que a sociedade tem como objetivos, bem como suas crenças e valorações, o complexo de conceitos éticos e finalísticos. (MIRANDA ROSA, F.A. de. *Sociologia de Direito*. 7. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981, p. 57)

Em virtude da constante mutação do direito, as normas jurídicas devem acompanhar essa transição pela qual passa a sociedade. Em posição contrária, têm-se aqueles que defendem a menor intervenção nas alterações legais, adotando determinados conceitos como permanentes, sob o argumento de ser preservada a segurança jurídica.

Quanto à natureza da pessoa jurídica, a doutrina aponta quatro teorias: a) da ficção – a pessoa jurídica é uma ficção da lei, ou seja, uma criação artificial do legislador para o exercício de direitos patrimoniais, além de facilitar a função de determinadas entidades. Não se deve acatar a teoria da ficção, na

medida em que, “*por ser abstrata, não corresponde à realidade, pois se o Estado é uma pessoa jurídica, e se concluir que ele é ficção legal ou doutrinária, o direito que dele emana também o será*”; b) da equiparação – a pessoa jurídica é um patrimônio que se equipara no seu tratamento jurídico às pessoas naturais. Bens não devem ser equiparados ao sujeito de direitos e obrigações; portanto, a teoria é inaceitável; c) da realidade objetiva ou orgânica – ao lado das pessoas naturais, há organismos sociais, que são constituídos pelas pessoas jurídicas, com existência e vontade própria, distinta de seus membros. Portanto, devem ser acatados por serem uma realidade objetiva. Contudo, não se pode visualizar que a pessoa jurídica tenha vontade. A vontade é inerente à pessoa natural e não à pessoa jurídica; d) da realidade das instituições jurídicas – o ser humano adquire a personalidade jurídica a partir do nascimento com vida (art. 2º, CC). Já as pessoas jurídicas adquirem a personalidade jurídica com a inscrição de seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no registro peculiar (art. 45, CC). Do ponto de vista material, somente a pessoa natural é uma realidade. A pessoa jurídica é uma ficção, pois a mesma não pode ser vista sob a ótica das leis físicas. Porém, pelo prisma da realidade jurídica, a pessoa jurídica é uma entidade que, como a pessoa natural, pode ser sujeito de direitos e obrigações. Aliás, o predicado da personalidade jurídica é um atributo do Estado tanto para as pessoas naturais como para as jurídicas. Convém aduzir que o escravo, mesmo sendo pessoa humana, não era visto como sujeito de direitos e obrigações, e sim como mero objeto de uma relação jurídica. Logo, a pessoa jurídica, para a órbita jurídica, não é mera ficção, e sim sujeito de direitos e obrigações, como também o é a pessoa natural. (JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 7ª Ed., São Paulo: Atlas, 2013, p.340)

Entretanto, preza-se pela relativização da normatividade jurídica, vez que diante das mudanças verificadas em fatos sociais significativos, cumpre ao direito acompanhar essas alterações.

Outro fator interessante consiste na ideia de que o conceito de pessoa jurídica tende a sofrer modificações de acordo com o momento histórico e a ideologia vivenciada.

O caráter de relatividade da pessoa jurídica estaria diretamente relacionado à capacidade de agir e existir como grupo, representando uma forma de criação do direito em sua liberdade de expressão e formação coletiva.

A personalidade jurídica reconhecida em si não basta para que seja impedida a realização de atos abusivos e desvio de finalidade da sociedade; para isto, faz-se necessário a desconsideração da personalidade jurídica para corrigir tais desvirtuamentos.

4. Teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*)

A partir do século XIX, doutrina e jurisprudência passaram a se preocupar com maior intensidade a respeito da utilização indevida da pessoa jurídica por seus sócios, motivo pelo qual vieram a buscar maneiras idôneas de reprimir tais condutas.

A disseminação no uso da desconsideração da personalidade jurídica permitiu seu conhecimento por diversas denominações e expressões, tais como: “piercing the corporate veil”, “lifting the corporate veil” e, “cracking open the corporate shell”, utilizadas nos Direitos inglês e norte-americano, dentre outras.

O que neste sentido ocorreu foi que se elaborou uma doutrina de sustentação para, *levantando o véu* da pessoa jurídica, alcançar aquele que, em fraude à lei ou ao contrato, ou por abuso de direito, procurou eximir-se por trás da personalidade jurídica e escapar, fazendo dela uma simples fachada para ocultar uma situação danosa. A denominada *disregard doctrine* significa, na essência, que em determinada situação fática, a Justiça despreza ou “desconsidera” a pessoa jurídica, visando a restaurar uma situação em que chama à responsabilidade e impõe punição a uma pessoa física, que seria o autêntico obrigado ou o verdadeiro responsável, em face da lei ou do contrato. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.334)

Diante da possibilidade de exclusão da responsabilidade dos sócios, a pessoa jurídica por vezes cometeu abusos, desviando-se de sua finalidade, atitude esta que resultou em diversas lesões patrimoniais a terceiros.

A reação a esses abusos ocorreu em diversos países, dando origem à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que recebeu o nome de *disregard doctrine* ou *disregard of legal entity*, no direito anglo-americano; *abus de la notion de personnalité sociale*, no direito francês; teoria do *superamento della personalità giuridica*, na doutrina italiana; teoria da *penetração* – *Durchgriff der juristischen Personen*, na doutrina alemã. (GONGALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, vol. I: parte geral*. 9ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 249)

No Brasil, tem-se adotado a denominação “desconsideração da personalidade jurídica” para descrever o instituto em comento, utilizando por vezes a expressão “disregard doctrine”, mais sucinta, para fazer-lhe referência.

A doutrina da desconsideração da personalidade 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. (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. I: teoria geral do direito civil*. 29ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2012, p.341)

A função da pessoa jurídica consiste em limitar os riscos empresariais, visto que possui existência distinta de seus membros, tendo como objetivo maior estimular o desenvolvimento social e de atividades econômicas, entretanto, sua função pode ser considerada ilegítima em determinados casos.

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 aos 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. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, 15ª edição, vol. II, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 56)

Portanto, o desvio de função de um instituto jurídico ocorre quando há falta de correlação entre o objetivo almejado pelas partes e, o conteúdo em conformidade com o ordenamento jurídico.

Neste sentido, a existência da sociedade não deve servir para o cometimento de atos ilícitos, ou; burlar obrigações atinentes aos sócios.

A partir da violação desses preceitos surge a necessidade de ser aplicada medida de proteção, razão pela qual doutrina e jurisprudência passaram a relevar o princípio de separação radical entre sociedade e seus respectivos sócios.

A assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com as pessoas dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu a entrar a própria ação do Estado, na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude de juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de Alçada Civil. Apelação n. 9.247. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 238.393-5, ago, 1955, p. 394. O Tribunal de Alçada Civil foi extinto pelo artigo 4º da Emenda Constitucional n. 45/2004)

Isto porque, a regra geral preceitua que a responsabilidade dos sócios seja subsidiária no que tange às dívidas sociais, buscando-se atingir em um primeiro momento o patrimônio

da pessoa jurídica, para então, de acordo com o tipo societário em análise, executar os bens particulares dos sócios.

Assim, a desconconsideração da personalidade jurídica surgiu como uma medida de reação contra os desvios na utilização e função da pessoa jurídica, caracterizando abuso de direito, passando, desta forma, a desvalorizar a distinção entre a própria e seus membros, sem, contudo, negar sua personalidade de modo geral.

Cumprе ressaltar que o abuso de direito consiste no “mau uso” do direito, ou seja, quando o regular exercício do direito tem seu fim econômico-social alterado pelo seu titular, desviando-se do objetivo para o qual fora criado.

Assim, além da caracterização do abuso de direito, devem ser consideradas as normas que se relacionam com a sociedade e, que, em virtude de atitude abusiva, deixaram de ser observadas ou mesmo, foram violadas.

Cumprе ressaltar que, o instituto da desconconsideração da personalidade jurídica visa atingir quem realiza o efetivo comando da empresa, ou seja, seu controlador e, não, demais empregados, ora não integrantes do cenário de comando da sociedade. Alcança-se, portanto, a responsabilidade dos sócios quando a figura da sociedade torna-se instrumento de atitudes abusivas daquele.

Desconsidera-se a personalidade jurídica da sociedade para possibilitar a transferência da responsabilidade para aqueles que a utilizarem indevidamente. É uma forma de corrigir fraude em que o respeito à forma societária levaria a uma solução contrária à sua função e aos ditames legais. Trata-se de medida protetiva, que tem por escopo a preservação da sociedade e a tutela dos direitos de terceiros, que com ela efetivaram negócios. (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. I: teoria geral do direito civil*. 29ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2012, p.349)

Sob outro enfoque, considerar que a nacionalidade da pessoa jurídica da empresa difere daquela de seus membros pode resultar em situações preocupantes, visto que, em épocas de guerra, predominantemente, setores de suma importância para o Estado podem estar sendo controlados por capital estrangeiro, daí a aplicação da *disregard doctrine*.

Outro fator confirma essa impossibilidade de fundamentarem-se todos os casos de aplicação da *Disregard Doctrine* através do recurso à noção de abuso de direito: a existência de casos de aplicação da mesma para beneficiar os próprios integrantes de um grupo ou para proteger os interesses dos sócios que, consagrados pelo legislador, estariam ameaçados pela “tela” da pessoa jurídica, o que alguns doutrinadores chama de “desconconsideração reversa”. (KOURY, Suzy Elisabeth Cavalcante. *A desconconsideração da*

personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 75)

Em virtude do desenvolvimento das sociedades comerciais e surgimento de grandes empresas, a norma geral prevista pelo legislador, em determinadas situações, passou a operar de maneira oposta aos valores que preceituaram o ordenamento jurídico, motivo pelo qual, nessas hipóteses, deve-se afastar a aplicação da norma de modo a preservar a justiça que guia o direito.

Neste contexto, tem-se o entendimento de que a lei escrita nem sempre consegue resolver os problemas oriundos das relações sociais, cumprindo, neste caso, investigar a realidade social em si, de modo que a aplicação da lei esteja em conformidade com o ideal pretendido pelo legislador.

Assim, a doutrina e jurisprudência por vezes modificam a regulamentação legal, criando novos institutos, sem, contudo, agir de forma contrária à lei. O que ocorre na realidade trata-se de um desenvolvimento “além da lei”, em conformidade com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico.

Cumprindo ao juiz verificar se os resultados oriundos da aplicação da norma se coadunam com os valores que a inspiram e, em caso positivo, deve aplicar a norma em referência.

Entretanto, caso os resultados da aplicação da norma produzam efeitos contrários aos valores preceituados pela ordem jurídica, não deve ser aplicada aquela norma na situação concreta. Assim, não restará comprometida a certeza e segurança jurídica, tampouco agirá o juiz de forma arbitrária. Neste contexto enquadra-se a aplicação da *disregard doctrine*.

Por outro lado, deve-se ter cuidado na aplicação do instituto da desconsideração da pessoa jurídica, de modo a evitar excessos, tais como responsabilizar sócios que já se retiraram há anos da sociedade sob o argumento de que se deve priorizar o pagamento do que é efetivamente devido, alcançando a efetividade do processo.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. 3. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INATIVIDADE. AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS. VIABILIDADE. ARTIGOS ANALISADOS: 50 DO CC/02 E 592, II, DO CPC. 1. Ação de cobrança fundada em contrato de corretagem, ajuizada em 25.09.1998, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 21.03.2012. 2. Cinge-se a controvérsia a definir se é legal a decretação da desconsideração da personalidade jurídica de empresa,

motivada pela inatividade da sociedade empresária, somada à ausência de bens sujeitos à penhora. 3. A desconsideração da personalidade jurídica é admitida em situações excepcionais, devendo as instâncias ordinárias, fundamentadamente, concluir pela ocorrência do desvio de sua finalidade ou confusão patrimonial desta com a de seus sócios, requisitos objetivos sem os quais a medida torna-se incabível. 4. Se o Tribunal de origem conclui, a partir da análise das provas constantes dos autos, pela existência de abuso da personalidade jurídica, mormente em virtude do encerramento irregular - tendo em vista que a empresa paralisou suas atividades, sem comunicação aos órgãos competentes e sem deixar bens passíveis de penhora -, é possível a decretação da desconsideração da personalidade jurídica. 5. Recurso especial não provido. (STJ. REsp n. 1346464/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, d.j. 01.10.2013)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. AUSÊNCIA. REEXAME. SÚMULA N. 7-STJ. NÃO PROVIMENTO. 1. "Para haver a desconsideração da personalidade jurídica, as instâncias ordinárias devem, fundamentadamente, concluir pela ocorrência do desvio de sua finalidade ou confusão patrimonial desta com a de seus sócios, requisitos objetivos sem os quais a medida torna-se incabível. (REsp 1098712/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 04/08/2010) 2. Se as instâncias ordinárias não reconheceram os requisitos supra mencionados para assim indeferir o requerimento de desconsideração da personalidade jurídica, reexaminar a questão encontra o óbice de que trata o enunciado n. 7, da Súmula. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento. (STJ. EDcl no REsp n.1279207/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Galloti, d.j. em 02.08.2012)

TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITO ESSENCIAL. Não é possível a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica com base apenas em indícios e semelhanças na razão social da executada. É evidente que para se chegar ao recurso extremo e extraordinário de alcançar o patrimônio dos sócios de uma empresa é necessário que exista, pelo menos, prova consistente nos autos da constituição societária da executada, situação não verificada na presente hipótese. (TRT – 8ª Região. 1ª Turma. AP n. 5.118./2002. Rel.ª Juíza Suzy Koury, d. j. em 17.12.2002)

No que tange ao âmbito de aplicação da *disregard doctrine*, esta se adapta ao ordenamento jurídico quanto à consideração de que a personalidade jurídica da empresa é distinta da personalidade dos membros que a compõem.

É fácil perceber, então, que a *disregard doctrine* é um procedimento normal na *common law*, onde é a análise do problema concreto que conduz a um princípio específico, sendo, ao contrário, de difícil aplicação em sistemas jurídicos fechados, pertencentes à “família” romano-germânica, como o brasileiro, em que se procura fixar um princípio de alcance geral que seja aplicável ao caso em exame. (KOURY, Suzy Elisabeth Cavalcante. A

desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 81)

Quanto aos casos de simulação e fraude, apesar de não ser, em regra, hipótese de aplicação *disregard doctrine*, cumpre realizar seu implemento de modo a alcançar soluções mais justas.

Percebe-se, assim, que, muitas vezes, para que se possa afirmar ter havido fraude ou simulação, necessário se faz superar a forma da pessoa jurídica, pois, sem enxergar a substância real das coisas através dessa superação, não seria possível preservarem-se os direitos das pessoas prejudicadas por esses atos simulados ou eivados de fraude. Na verdade, são casos em que a personalidade jurídica impõe obstáculos ao devido exame da responsabilidade por fraudes ou simulações, impedindo, dessa forma, que se chegue a decisões conformes com o direito. (Ibid., p. 84)

O uso da *disregard doctrine* pode ser realizado de modo que seja superado o conceito de pessoa jurídica, evitando desta forma que fraudes e simulações ocorram por meio da forma societária utilizada, bem como, contribui para que haja responsabilização de empresas integrantes do mesmo grupo econômico, ou seja, por meio da aplicação de responsabilidade conjunta.

Em que pese a aplicação da *disregard doctrine*, existem situações nas quais haverá a responsabilização de sócios e administradores por dívidas das sociedades de modo a punir aqueles que tenham agido de maneira abusiva e contrária à lei, sem que seja aplicado o instituto, em caráter excepcional.

Nestes casos não havendo a intenção em manipular a pessoa jurídica, ou manipulação em si, para realizar manobras fraudulentas, será considerada apenas como caso de má gestão, vez que agiram individualmente de forma ilícita.

Não foi a pessoa jurídica que teve sua finalidade desvirtuada, não foi a pessoa jurídica como ser que foi manipulada mas, sim, o diretor, o gerente ou o sócio que, na sua atividade ligada à empresa, andou mal. (CASILLO, João. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, , out. 1979, 528:24-40, p.35)

O Código Civil vigente, em seu artigo 1.016 preconiza a responsabilidade dos administradores perante a sociedade e terceiros, solidariamente, no que tange à falha no desenvolvimento de suas funções decorrente de culpa, nos seguintes termos: “Os

administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções”.

A existência e funcionamento de uma pessoa jurídica pressupõe a atuação de um ou mais seres humanos, encarregado(s) de administrar sua atividade e representá-la juridicamente. Trata-se do administrador societário, pessoa(s) natural(is) a quem o contrato ou estatuto social conferem competência e poder para condução dos negócios societários. Não podem ser administradores de sociedades aqueles que estão legalmente impedidos de empresariar. Note-se que é possível haver previsão legal ou contratual de que a sociedade terá administração coletiva, hipótese na qual qualquer um dos sócios, em sua condição de coadministrador, representará a sociedade perante terceiros, salvo disposição diversa no contrato social. (MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Divórcio, dissolução e fraude na partilha de bens: simulações empresariais e societárias*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 139)

Cumpra ao administrador da sociedade exercer suas funções e atividades com o zelo esperado caso o negócio fosse seu próprio, adotando a diligência e honestidade esperada na condução dos atos de gestão da sociedade.

O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre seus negócios (LSA, art. 155, *caput*). “Deve-se servir à companhia, e não servir-se dela”. Assim enunciado de forma ampla e abrangente, constitui o dever de lealdade (*Treupflicht* ou *duty of loyalty*) verdadeiro padrão de comportamento a ser contrastado com a conduta concreta do administrador. Observe-se que, pela letra da lei, os administradores têm deveres de lealdade e boa-fé para com a companhia apenas, não para com cada acionista, isoladamente considerado. Apesar disso, entendemos haver, sim, um dever geral de lealdade societária. (ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A (e as ações correlatas)*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.154)

Assim sendo, a *disregard doctrine* não se aplica na hipótese exclusiva de má gestão de administradores e; tampouco visa realizar a desconstituição da pessoa jurídica (despersonalização), ou seja, a anulação da personalidade jurídica por falta de condições de existência, como no caso de invalidade do contrato social ou dissolução da sociedade.

Frise-se, novamente, que a pessoa jurídica não desaparece com a desconsideração, mas apenas é desconhecida de forma momentânea, ou seja, sem extinguir a sociedade empresária. Assim, a partir da decisão judicial que aplica o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, não é desfeito o ato constitutivo da mesma, tampouco realizada sua invalidação ou dissolução.

Note-se, a decisão judicial que desconsidera a personalidade jurídica da sociedade não desfaz seu ato constitutivo, não o invalida, nem importa a sua dissolução. Trata, apenas e rigorosamente, de suspensão episódica da eficácia deste ato. Quer dizer, a constituição da pessoa jurídica não produz efeitos apenas no caso em julgamento, permanecendo válida e inteiramente eficaz para todos os outros fins. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, 15ª edição, vol. II, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 60)

Assim, preserva-se a autonomia patrimonial da sociedade para todos os demais fins, condição esta que se diferencia dos demais institutos criados para coibir a prática de atos fraudulentos por meio de pessoas jurídicas.

Em outros termos, enquanto o ato é imputável à sociedade, ele é lícito. Torna-se ilícito apenas quando se o imputa ao sócio, ou administrador. A desconsideração da personalidade jurídica é a operação prévia a essa mudança na imputação. A sociedade empresária deve ser desconsiderada exatamente se for obstáculo à imputação do ato a outra pessoa. Assim, se o ilícito, desde logo, pode ser identificado como ato de sócio ou administrador, não é o caso de desconsideração. (Ibid., p. 63)

Observa-se, portanto, o pressuposto da licitude, associado ao fato de que é possível a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica de modo a coibir atos aparentemente lícitos.

Isto porque, o referido pressuposto auxilia na distinção entre a desconsideração e os demais casos de responsabilidade do sócio ou sociedade empresária que não tem relação com o uso fraudulento da autonomia patrimonial.

O princípio da autonomia patrimonial é decorrência da personalização da pessoa jurídica. Em face desse princípio, os sócios não respondem, como regra, pelas obrigações da sociedade. Com o avanço das relações sociais, o princípio da autonomia patrimonial passou a ter uma aplicação restrita: não é observado quando o credor da sociedade é empregado, consumidor ou o próprio Estado. (JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 7ª Ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 345)

Como exemplo, tem-se a já mencionada hipótese de responsabilização do administrador da sociedade por atos de má administração, a qual ocorre independente da suspensão da eficácia do ato constitutivo da sociedade e, ainda, da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Neste caso, a má administração será imputada ao administrador seja a sociedade considerada ou desconsiderada.

Antes da elaboração do instituto da desconsideração, fazia-se necessário realizar a dissolução da sociedade, o que, por conseguinte, sacrificava a atividade econômica explorada, além de tributos e postos de empregos.

Portanto, com a aplicação da desconsideração, passou-se a reprimir condutas abusivas, sem atingir os interesses das demais partes envolvidas nas transações da sociedade, ou seja, o Fisco, trabalhadores e consumidores em geral.

Em paralelo, cumpre fazer uma ressalva no tocante à distinção existente entre “despersonalização” e “desconsideração” da personalidade jurídica, a partir da qual, no primeiro caso tem-se a dissolução da pessoa jurídica em si, podendo-se inclusive considerar a hipótese de cassação de sua autorização para pleno funcionamento, enquanto, no segundo caso, a autonomia patrimonial é relativizada, ainda que momentaneamente.

Assim sendo, o rigor terminológico impõe diferenciar as expressões: *despersonalização*, que traduz a própria extinção da personalidade jurídica, e o termo *desconsideração*, que se refere apenas ao seu superamento episódico, em função de fraude, abuso ou desvio de finalidade. (GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil, volume I: parte geral*. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 230)

Dentre os pressupostos da desconsideração é possível mencionar:

“pertinência, 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 estimuladoras da exploração de atividades econômicas, com cálculo de risco.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, 15ª edição, vol. II, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58)

Além disso, dentre os elementos autorizadores da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica tem-se: (i) a confusão patrimonial (aspecto objetivo); (ii) abuso de direito e, (iii) fraude (aspectos subjetivos).

Assim, a formulação subjetiva deve ser considerada como parâmetro para aplicação do instituto, enquanto a formulação objetiva cumpre facilitar a demonstração da prova pelo demandante.

Quer dizer, deve-se presumir a fraude na manipulação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica se demonstrada a confusão entre os patrimônios dela e de um ou mais de seus integrantes, mas não se deve deixar de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, somente porque o demandado demonstrou ser inexistente qualquer tipo de confusão

patrimonial, se caracterizada, por outro lado, a fraude. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, 15ª edição, vol. II, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64)

Ainda, existem duas teorias sobre a desconsideração da personalidade jurídica, quais sejam: a “maior”, na qual o juiz é autorizado a proceder com a desconsideração, ignorando a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, visando desta forma coibir abusos a serem praticados por esta e; a “menor”, caracterizada pelo simples prejuízo do credor, o qual autoriza o afastamento da autonomia patrimonial.

Em outras palavras, de acordo com a teoria maior, para que seja configurada a desconsideração da personalidade jurídica deve ter sido constatado o abuso e, em sentido contrário, a teoria menor permite a concessão da desconsideração com a mera verificação de prejuízo ao credor.

Neste sentido se manifestou o Superior Tribunal de Justiça a partir do REsp 279.273/SP, ora transcrito, juntamente com outro julgado:

Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º. - Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum. - 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. - Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. - A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica,

obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. - Recursos especiais não conhecidos. (STJ. REsp nº 279273/SP, 3ª Turma. Rel. p. ac: Minitra Nancy Andrigli, Terceira Turma, d.j. em 04.12.2003)

DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FRUSTRADA. PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INDEFERIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO APOIADA NA INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 (TEORIA MAIOR). ALEGAÇÃO DE QUE SE TRATAVA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO ART. 28, § 5º, DO CDC (TEORIA MENOR). OMISSÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC RECONHECIDA. 1. É possível, em linha de princípio, em se tratando de vínculo de índole consumerista, a utilização da chamada Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornecedor, somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um "obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores" (art. 28 e seu § 5º, do Código de Defesa do Consumidor). 2. Omitindo-se o Tribunal a quo quanto à tese de incidência do art. 28, § 5º, do CDC (Teoria Menor), acolhe-se a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. (STJ. REsp n. 1111153, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, d.j. em 06.12.2012)

A teoria maior consiste em regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro, cabível diante de evidente abuso de personalidade, enquanto a teoria menor é considerada medida excepcional, exigindo para tanto apenas o prejuízo sofrido pelo credor, conforme já mencionado.

No lamentável acidente ocorrido no *Shopping Center* de Osasco, sito na região metropolitana de São Paulo, o Tribunal Superior igualmente aplicou a teoria da *disregard of legal entity*, a saber: 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 da insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial. (GOMES, José Jairo. *Direito Civil: introdução e parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 268-269)

Em virtude da necessidade de comprovação de fraude da teoria maior, ou seja, intenção de lesionar credores, esta concepção fora conhecida como subjetivista. Considerando

a dificuldade em comprovar a intenção de fraudar, fora aprimorada a teoria maior, de modo que pudesse ser realizada a desconsideração a partir de elementos objetivos.

Assim, o reconhecimento do abuso de personalidade passaria a ser considerado a partir de dois elementos: (i) desvio de finalidade e (ii) confusão patrimonial, sem que fosse necessária a prova da fraude ou mesmo a intenção de usar a pessoa jurídica de forma fraudulenta, visto a dificuldade dos credores em desincumbirem-se deste ônus, em seu evidente prejuízo.

A aplicação errônea da desconsideração da personalidade jurídica reflete na crise do princípio da autonomia patrimonial, a partir da qual o simples desatendimento de crédito perante a sociedade, em razão de insolvabilidade ou falência desta última, resta suficiente para que sejam atingidos os bens dos sócios, imputando-lhes a respectiva responsabilidade.

De acordo com o entendimento supramencionado, caso a sociedade não tenha patrimônio, porém, sendo o sócio solvente, legítima seria a conduta em busca de bens deste, responsabilizando-o pelas obrigações da sociedade.

Assim, esta aplicação apressada da teoria deixa de preocupar-se com a distinção entre a utilização regular e abusiva do instituto, eliminando por completo o princípio da separação entre pessoa jurídica e seus respectivos sócios.

Portanto, cumpre aos magistrados e tribunais observarem os contornos das teorias da desconsideração da personalidade jurídica, de modo a aplicarem-na apenas quando é pertinente o afastamento do princípio da autonomia patrimonial.

Há entendimento de que será descabida a desconsideração da personalidade jurídica quando não for configurada a fraude na manipulação da pessoa jurídica, motivo pelo qual, na hipótese de o credor apenas não poder satisfazer o crédito, carecerá de embasamento para afastar a autonomia da pessoa jurídica, vez que cumpre haver efetiva utilização indevida do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Assim, deve-se observar a existência de indícios suficientemente fortes para que haja sua aplicação, caso contrário, haveria o completo desvio de finalidade do instituto, em prejuízo à própria pessoa jurídica.

No que tange à aplicação da *disregard doctrine* ao grupo de empresas, há entendimento no sentido de que devem estar presentes os seguintes requisitos: (i) interesse comum, não restrito à confusão de patrimônio ou interesses econômicos e; (ii) noção de controle.

Entretanto, existem críticas acerca de decisões dos tribunais sobre o fato de ser ignorada a autonomia formal entre controladoras e controladas, em alguns casos.

Por outro lado, alguns doutrinadores recorrem ao conceito de fraude contra credores para solucionar casos envolvendo a aplicação do instituto da *disregard doctrine*. Nesta linha de raciocínio, a sociedade controladora ao criar sociedades controladas buscaria diminuir seu patrimônio com o objetivo de prejudicar credores, sendo tal conduta atacada por meio de ação pauliana ou revocatória.

Ocorre que, é de difícil configuração tal hipótese, visto que, ao ser criada uma sociedade controlada, a sociedade controladora passaria a deter parcela significativa de seu capital social, portanto, o patrimônio estaria novamente preservado.

A mera possibilidade de uma controladora constituir uma controlada não evidencia a ocorrência de fraude contra credores, pois, faz-se necessário que haja prova acerca da diminuição do patrimônio com intuito de prejudicar terceiros, por parte da controladora.

Ainda, a ação pauliana apenas poderia ser intentada na hipótese de a parte já ser credora antes da criação da controlada, ou seja, tal medida seria de difícil utilização quando houvesse prejuízo aos credores em virtude da existência de um grupo.

Ressalte-se que, também nas hipóteses de desconsideração nos grupos de empresas, é preciso examinar-se cada caso *de per se*, não sendo possível chegar-se a uma sistematização geral e previamente definida, além de ser essencial aplicá-la somente em caráter excepcional, visto que a noção de controle só se choca com a de personalidade jurídica em determinados casos, prevalecendo, *a priori*, o reconhecimento às controladas de personalidades jurídicas independentes. (KOURY, Suzy Elisabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 93)

Neste contexto, quanto à aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, esta possibilita, portanto, a responsabilização conjunta do grupo societário, baseando-se no conceito de que as controladoras estejam obrigadas às dívidas das controladas e, vice-versa.

Por fim, resta pacificado na doutrina e jurisprudência o fato de que a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica não depende de alteração legislativa, visto que, trata-se de medida cujo fim busca a repressão a atos fraudulentos, razão pela qual qualquer pretexto de inexistência deste dispositivo deve ser encarado com favorável à ocorrência de fraudes.

4.1 Direito Civil, Comercial e Lei n. 9.605/1998

A partir da consubstanciação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no artigo 50 do Código Civil, ora vigente, permitiu-se sua aplicação de forma mais abrangente.

Anteriormente, a teoria da *disregard doctrine* era utilizada quando diante de situações nas quais a sociedade não tinha patrimônio para responder por suas dívidas, baseando-se na boa-fé; dissolução irregular de sociedades; confusão entre patrimônio pessoal do sócio e aquele pertencente à sociedade, em detrimento de credores e, ainda; de modo a responsabilizar o sócio que se retirara da sociedade, por dívidas decorrentes do período em que ainda era membro desta última.

Doutrina e jurisprudência têm feito referências à “teoria maior” da desconsideração da personalidade jurídica, ressaltando a importância na demonstração de efetivo abuso da forma da pessoa jurídica e desvio de finalidade, em detrimento da “teoria menor”, para a qual basta que a sociedade não tenha bens para suficientes para o pagamento de seus respectivos credores.

A doutrina e a jurisprudência reconhecem a existência, no direito brasileiro, de duas teorias da desconsideração: a) a “teoria maior”, que prestigia a contribuição doutrinária e em que a comprovação da fraude e do abuso por parte dos sócios constitui requisito para que o juiz possa ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas; b) a “teoria menor”, que considera o simples prejuízo do credor motivo suficiente para a desconsideração. Esta última não se preocupa em verificar se houve ou não abuso da personalidade. Se a sociedade não possui patrimônio, mas o sócio é solvente, isso basta para responsabilizá-lo por obrigações daquela. A teoria “maior”, por sua vez, divide-se em *objetiva* e *subjetiva*. Para a *primeira*, a confusão patrimonial constitui o pressuposto necessário e suficiente da desconsideração. Basta, para tanto, a constatação da existência de bens de sócio registrados em nome da sociedade e vice-versa. A teoria *subjetiva*, todavia, não prescinde do elemento anímico, presente nas hipóteses de desvio de finalidade e de fraude. É pressuposto inafastável para a desconsideração o abuso da personalidade jurídica. (GONGALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, vol. I: parte geral*. 9ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 251)

Parte da doutrina entende pela aplicação subjetiva da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, devendo a formulação objetiva ser utilizada como forma de facilitação da prova pela parte demandante.

Na hipótese de confusão patrimonial existente entre a pessoa jurídica e seus sócios, é possível presumir a existência de fraude. Entretanto, inexistindo confusão patrimonial, porém, presente a ocorrência de fraude, deve-se considerar a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica da mesma forma.

A jurisprudência tem evoluído no sentido de aplicação da desconsideração nos casos de confusão de patrimônios, já citando o artigo 50 do Código Civil de 2002, mas ainda se desconsidera para evitar fraudes através do desvio de função da personalidade jurídica. É nos grupos de empresas, contudo, que se nota, de forma mais nítida e consentânea com a doutrina, a aplicação da *Disregard Doctrine*. (KOURY, Suzy Elisabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 136)

Dentre os grupos econômicos, a Lei de sociedades por ações, n. 6.404/1976, passou a disciplinar a respeito das sociedades controladoras e controladas, em seu artigo 243, parágrafo 2º, o seguinte: “considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócios que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”.

Definidas, assim, as sociedades controladas e, em consequência, as controladoras, o legislador distinguiu duas formas de relacionamento entre sociedades: 1ª) sociedades coligadas, controladoras e controladas que mantêm entre si relações societárias segundo o regime legal de sociedades isoladas, constituindo grupos de fato e, 2ª) sociedades controladoras e controladas que se reúnem sob uma convenção, levada ao Registro do Comércio, constituindo grupos de direito. (Ibid., p. 137)

A referida lei, em seu artigo 117, estabelece a responsabilidade decorrente de abuso de poder e, em particular, tem-se a situação na qual o acionista controlador utiliza a pessoa jurídica para realizar determinado ato que lhe é vetado, situação esta que se assemelha ao critério observado para aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Caso o grupo societário, em suas relações com acionistas ou mesmo credores, busque tirar vantagem da autonomia das sociedades que o compõe, de forma isolada, para então, desta forma, obter vantagem indevida, deve ser aplicada a *disregard doctrine*, de modo a considerar o grupo como unidade econômica, efetivamente.

O Superior Tribunal de Justiça já adotou posicionamento declarando a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, por considerar responsáveis

sociedades ou pessoas que participem de outras sociedades e mostrem-se a terceiros como um grupo, em virtude das semelhanças de seus membros e atividades.

Neste aspecto, fora levado em consideração a confusão aparente de personalidades, juntamente com o indício de interesse comum e o controle exercido, para então, ser aplicado o instituto da *disregard doctrine*.

Cuidou o v. acórdão recorrido de indicar, expressamente, a existência dos elementos fáticos autorizadores da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (fls. 787/791), *in verbis*: “É preciso desde logo assinalar que a hipótese efetivamente propícia seja aplicada a teoria da desconsideração da personalidade societária, para permitir seja alcançado pela execução o patrimônio do apelante. Todos os elementos probatórios apresentados pela prova documental fartamente produzida nos autos convergem para a afirmativa de que o sócio Eduardo Santos Guimarães, com abuso de gestão, utilizou-se da sociedade para frustrar o cumprimento da obrigação para com a parte credora. Pode-se concluir que essas sociedades (e talvez outras) não passam de entidades de existências meramente formais, que são utilizadas como meio de Eduardo Santos Guimarães exercer atividades no mundo dos negócios como limitação das responsabilidades pelas obrigações que essencialmente são suas, mas são assumidas em nome da sociedade, sendo os patrimônios de umas esvaziados em benefício das outras de forma a frustrar os credores, que não conseguem promover execução com êxito porque não lograram encontrar bens que pertençam àquela que, nominal e formalmente, é a única devedora responsável. (...) E é justamente diante dessa situação que tem justificativa a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como forma de evitar os malefícios decorrentes do ‘abuso do direito de se valer da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, disso fazendo meio de frustrar a garantia dos credores’”. Considerando-se, nestes termos, que o abuso de gestão restou devidamente provado nos autos, é de se aplicar, como bem o fez o e. Tribunal *a quo*, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, nos termos da jurisprudência dominante deste C. STJ, *in verbis*: “Provada a existência de fraude, é inteiramente aplicável a Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica a fim de resguardar os interesses dos credores prejudicados” (STJ. 3ª Turma. REsp. n. 211/619/SP. Relator p ac.: Ministro Waldemar Zveiter, unânime, DJ de 23.04.2001).

A partir da decisão supramencionada fica evidente o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no que tange à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica aos grupos de empresas, de modo a “punir” a utilização destes grupos como formas de realizar condutas abusivas em relação às pessoas jurídicas que o integram.

A atual Lei de Falências, n. 11.101/2005, em seu artigo 141, também trata da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ao coibir que sociedades que pertençam a um mesmo grupo venham a adquirir por preço inferior de mercado os bens da empresa, visto que na realidade correspondem à própria massa falida.

Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo: I – todos os credores, observada a ordem de preferência definida no art. 83 desta Lei, sub-rogam-se no produto da realização do ativo; II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho. § 1º O disposto no inciso II do caput deste artigo não se aplica quando o arrematante for :I – sócio da sociedade falida, ou sociedade controlada pelo falido; II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida; ou III – identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão. § 2º Empregados do devedor contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior.

Assim sendo, cumpre ressaltar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça nos julgados ora transcritos:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Falência. Sociedades distintas no plano formal. Confusão patrimonial perante credores. Desconsideração da personalidade jurídica da falida em processo falimentar. Extensão do decreto falencial a outra sociedade. Possibilidade. Terceiros alcançados pelo efeito da falência. Legitimidade recursal. Caracterizada a confusão patrimonial entre sociedades formalmente distintas, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades envolvidas. Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores. A aplicação da teoria da desconsideração 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 de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. Os terceiros alcançados pela desconsideração da personalidade jurídica da falida estão legitimados a interpor, perante o próprio juízo falimentar, os recursos tidos por cabíveis, visando à defesa de seus direitos. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento. (STJ. Recurso ordinário em mandado de segurança, nº 2003/0045075-0; RMS 16105/GO; Relator: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, d.j. em 19.08.2003)

COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS INEPTOS EM PROVOCA PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. FALÊNCIA. DAÇÕES EM PAGAMENTO FRAUDULENTAS AOS INTERESSES DA MASSA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BOJO DO PROCESSO FALENCIAL. DESNECESSIDADE DE AÇÃO REVOCATÓRIA. DECRETO-LEI N. 7.661/1945, ARTS. 52 E SEGUINTE. I. Não padece de omissão o acórdão estadual que enfrentou suficientemente as questões essenciais ao embasamento das conclusões a que

chegou, apenas que desfavoráveis ao interesse da parte. II. Embargos declaratórios opostos perante a Corte a quo que padecem de inépcia, eis que se limitam a simplisticamente enumerar os dispositivos legais que desejam ver debatidos, sem apresentar, como compete ao recorrente, os fundamentos respectivos. III. Detectada a fraude na dação de bens em pagamento, esvaziando o patrimônio empresarial em prejuízo da massa falida, pode o julgador decretar a desconsideração da personalidade jurídica no bojo do próprio processo, facultado aos prejudicados oferecerem defesa perante o mesmo juízo. IV. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n. 7-STJ). V. Recurso especial conhecido e improvido. (STJ. REsp n. 418385, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, d.j. em 19.06.2007)

Neste contexto, verifica-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em não haver necessidade de ajuizamento de ação autônoma para aplicação do instituto da *disregard doctrine*.

Ao ser preconizada a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica a partir do artigo 50 do Código Civil, exigindo-se, para tanto, a demonstração de abuso de personalidade, a partir do desvio de finalidade, ou confusão patrimonial, prevalecera a ótica objetivista.

Assim sendo, para que haja a decretação do instituto, deve ser realizado requerimento expresse da parte interessada ou o Ministério Público, não se admitindo a aplicação de ofício pelo Juiz.

O Conselho da Justiça Federal, com seu caráter orientador para doutrina e jurisprudência, ainda que não tenha efeito vinculante, em seu enunciado n. 50, estabeleceu que: “nas relações civis, os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial) interpretam-se restritivamente”.

Cumpre ainda, utilizar como parâmetro o conteúdo do artigo 187 do Código Civil, o qual conceitua o abuso de direito como ato ilícito, bem como observa o fim social ou econômico da empresa, além da boa-fé objetiva e os bons costumes, nos seguintes termos:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O Enunciado n. 281 do Conselho da Justiça Federal dispensa a necessidade em se demonstrar a insolvência da pessoa jurídica, enquanto que o Enunciado n. 284 estende a aplicação do instituto às pessoas jurídicas sem fins lucrativos, ora transcritos:

Enunciado 281 do CJF – Art. 50. A aplicação da teoria da desconconsideração, descrita no art. 50 do Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica.

Enunciado 284 do CJF – Art. 50. As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ou de fins não econômicos estão abrangidas no conceito de abuso de personalidade jurídica.

Já o Enunciado n. 285, permite que seja convocada a aplicação do instituto pela própria pessoa jurídica em seu favor, ou seja, uma sociedade credora pode requerer a desconconsideração da personalidade jurídica em desfavor de outra sociedade, ora devedora, nos seguintes termos:

Enunciado 285 do CJF – Art. 50. A teoria da desconconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica em seu favor.

Ainda, o artigo 927 do Código Civil vigente prevê que “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

A primazia da realidade econômica e o interesse social correspondem à base do Direito Econômico, razão pela qual é possível verificar a aplicação do instituto da *disregard doctrine*, tendo em vista o objetivo comum em reprimir o abuso do poder econômico através da concentração de sociedades. Ainda, coadune-se com a legislação antitruste.

A concentração de empresas pode levar à limitação da concorrência, o que deve ser combatido, considerando para tanto, o prejuízo aos interesses da coletividade em contraposição aos preceitos do ordenamento jurídico.

O abuso do poder econômico também deve ser reprimido, tomando-se por base os princípios da função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor e, livre iniciativa.

A referida repressão deve ocorrer quando houver limitação à concorrência de forma injustificada, ou seja, cumpre analisar as peculiaridades de cada caso de modo a identificar, ou não, a ocorrência de abuso.

Assim, diante de conduta infracional praticada, a autonomia da pessoa jurídica não deve servir como obstáculo, de modo que, por outro lado, havendo sanção a ser imposta a determinada pessoa jurídica, faz-se necessário estender tal sanção às demais sociedades que tenham objeto semelhante, ora entre os mesmos sócios.

O artigo 4º da Lei n. 9.605/1998 dispõe sobre a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica quando diante de lesões praticadas ao meio

ambiente, ora transcrito abaixo. Tal situação decorre da responsabilidade resultante do ato em que, mediante conduta fraudulenta, vez que, tendo sido causados danos ao meio ambiente, os controladores da sociedade responsável optam por formar nova sociedade, com recursos diversos, na qual passariam a concentrar seus investimentos de modo que a primeira sociedade aos poucos fosse se dissolvendo, buscando, assim, fugirem de suas responsabilidades.

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

Ocorre que, através da desconsideração da personalidade jurídica é possível obter a execução do crédito em face do patrimônio de ambas as sociedades.

No âmbito geral, a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica independe de previsão legal, ou seja, mesmo que não esteja abrangida pelos preceitos e dispositivos que efetivamente delimitam a matéria, é cabível sua utilização.

Assim sendo, conforme já mencionado, o magistrado está autorizado a declarar a desconsideração da personalidade jurídica quando estiver diante de condutas fraudulentas praticadas com o intuito de frustrar o crédito a ser recebido pelo credor, visto a manipulação da pessoa jurídica neste sentido, o que possibilita violar o princípio da autonomia patrimonial.

O objetivo maior da aplicação do instituto consiste em reprimir fraudes realizadas a partir da condução e mau uso da pessoa jurídica neste sentido.

4.2 Direito do Consumidor

No que tange ao Código de Defesa do Consumidor, restou preconizado em seu artigo 28, manifestação expressa acerca da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, como forma de reparação aos danos causados aos consumidores, nos seguintes termos:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. § 1º (Vetado). § 2º As sociedades

integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa. § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Percebe-se que, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica tem cabimento quando a responsabilidade não pode ser diretamente atribuída ao sócio, por exemplo. Caso fosse possível, a pessoa jurídica em si não seria entrave à responsabilização do indivíduo, o qual responderia pela indenização correspondente ao caso.

São fundamentos *legais* para a desconsideração em favor do consumidor: a) abuso de direito; b) excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social; c) falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade provocados por má administração. No tocante ao mencionado na letra *a*, é evidente a correspondência entre o dispositivo legal e a teoria da desconsideração. Mas os fundamentos referidos na letra *b* dizem respeito a tema societário diverso, acerca da responsabilidade do sócio ou do representante legal da sociedade por ato ilícito próprio, isto é, embora relacionado com a pessoa jurídica, o ato gerador de responsabilidade, nesse caso, pode ser imputado diretamente a quem incorreu na irregularidade (sócio ou representante legal), não representando a personalidade jurídica própria da sociedade nenhum obstáculo a essa imputação. Já os fundamentos agrupados pela letra *c* referem-se à responsabilidade por má administração, que é, igualmente, tema diverso de direito societário, em cuja sede a personalização da sociedade não impede o ressarcimento dos danos pelo administrador. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, 15ª edição, vol. II, São Paulo: Saraiva, 2011, p.70-71)

Apesar do avanço representado pela preconização do instituto, o referido código trata a desconsideração da personalidade jurídica em dispositivos que buscam punir atos decorrentes de má gestão dos administradores das sociedades, consistindo, segundo entendimento de parte dos doutrinadores, em um desvio na finalidade de aplicação da *disregard doctrine*.

Ainda, os tipos de responsabilidades mencionados nos parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo supramencionado não versam diretamente sobre a desconsideração da personalidade jurídica.

Isto porque, a *disregard doctrine* preceitua que, tendo sido demonstrada a existência de controle e interesse comum entre sociedades distintas, estas deverão ser consideradas como se fosse uma unidade em si, ou seja, uma só sociedade.

No que tange ao parágrafo 5º do artigo em discussão, este é exemplo nítido da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, aplicando-a em virtude de qualquer

prejuízo causado aos consumidores, sempre que a personalidade apresente óbice ao ressarcimento destes.

Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, cumpre ao Juiz aplicar a desconsideração da personalidade jurídica independente de requerimento da parte interessada, desde que verificada a utilização da pessoa jurídica para fins diversos daqueles preceituados no ordenamento jurídico e, em seu confronto.

Conclui-se, assim, que a hipótese de abuso de direito, elencada no *caput* do artigo 28, em conjunto com a previsão do § seu 5º, permitem ao juiz desconsiderar a personalidade jurídica de sociedades isoladas ou agrupadas em todos os casos em que a personificação societária esteja sendo utilizada em prejuízo dos consumidores e obstaculize a reparação dos danos a eles causados. (KOURY, Suzy Elisabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 187)

Assim, verifica-se que apenas nos casos de abuso de direito fora considerada a aplicação adequada da *disregard doctrine* no texto legal ora discutido.

Decretada a desconsideração da personalidade jurídica pelo magistrado, que pode ser de ofício ou a requerimento das partes, haverá a responsabilização civil do proprietário, sócio-gerente, administrador, sócio majoritário, acionista, controlador, entre outros, alcançando os respectivos patrimônios pessoais. (GIANCOLI, Bruno; JUNIOR, Marco Antonio Araujo. *Difusos e coletivos: direito do consumidor*, 3ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 122)

Outrossim, frise-se, o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor adota a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, exigindo, que apenas a personalidade consista em obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao consumidor, para que haja sua aplicação.

Doutrina da desconsideração da personalidade jurídica. Art. 28 do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. 1. Não desqualificada a relação de consumo, possível a desconsideração da personalidade jurídica, provada nas instâncias ordinárias a existência de ato fraudulento e o desvio das finalidades da empresa, ainda mais quando presente a participação direta do sócio, em proveito próprio. 2. Recurso especial não conhecido. (STJ. REsp. n. 252.759/SP (10.884). Relator: Ministro Menezes Direito, d.j. em 20.01.2007)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL PROPOSTA

CONTRA A CONSTRUTORA E SEUS SÓCIOS. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ART. 28, CAPUT E § 5º, DO CDC. PREJUÍZO A CONSUMIDORES. INATIVIDADE DA EMPRESA POR MÁ ADMINISTRAÇÃO. 1. Ação de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel movida contra a construtora e seus sócios. 2. Reconhecimento pelas instâncias ordinárias de que, em detrimento das consumidoras demandantes, houve inatividade da pessoa jurídica, decorrente da má administração, circunstância apta, de per si, a ensejar a desconsideração, com fundamento no art. 28, caput, do CDC. 3. No contexto das relações de consumo, em atenção ao art. 28, § 5º, do CDC, os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, mediante a aplicação da *disregard doctrine*, bastando a caracterização da dificuldade de reparação dos prejuízos sofridos em face da insolvência da sociedade empresária. 4. Precedente específico desta Corte acerca do tema (REsp. nº 279.273/SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJ de 29.03.2004). 5. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. (STJ. REsp n. 737000, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, d.j. em 01.09.2011)

Desta forma, o artigo supramencionado preceitua as responsabilidades atinentes a alguns tipos de sociedades, divergindo no tocante a seus requisitos e natureza.

Segundo o referido código, na hipótese de insuficiência de bens que compõe o patrimônio da sociedade, sendo estes da controladora ou controlada, qualquer outra sociedade integrante do grupo passa a se responsabilizar pelas dívidas perante os consumidores.

Ainda, o Código de Defesa do Consumidor, diversamente do preceituado na Lei n. 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas), preceitua que é solidária a responsabilidade entre as sociedades consorciadas.

4.3 Direito do Trabalho

O Direito do Trabalho, visando de certa forma compensar o trabalhador por sua inferioridade econômica (relação de hipossuficiência), tendo em vista o princípio *pro operario*, não poderia considerar a autonomia das empresas integrantes de grupos, razão pela qual a partir da *disregard doctrine*, buscou-se coibir essa conduta e, com isso, evitar a utilização da pessoa jurídica com intuito de lesar seus funcionários.

Neste sentido tem-se, novamente, a aplicação do artigo 2º, parágrafo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual preceitua que:

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

Neste sentido, a existência de interesses coincidentes entre as sociedades pertencentes a um grupo para caracterização do instituto, aplicando-se o artigo supramencionado, é de suma importância, associado ao fato de decisões técnicas, administrativas e econômicas serem realizadas em prol do grupo empresarial e, não, de uma sociedade em particular.

Assim, a *disregard doctrine* busca evitar que a personalidade da pessoa jurídica seja utilizada de forma fraudulenta, ocultando a verdadeira relação entre o empregado e o grupo, ou seja, seu vínculo empregatício.

Portanto, o grupo econômico caracteriza-se não apenas pela comunhão de interesses das sociedades que o integram, mas também, através do vínculo de coordenação, existindo controle, administração e direção de uma sociedade sobre a outra, entretanto, sob um controle único.

Responsabilidade solidária – Sócio Cotista – Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica – Em sede de Direito do Trabalho, em que os créditos trabalhistas não podem ficar a descoberto, vem-se abrindo uma exceção ao princípio da responsabilidade limitada do sócio, ao se aplicar a teoria de desconsideração da personalidade jurídica (*disregard of legal entity*) para que o empregado possa, verificando a insuficiência do patrimônio societário, sujeitar à execução os bens dos sócios individualmente considerados, porém solidariamente e ilimitadamente, até o pagamento integral dos créditos dos empregados. (TST- ROAR – 531.317/1999.4 (Ac, SBDI2) – TRT – 3ª Região. Relator: Ministro Ronaldo Lopes Leal. DJU de 10.12.1999)

EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE DA ACIONISTA DA EMPRESA EXECUTADA. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO DEVEDOR. Justifica-se a incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica do devedor quando caracterizado o descumprimento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho e a falta de bens suficientes da empresa executada para satisfação das obrigações trabalhistas. Correta a constrição dos bens do ora agravante, considerando sua condição de sócio da executada durante a relação de emprego do autor, bem como a inexistência de patrimônio da empresa executada capaz de garantir a execução, conforme bem salientado na decisão proferida pelo Tribunal Regional. Agravo de instrumento não provido. (TST

- AIRR - 20140-34.2006.5.02.0432 - 1ª Turma - Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, d.j. em 20.06.2008)

Verifica-se, desta forma, que o Tribunal Superior do Trabalho aplica o instituto da *disregard doctrine*, diante da insuficiência de patrimônio da sociedade tendo em vista dívidas trabalhistas, mesmo sem a comprovação de fraude ou desvio de finalidade, em semelhança à aplicação do instituto preceituada no Código de Defesa do Consumidor.

A penhora, em bens particulares dos sócios, é feita quando não há patrimônio da sociedade, ou quando se tem a dissolução ou extinção irregular da sociedade. Deve ser aplicada a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica como forma de se conseguir bens em quantidade suficiente para a devida satisfação dos créditos reconhecidos em juízo. Também se justifica a responsabilidade do sócio, em execução trabalhista, quando o mesmo, antes da propositura da ação, efetua a cessão de suas cotas, desligando-se da sociedade. Os sócios devem responder pelos débitos da pessoa jurídica quando os seus bens são insuficientes ou não foram localizados, precipuamente, considerando-se a natureza alimentar e privilegiada dos créditos trabalhistas. (JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 7ª Ed., São Paulo: Atlas, 2013, p.349)

A semelhança entre o Direito do Trabalho e o Código de Defesa do Consumidor reside no fato de ambos visarem a proteção da parte menos favorecida.

Essa regra merece plena aplicação no processo do trabalho, vez que nada há na lei trabalhista a respeito dessa matéria. Ademais, a regra do CDC está em consonância com os princípios da efetividade, celeridade, proteção ao empregado, do resultado e do superprivilegio e superioridade do crédito trabalhista. Sem falar na circunstância de que a desconconsideração da personalidade jurídica é um fenômeno com tintas semelhantes ao da despersonalização do empregador (arts. 2º, 10º e 448 da CLT), ao menos no tocante ao abandono dos dogmas e normas favoráveis à empresa e aos empresários. (MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Legitimidade *ad causam* na execução trabalhista, *Decisório Trabalhista*, Curitiba, 106: 9-35, p.32, maio 2003)

Já a Lei n. 5.889/1973 estabelece as normas reguladoras do trabalho rural, bem como dispõe acerca da responsabilidade solidária das empresas integrantes de um grupo econômico, no que tange às relações de emprego e, as obrigações dela decorrentes.

Inclusive, as multinacionais constituem uma forma de grupo de empresas, sendo, ainda, cabível afirmar que o princípio da primazia da realidade contribui para a aplicação da *disregard doctrine*.

Com efeito, é a primazia dos fatos sobre as formas, as formalidades ou as aparências, que leva o Direito do trabalho a considerar o grupo como verdadeiro empregador, desconsiderando a personalidade jurídica distinta das empresas grupadas, a fim de evitar que seja utilizada abusivamente para encobrir a real vinculação do empregado com o grupo. (KOURY, Suzy Elisabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.167)

No Direito do Trabalho, a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica de ofício pelo Juiz, não constitui em violação ao princípio da iniciativa da parte, ora consubstanciado nos artigos 2º e 262 do Código de Processo Civil, bem como da coisa julgada, pois, está em conformidade com o princípio da livre apreciação motivada.

De crescente prestígio é a teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica (*disregard doctrine, disregard of legal entity*), que permite estender a responsabilidade além dos limites tradicionais estabelecidos entre o sócio e a sociedade em certos casos, ou além dos lindes entre duas pessoas jurídicas componentes da mesma ‘constelação empresarial’ (CLT, art. 2º, § 2º). (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 248)

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica contribui para que seja alcançada a efetividade da prestação jurisdicional, permitindo, ainda, a retirada de entraves à execução trabalhista.

Neste sentido, não há violação à coisa julgada ou mesmo ampla defesa dos sócios, desde que presente o desvio de função da pessoa jurídica, estando a atuação do Direito do Trabalho em conformidade com a realidade social na qual está inserido.

4.4 Direito Tributário

A Súmula n. 430 do Superior Tribunal de Justiça preconiza que “o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”.

A partir do referido contexto, pode-se depreender que, a mera inadimplência no que tange ao cumprimento das obrigações tributárias não configura de imediato a responsabilidade dos sócios da sociedade e, por óbvio, a alteração da execução fiscal em face destes.

Neste contexto, tem-se ainda, a edição da Súmula n. 435 do Superior Tribunal de Justiça, a qual determina que: “presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”.

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.

Por fim, conforme supracitado, o artigo 135 do Código Tributário Nacional atribui responsabilidade aos administradores no que tange aos créditos oriundos de obrigações tributárias decorrentes de condutas praticadas com excesso de poderes ou mesmo infração de dispositivo legal.

4.5 Lei do CADE - n. 12.529/2011

A Lei n. 12.529/2011, também conhecida como Lei do CADE, a qual revogou em parte a Lei n. 8.884/1994, estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispondo acerca da repressão às infrações à ordem econômica, momento em que contemplou em seu artigo 34, matéria envolvendo a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, nos seguintes termos:

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

Ainda, a referida lei adotou a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, enfatizando a questão da infração à ordem econômica, além da conduta abusiva do infrator através de excesso de poder, infração a dispositivo legal, dentre outros, ora enunciados no dispositivo supramencionado.

5. Hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica

No contexto da matéria abordada, é possível elencar as seguintes hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica: (i) atributiva; (ii) desconsideração inversa; (iii) subcapitalização; (iv) confusão; (v) fraude e abuso e; (vi) desconsideração sucessiva e *per saltum*, ora abaixo exemplificadas.

A desconsideração no aspecto “atributiva” consiste na hipótese em que características pessoais dos sócios podem ser atribuídas à sociedade. A súmula 486 do Supremo Tribunal Federal consubstancia esse entendimento ao estabelecer que “admite-se a retomada para sociedade da qual o locador, ou seu cônjuge, seja sócio, com participação predominante no capital social”.

As relações empresariais devem basear-se no princípio da boa fé objetiva e na função social do contrato, evitando-se a utilização da pessoa jurídica para realização de atos fraudulentos ou injustos.

O Superior Tribunal de Justiça julgou determinado caso em que estendeu a sanção administrativa de uma sociedade a outra criada para burlá-la. Trata-se de exemplo que comprova a aplicação da desconsideração atributiva, porque comportamento de sócios e sociedade foi transferido a outra criada com finalidade desviada. (BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55)

Já a desconsideração inversa consiste na situação em que a sociedade responde por dívidas pessoais do sócio, diminuindo seu patrimônio, em prejuízo dos demais sócios e credores da sociedade, conforme será exposto em subtópico apartado.

A subcapitalização nominal consiste na situação em que o sócio realiza um empréstimo, tornando-se credor da sociedade, ao invés de proceder com um aumento de capital, passando assim, a concorrer com os demais credores.

Na subcapitalização material a sociedade passa a exercer sua respectiva atividade sem capital suficiente, sendo classificada como “qualificada” no caso de ser evidente a insuficiência do capital para condução do objeto social da sociedade e, “simples” na hipótese de não ser evidente a insuficiência do capital, cumprindo ser demonstrado ato realizado pelo sócio com intuito de deixar a sociedade nesta situação.

Na subcapitalização qualificada é evidente o interesse do sócio em lesar terceiros, vez que cria sociedade subcapitalizada, estando ciente desta condição, configurando, portanto, sua legítima responsabilidade.

Em virtude de não haver no Brasil exigência de capital social mínimo para constituição da sociedade, é de difícil aplicação a desconsideração simples, sendo mais comum a desconsideração qualificada, vez que, assemelha-se à fraude, em detrimento ao princípio da boa fé nas relações comerciais.

A confusão patrimonial pode ser verificada na hipótese de não haver distinção entre o patrimônio do sócio e sociedade, ou seja, quando não é possível distinguir a quem efetivamente pertence o bem em discussão, existindo uma espécie de fusão da propriedade, caracterizando desvio de função que autoriza a desconsideração da personalidade jurídica.

Cumprе ressaltar que parte da doutrina entende ser necessário o esvaziamento do patrimônio social, de modo a configurar a aplicação do instituto, não bastando a existência da confusão patrimonial em si.

Outra denominação de caráter mais amplo consiste na “confusão de esferas”, a qual abrange situações em que não é possível distinguir a sociedade da figura do sócio, seja pela confusão de patrimônios e denominação social ou, pelo fato de não terem sido observadas as formalidades societárias para separação desta condição.

No que tange à fraude e abuso, sua diferenciação está presente na finalidade do ato praticado, ou seja, enquanto no primeiro houve ato ilícito, em contraposição a preceito legal, o segundo discute a legitimidade deste direito, entretanto, acrescido de desvio de finalidade.

O ponto em comum entre ambas as classificações, fraude e abuso, reside no fato de que fora utilizada a pessoa jurídica de forma indevida, havendo intenção da parte em agir de encontro ao previsto no ordenamento jurídico, ainda que exista entendimento contrário a este argumento.

Em fraude não se desconsidera a personalidade jurídica, sendo extraordinários na ordem jurídica os casos de desconsideração precisamente porque a fraude e a má-fé não são fatos ordinários na vida das pessoas e no giro de seus negócios (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Vol. I, São Paulo: Malheiros, 2010, n.660, p. 1183)

Há crescente empenho da doutrina e jurisprudência em combater a fraude e abuso, visto que consistem nos requisitos mais presentes para que se configure a desconsideração da personalidade jurídica.

Na base desse instituto, encontra-se um princípio ético de alta significação para a vida de relação. Se o Direito concede personalidade e, pois, autonomia à sociedade para que ela possa agir no meio jurídico-social, é evidente que a estrutura aí formada não pode ser empregada com o fito de ludibriar aqueles que de boa-fé com ela negociam. Da mesma maneira que o Direito – usando da técnica que lhe é peculiar – confere personalidade à sociedade, desconsidera-a em benefício daqueles que foram lesados com o uso abusivo que se fez dela. Embora personalizadas, as pessoas jurídicas não gozam de proteção absoluta, não são intocáveis. Jamais se poderia tolerar que servissem de anteparo seguro para negócios escusos. Em sua base, igualmente encontram-se os princípios que repelem o abuso de direito. (GOMES, José Jairo. *Direito Civil: introdução e parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 264-265)

No que tange à desconsideração sucessiva e *per saltum*, esta é caracterizada pelas sucessivas insolvências de sociedades. Para que seja realizada a desconsideração, o credor deve fazer prova da causa que configurou o instituto, ou seja, determinada situação prejudicial deve ser demonstrada de modo a autorizar a desconsideração.

A sociedade A é a detentora de maioria do capital social da sociedade B, que por sua vez tem como sócia majoritária a sociedade C, cuja maioria do capital social é detida pela pessoa natural D. A sociedade A é devedora de enorme quantia e cometeu uma situação autorizadora da desconsideração, como p. ex. fraude. Pode o credor de A atingir o patrimônio da sociedade B mas desde que esteja comprovada ser indevida a transferência do patrimônio de A a B. E, se quiser atingir o patrimônio de C e D, também terá que demonstrar ser indevida a transferência do acervo patrimonial com um adicional: terá de demonstrar que a sociedade desconsiderada tem patrimônio líquido negativo (sempre o critério *contábil*). Essa exigência é necessária para proteger ao máximo os credores sociais da sociedade a ter seu patrimônio afetado. Portanto, em cada desconsideração deverá o credor comprovar a insolvência da sociedade a ser desconsiderada. (BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62)

Na desconsideração *per saltum* o credor busca atingir uma sociedade, sem necessariamente buscar a desconsideração das anteriores. Nesta hipótese, terá o credor o ônus da prova acerca da configuração dos requisitos para a desconsideração em relação às sociedades anteriores, constando tal explanação como parte de seus argumentos, ainda que não tenha pedido necessariamente a desconsideração das demais sociedades, ora intermediárias.

Por sua vez, cumpre salientar que apenas pessoas jurídicas de direito público interno não poderão sofrer os efeitos do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

5.1 Da desconsideração inversa da personalidade jurídica

Conforme explanado, a concepção da teoria da desconsideração da personalidade jurídica formou-se para permitir a responsabilização dos sócios por dívidas da sociedade.

Entretanto, diante de conduta abusiva dos sócios em utilizar a personalidade jurídica da sociedade para desviar bens particulares, em evidente prejuízo alheio, tem-se adotado a teoria da desconsideração da personalidade jurídica inversa, a partir da qual se responsabiliza a sociedade em razão das dívidas contraídas pelos sócios.

Neste sentido, a jurisprudência americana adotou posicionamento de que o contrato firmado por acionista majoritário em benefício da sociedade, ainda que esta não esteja diretamente envolvida no negócio discutido, obriga seu patrimônio social, na hipótese de ser demonstrada confusão patrimonial.

Assim, a desconsideração inversa da personalidade jurídica consiste no afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, de modo a vir a atingir o patrimônio social, ou seja, passa a responsabilizar, portanto, a pessoa jurídica em virtude de obrigações dos sócios.

A fraude que a desconsideração invertida coíbe é, basicamente, o desvio de bens. O devedor transfere seus bens para a pessoa jurídica sobre a qual detém absoluto controle. Desse modo, continua a usufruí-los, apesar de não serem de sua propriedade, mas da pessoa jurídica controlada. Os seus credores, em princípio, não podem responsabilizá-lo executando tais bens. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, 15ª edição, vol. II, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 65)

Diante da dissolução do casamento ou união estável, tem-se a partilha dos bens comuns, o que pode resultar em fraude na hipótese de uma das partes adquirir determinado bem e o registrá-lo em nome da sociedade sob seu controle, de modo que o referido bem não integre o patrimônio a ser partilhado.

Caracteriza-se a *desconsideração inversa* quando é afastado o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio, como, por exemplo, na hipótese de um dos cônjuges, ao adquirir bens de maior valor, registrá-los em nome de pessoa jurídica sob seu controle, para livrá-los da partilha a ser realizada nos autos da separação judicial. Ao se desconsiderar a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar a pessoa jurídica pelo devido ao ex-cônjuge do sócio. (GONGALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. I: parte geral. 9ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 255)

Neste caso, cabível será a desconsideração inversa de modo a responsabilizar a pessoa jurídica pela referida ação, restituindo o montante devido à parte contrária.

A desconsideração inversa também poderá ocorrer diante de confusão patrimonial, além de fraude, entre a pessoa jurídica e o sócio, ocasião em que haverá a execução dos bens utilizados na exploração da sociedade, os quais, por conseguinte, estejam em nome desta, em virtude de obrigação do sócio.

O ponto comum entre as duas teorias (desconsideração da personalidade jurídica e desconsideração inversa da personalidade jurídica) baseia-se no objetivo de combater o uso indevido da pessoa jurídica por seus sócios.

A aplicação da teoria inversa permite que seja condenada a prática de transferir bens particulares para a pessoa jurídica, sobre a qual o devedor detém poder de controle, de modo a evitar o cumprimento de suas obrigações e, consequentemente, excussão de seu patrimônio pessoal.

Nesta hipótese, tem-se a situação em que o sócio visando fraudar terceiros, esvazia seu patrimônio pessoal, integralizando-o na pessoa jurídica, de modo a ocultá-los. Portanto, deve ser considerada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em sua modalidade inversa com base nos princípios éticos e jurídicos atinentes à *disregard doctrine*, sendo o objetivo maior desta última a condenação de condutas abusivas e fraude contra credores.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que a desconsideração da personalidade jurídica tem duplo fundamento: (i) interpretação teleológica dos dispositivos legais que preceituam o instituto e, (ii) aplicação de princípios éticos e jurídicos que integram a *disregard doctrine*; ambos visando coibir a prática condenadas pelo ordenamento jurídico.

Ainda, o Conselho da Justiça Federal editou o Enunciado 283, o qual estabelece o seguinte: “é cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada ‘inversa’ para alcançar bens dos sócios que se valeram da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros”.

No que tange ao aspecto processual, o qual será exemplificado com maior exatidão no próximo capítulo, restando configurada a desconsideração inversa, os demais sócios devem ser chamados a participar do contraditório, tendo em vista o prejuízo iminente em parcela do patrimônio da sociedade da qual fazem parte.

Neste contexto, portanto, resta inverídica a alegação de que o instituto da desconsideração inversa não pode ser aplicado vez que sequer consubstanciado no artigo 50 do Código Civil, o qual preceitua apenas a desconsideração da personalidade jurídica.

6. Desconsideração da personalidade jurídica sobre o prisma processual

6.1 Da análise dos atos judiciais

No processo de conhecimento é possível a análise do cabimento da desconsideração da personalidade jurídica, de modo que, nesta fase pode ocorrer a inclusão dos sócios no polo passivo da demanda, se for o caso.

Entretanto, a aplicação do instituto da desconsideração é mais comum de ser observada durante a fase de execução, a partir da configuração da responsabilidade patrimonial do sócio.

Finalmente, a desconsideração é instrumento para a efetividade do processo executivo. Essa característica, aliada ao supracitado caráter substitutivo da desconsideração em relação à falência, tem uma consequência importantíssima. A desconsideração não precisa ser declarada e obtida em processo autônomo. No próprio processo de execução, não nomeando o devedor bens à penhora ou nomeando bens em quantidade insuficiente, ao invés de pedir a declaração de falência da sociedade (art. 2º, I, do Decreto-Lei n. 7.661, de 21.6.45), o credor pode e deve, em presença dos pressupostos que autorizam a aplicação do método de desconsideração, definidos acima, pedir diretamente a penhora em bens do sócio (ou da sociedade, em caso de desconsideração inversa). (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 109)

No que tange à competência territorial quando configurada a desconsideração na fase executiva do processo, não se altera o foro de competência, ainda que o sócio resida em comarca distinta, visto que prevalece a perpetuação da competência.

Em sentido contrário, existe regra especial para os casos que envolvam a União, autarquias, empresas públicas ou fundações públicas, a qual determina a competência absoluta como sendo da Justiça Federal, deixando, portanto, de ser priorizada a *perpetuatio jurisdictionis*.

Ainda, o sócio não poderá ser atingido pela desconsideração pelo simples motivo de ter a qualidade de sócio, na hipótese de não ter praticado o ato fraudulento ou, em virtude de não ter ele o comando da sociedade em si. Sob outro aspecto, sendo o sócio parte efetiva no processo de conhecimento, a partir de sua condenação, passará a ser considerado efetivo devedor do título executivo judicial, deixando de ser apenas responsável patrimonial.

Cumpra-se enfatizar que o sócio-controlador que sofreu a desconconsideração não sendo parte na demanda inicial do credor, passará a integrar o processo apenas no momento do deferimento da aplicação do instituto da desconconsideração.

Para a desconconsideração da personalidade jurídica, a *causa petendi* consiste no elemento que a autorize, além de sua ocorrência no caso perante o Juízo, ou seja, é insuficiente a alegação genérica de ocorrência diante de uma das situações que autorize a aplicação do instituto em comento.

Ainda, é atribuído ao demandante o ônus de fazer um pedido de desconconsideração certo e determinado, especificando inclusive qual o sócio a sofrer os efeitos desta medida, além da indicação do patrimônio a ser constricto.

Em relação a cumulação de pedidos na desconconsideração da personalidade jurídica, tem-se a situação na qual o credor busca a aplicação do instituto a mais de uma pessoa jurídica, ou ainda, visando atingir o patrimônio de mais de um sócio-controlador.

Neste sentido, na hipótese de determinada parte requerer a condenação da pessoa jurídica e do sócio controlador em virtude de prática de ato por este que autorize a desconconsideração da personalidade jurídica, considerando para tanto o inadimplemento da obrigação, deverá ser verificado primeiramente o pedido condenatório em face da sociedade, para então, diante de seu acolhimento, ser analisado o pedido em face do sócio.

É possível enquadrar a desconconsideração da personalidade jurídica dentre as exceções do artigo 264 do Código de Processo Civil, de modo a ser relativizada a estabilização da demanda, ainda que existam críticas sobre o fato da aplicação do instituto conflitar com a estabilização em si, ora transcrito:

Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de Pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único - A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.

Neste sentido, ainda que em determinado grau a entrada do sócio no processo venha de certa forma ameaçar a estabilização da demanda, esta conduta está amparada legalmente. Assim sendo, no que tange à desconconsideração da personalidade jurídica, é possível a relativização dos critérios rígidos da demanda executiva, desde que respeitado o contraditório.

Em conclusão, o ingresso do sócio na demanda mesmo já estabilizada – seja na fase cognitiva ou executiva – é um meio que contribui para a satisfação do direito material e não cabe ao processo obstar essa eficiência, desde que

respeitado o contraditório e normas inerentes ao *due process of law*. Seja porque a desconsideração da personalidade jurídica é uma das hipóteses permitidas em lei à regra da estabilização da demanda, seja porque é perfeitamente possível a convivência harmônica da desconsideração com esse fenômeno da estabilização, o que é acompanhando pela posição jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. (BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 111)

Cumpre ressaltar, entretanto, que há entendimento de que é necessário o ajuizamento de ação autônoma, com fins específicos, para avaliar o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, de modo a provar as hipóteses que ensejam sua caracterização, a partir de uma cognição exauriente e respeito ao *due process of law*.

Ocorre que, não há necessidade de ajuizamento de demanda autônoma para que o devido processo legal seja assegurado, vez que se encontra presente a partir do contraditório, ora evidente não apenas na fase de conhecimento, mas também na fase executiva.

Assim, podendo o contraditório ser exercido na execução, torna-se possível àquele que sofre a desconsideração ter legitimidade passiva devido sua responsabilidade patrimonial, ainda que não seja devedor.

Existe, portanto, plena compatibilidade do instituto da desconsideração com a demanda já estabilizada, desde que seja observado o exercício do contraditório.

PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PENHORA DOS BENS DO SÓCIO. NECESSIDADE DE CITAÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO-COMPROVAÇÃO. 1. Não há por que falar em violação do art. 535, II, do CPC nas hipóteses em que o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, as questões suscitadas nas razões recursais. 2. Impõe-se a citação do sócio nos casos em que seus bens sejam objeto de penhora por débito da sociedade executada que teve a sua personalidade jurídica desconsiderada. 3. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando não demonstra o recorrente a identidade de bases fáticas entre os julgados indicados como divergentes. 4. Recurso especial não-conhecido. (STJ. REsp 686112/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 08.04.2008)

Por outro lado, resta imprescindível a realização prévia do contraditório à constrição patrimonial, devendo o juiz se pronunciar sobre a desconsideração após a análise de todos os requisitos para concessão da medida, momento em que decidirá se os bens do sócio serão ou não afetados, respondendo pela dívida em debate. Além da citação do sócio, deve lhe ser

proporcionado tempo hábil para que seja apresentado conjunto probatório pertinente ao caso, demonstrando assim, possível inoccorrência de situação que autorize a desconsideração.

É possível reconhecer-se o abuso da personalidade jurídica, e aplicar a *disregard doctrine*, no processo de execução, sem necessidade de processo autônomo, quando não encontrados bens do devedor e estiverem presentes os pressupostos que autorizam a sua invocação, requerendo-se a penhora diretamente em bens do sócio (ou da sociedade, em caso de desconsideração inversa). O redirecionamento da ação exige, contudo, citação do novo executado, se não participou da lide. (GONGALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, vol. I: parte geral*. 9ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 253)

Se ocorrer um processo cognitivo no qual se busque apurar a ocorrência de desconsideração da personalidade jurídica, com este fim específico, a decisão pertinente à causa consistirá em sentença, motivo pelo qual o recurso cabível será apelação.

Por outro lado, caso a desconsideração seja abordada de forma incidental no decorrer do processo, a decisão sobre esta questão desafiará o recurso de agravo.

Ainda, se a medida oposta pelo sócio na fase de cumprimento de sentença for rejeitada, ou seja, impugnação ou embargos à execução, seguindo-se a fase executiva, a medida cabível será agravo, prosseguindo a execução. Entretanto, se a oposição vier a ser acolhida deverá ser proferida sentença, cabendo, portanto, recurso de apelação, tendo em vista que a referida decisão colocou um fim à execução.

Mesmo sendo admissível a interposição de agravo na forma retida, este dificilmente ocorrerá quando diante da desconsideração da personalidade jurídica, visto que esta em teoria gera um perigo imediato de lesão ao patrimônio do sócio.

Questão interessante a ser discutida é a possibilidade ou não de interposição de agravo, contra o ato que chama o sócio ao processo, seja por meio de citação ou mera intimação. Em outras palavras, se o ato que chama o sócio ao processo tem cunho decisório ou não. A resposta para esta questão dependerá do conteúdo material do ato. Se o sócio for chamado apenas para realizar o contraditório no tocante à apuração de sua responsabilidade ou não, sem qualquer juízo de valor feito sobre a desconsideração e tampouco sem qualquer constrição patrimonial, o ato não passará de mero *despacho* (CPC, art. 162, § 3º). Mas, se no ato em que o juiz chamar o sócio ele se fundamentar com base na ocorrência *in casu* dos requisitos para a desconsideração, mesmo que sem haver constrição, este ato deixará de ser mero despacho e terá *conteúdo material* da autêntica *decisão* e com isso será plenamente admissível a interposição de agravo. Se não fizer, a decisão que estará preclusa. Esse critério do conteúdo material também é adotado pelo Superior Tribunal de Justiça para admitir a recorribilidade do ato.

(BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.156-157)

Portanto, o momento adequado para interposição do recurso pertinente será durante o pronunciamento da decisão judicial, seja este realizado no início, meio e fim da fase processual.

Outro fator interessante consiste na discussão sobre a parte apta a interpor recurso quando diante da decisão que provoca a desconsideração da personalidade jurídica: aquele atingido pela aplicação do instituto ou, quem teve a personalidade jurídica desconsiderada.

A posição jurisprudencial dominante está posicionada no sentido de que a sociedade que sofreu os efeitos do instituto não teria legitimidade para recorrer, já que lhe faltaria interesse recursal, considerando para tanto, que bens de terceiro responderiam pela dívida e não os seus próprios, ou seja, a decisão a ser proferida neste caso em nada lhe afetaria. Isto porque, o sócio corresponderia àquele cujo patrimônio seria atingido, portanto, o verdadeiro com legitimidade a recorrer.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RECURSO QUE NÃO ATACA TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO AOS SÓCIOS-ADMINISTRADORES. AUSÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. A petição de agravo regimental não impugnou todos os fundamentos da decisão ora agravada. Nesses casos é inadmissível o agravo, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. De qualquer forma, incide a jurisprudência desta Corte no sentido de que não há questão constitucional a ser analisada nas causas que envolvem pedido de desconsideração da personalidade jurídica de empresa. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF. ARE 721803 AGR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, d.j. em 12.11.2013).

Deste modo, o legitimado a recorrer será aquele atingido pela desconsideração. Caso seja parte no processo apresentará o recurso cabível, entretanto, na hipótese de não ser parte, deverá interpor recurso como terceiro prejudicado, por meio de embargos de terceiro, em observância ao artigo 499 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

Art. 499 - O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público. § 1º - Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial. § 2º - O Ministério Público tem

legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.

Neste contexto, frise-se, não há confusão de patrimônio nem de legitimidade, já que inexistente anulação da personalidade jurídica da sociedade ora desconsiderada, além do que, tampouco se pode considerar que exista relação de sucessão ou substituição processual entre o sócio e a sociedade.

É então equivocada a posição jurisprudencial exposta em julgado de relatoria do Min. Eduardo Ribeiro, na qual afirma que a sociedade teria a legitimidade para arguir a impenhorabilidade do bem do sócio. O raciocínio utilizado é o de que, com a desconsideração, “as pessoas da empresa e do sócio se confundir-se-iam” e com isso sua personalidade também. (BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.158-159)

Isto porque, a sucessão processual não ocorre quando diante da desconsideração, pois, o sócio não é sucessor processual da sociedade que sofrera os efeitos da aplicação do instituto em comento.

Ainda, a pessoa jurídica continua sendo parte no processo, sendo apenas formado litisconsorte ulterior a partir da entrada do sócio na demanda, razão pela qual não ocorre a substituição processual.

Tal condição é ratificada pelo fato de que, na hipótese da pessoa jurídica receber bens durante a fase executiva, após ser verificada a desconsideração, os referidos bens serão responsáveis pelo adimplemento do débito.

Ainda, para configuração da desconsideração não basta apenas o inadimplemento ou mora no cumprimento da obrigação, faz-se necessário a existência de insolvência, ou seja, evidente desequilíbrio econômico e financeiro do devedor, de forma negativa (dívida superior à somatória dos bens).

A desconsideração envolve um novo resultado a partir da prestação jurisdicional, ou seja, um novo pedido, a ser realizado apenas por aqueles legitimados para tanto, conforme exposto acima.

Neste sentido, é descabida a desconsideração *ex officio* pelo Juiz, devendo haver pedido expresso das partes neste sentido, sob pena de violação ao princípio dispositivo (artigos 2º e 262 do Código de Processo Civil) e o *due process of law*.

A única exceção a essa regra advém de uma previsão expressa do art. 82 da lei n.11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (Lei de Falência e Recuperação).

Dispõe tal dispositivo que “o juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização.” Trata-se na verdade de uma situação bem próxima ao *poder geral de cautela* (CPC, art. 798), porque o juiz poderá deixar indisponíveis os bens dos sócios da falida até que se apure a responsabilidade deles, como medida de garantir a satisfação dos créditos contra a massa. Mas para isso é sempre necessário que estejam presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. (BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 119)

Assim sendo, o instituto não se enquadra nos casos afetos à matéria de ordem pública, tendo como único beneficiado o credor e não a ordem social brasileira.

No que tange ao conteúdo do ato judicial que desconsidera a personalidade jurídica este é declaratório e condenatório, ou seja, quando o juiz fundamenta que o sócio é responsável pela dívida ora executada declara-se que há uma relação jurídica entre o sócio e o credor, impondo-se uma condenação, além de declarar a exigibilidade da dívida entre as partes supramencionadas.

A prescrição, por definição, atinge a relação jurídica material, retirando um de seus requisitos, qual seja: a exigibilidade para o cumprimento. Assim, em relação à desconsideração da personalidade jurídica, discute-se sobre sua aplicação à figura do sócio no processo movido em face da sociedade.

Para tanto, devem ser considerados os requisitos da prescrição: exercício tempestivo de um direito bem como, ausência de reação de exercício por parte de seu titular. Na hipótese de o sócio ser citado para a fase de conhecimento, a interrupção da prescrição tanto para ele quanto para a sociedade ocorre no mesmo momento.

Quando diante da fase de cumprimento de sentença ou execução de título extrajudicial, há extensão de efeitos substanciais da litispendência da demanda movida em face da sociedade ao sócio.

Ainda, a interrupção da prescrição ao sócio surge da pendência da demanda em face da sociedade, na fase executiva, momento em que a responsabilidade patrimonial pode ser exercida em face do mesmo.

Cumprе ressaltar, de forma pontual, tópicos referentes aos seguintes assuntos: (i) medidas cautelares; (ii) arbitragem; (iii) falência e, (iv) *offshore companies*.

Nas medidas cautelares é cabível a desconsideração da personalidade jurídica, desde que presentes o requisitos: “periculum in mora” e “fumus boni juris”, baseando-se para tanto, atos de fuga patrimonial dos sócios, além do direito de prestação do autor.

Por sua vez, na arbitragem é possível haver a aplicação da desconsideração quando se tratarem de direitos patrimoniais disponíveis. Poderá o árbitro apurar a responsabilidade do sócio, entretanto, a execução deverá ser realizada perante o Poder Judiciário.

Quando ocorre a desconsideração da pessoa jurídica em um processo e falência da referida sociedade em processo diverso, apesar de ambos possuírem competência para condução da demanda, o ideal seria encaminhar o processo que configurou a desconsideração para o Juízo falimentar.

Em que pese o referido entendimento, o Superior Tribunal de Justiça já adotou posicionamento diverso, ao considerar a inexistência de conflito sob o argumento de que o patrimônio da massa falida estaria livre de constrição devido ao fato de o sócio ter ocupado o lugar da sociedade, no processo, não devendo, portanto, ser remetido ao Juízo falimentar.

Em paralelo, no tocante ao aspecto da ocultação de bens, uma das alternativas utilizadas para frustrar a expectativa dos credores, por parte de devedores, e por conseguinte, dificultar a execução destes em virtude das obrigações firmadas entre as partes, consiste na formação de uma *offshore company*.

Expediente muito comum no mundo dos negócios, as *offshore companies* são sociedades sediadas em países com política de tributação menos robusta e facilitação na constituição de sociedades (os chamados “paraísos fiscais”), cujo capital social é representado por ações ao portador (não exigindo a *affectio societatis* e permitindo circulação mais intensa do capital), com amplo objeto social. Ou seja, adquiridas as ações ao *portador* de uma *offshore company*, o empresário brasileiro poderá transferir para a sua empresa bens imóveis, cotas sociais, créditos, etc., escondendo o seu patrimônio pessoal sob o véu protetivo da pessoa jurídica. (FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito Civil: teoria geral*. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 287)

A *offshore company* consiste em uma sociedade empresária constituída e estabelecida em país estrangeiro, a qual se utilizada de forma fraudulenta poderá ter sua autonomia patrimonial desconsiderada.

Insta enfatizar que a existência de uma *offshore company* por si só não consiste em sinônimo de conduta fraudulenta, vez que é permitida a realização de operações mercantis, visando planejamento tributário ou mesmo fluxo de pagamentos em moeda estrangeira, de modo a obter maior lucratividade de seus negócios.

O fato de a *offshore company* estar sediada fora do Brasil é apenas um elemento que torna mais custoso o levantamento das informações indispensáveis à produção da prova do uso fraudulento da pessoa jurídica em

Juízo. Uma vez demonstrada a irregularidade, a coibição dar-se-á por meio da desconsideração da personalidade jurídica, sendo no todo irrelevante se a sociedade desconsiderada é um *offshore company* ou uma companhia brasileira. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, 15ª edição, vol. II, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68)

Percebe-se, portanto, que se aplicam os mesmos pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica tanto à empresa brasileira quanto àquela realizada no exterior com intuito de serem transferidos os bens da parte, tais como: imóveis, veículos, quotas ou ações de sociedades brasileiras, ou seja, para a *offshore company*.

Busca-se, desde modo, registrar bens futuros diretamente em nome da sociedade estrangeira, ora formada com este intuito, para que então, em nome próprio da parte deixe de haver qualquer bem com expressivo valor econômico, caracterizando a fraude societária em si.

6.2 Das considerações sobre a execução civil

Enquanto na óptica material a desconsideração da personalidade jurídica é tratada como responsabilidade societária, distanciando-se da responsabilidade civil, no que tange à óptica processual, a desconsideração relaciona-se aos casos de responsabilidade patrimonial.

A referida distinção presente na óptica material encontra embasamento a partir da prática de ato lesivo em si, associado ao fato de que o responsável por tal conduta será seu beneficiário, sem, contudo, ser necessariamente o executor da medida.

Neste sentido, a partir da desconsideração da personalidade jurídica tem-se a sujeição dos bens por ela afetados à execução, ainda que não haja vínculo jurídico entre o sócio e o credor, vez que, o devedor consiste na pessoa jurídica.

Assim, a desconsideração da personalidade jurídica consiste na responsabilidade patrimonial instituída em virtude de dívida de terceiro. Em sentido contrário, há entendimento de que prevalece a responsabilidade tanto do sócio quanto da sociedade diante de eventuais dívidas, cumprindo deste modo, ser adimplida a obrigação.

Portanto, no que tange à aplicação do instituto da desconsideração, resta cabível a distinção entre obrigação e responsabilidade, de modo que, os bens dos sócios respondem pela inadimplência, quando efetivamente aplicada a referida teoria.

Os artigos 592, inciso II e 596 do Código de Processo Civil consubstanciam a responsabilidade patrimonial dos sócios na hipótese de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, conforme ora transcrito. O primeiro artigo confirma o fato de que os bens dos sócios podem estar sujeitos à execução, de acordo com a lei.

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

Art. 596 - Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade. § 1º - Cumpre ao sócio, que alegar o benefício deste artigo, nomear bens da sociedade, sitos na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito. § 2º - Aplica-se aos casos deste artigo o disposto no parágrafo único do artigo anterior.

A questão da preferência da penhora aplicada ao sócio permite que sejam buscados primeiro os bens sociais para então, serem alcançados os bens particulares dos sócios. Neste sentido, será considerado equivocado eventual ato judicial que venha a restringir os bens dos sócios sem ter exaurido a busca por bens da sociedade que possam cumprir com a obrigação estabelecida entre as partes.

Cumprido ressaltar que, diante da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica não se aplica o direito de regresso, evitando assim, gerar um possível enriquecimento indevido por parte do sócio-controlador, motivo pelo qual, tem-se apenas a aplicação parcial do artigo 596 do Código de Processo Civil.

Parte da doutrina adota entendimento diverso, repudiando a aplicação dos referidos artigos (592, II e 596 do Código de Processo Civil) aos casos de desconsideração da personalidade jurídica. Neste sentido, o benefício de ordem ora consubstanciado no artigo 596 do Código supramencionado, seria atinente aos casos em que tanto o sócio quanto a pessoa jurídica seriam responsáveis por determinada obrigação, de forma conjunta, limitada ou ilimitadamente. Assim, ao ser executado o sócio, este poderia requerer primeiramente a execução dos bens da sociedade, para que, na hipótese de impossibilidade de cumprimento desta medida, fossem atingidos seus bens pessoais no tocante à execução ora instaurada.

De acordo com a citação supramencionada, nada teria a ver com a teoria da desconsideração, a qual exige o preenchimento dos pressupostos legais que autorizem a aplicação da sanção, como por exemplo, o artigo 50 do Código Civil.

Entretanto, prevalece o entendimento de que, em virtude da desconsideração da personalidade jurídica estar ligada à responsabilidade patrimonial, na hipótese de existirem bens da sociedade a satisfazer a obrigação, deixará de existir embasamento para que o exequente persista na aplicação do instituto da desconsideração, devendo ainda, arcar com eventuais honorários advocatícios caso venha a inserir no polo passivo determinada pessoa, indevidamente.

Neste contexto, a demonstração de insolvência consiste em fator determinante para que seja considerada a desconsideração da personalidade jurídica.

Outra questão relevante consiste na discussão acerca dos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica no que tange às obrigações verificadas no decorrer do processo, tais como: honorários advocatícios, custas processuais, dentre outros, vez que não fora parte no processo de conhecimento, efetivamente.

Enquanto os honorários advocatícios pertencem ao patrono da parte que venceu a demanda e, devem ser arcados exclusivamente pelo vencido; as despesas processuais, ora pertencentes ao Estado, são também de responsabilidade deste último.

Neste sentido tem-se a aplicação da multa consubstanciada no artigo 475-J do Código de Processo Civil, visto sua natureza coercitiva, consistindo em resultado decorrente de inércia da parte em cumprir a condenação que lhe fora atribuída.

Todas essas *obrigações pelo custo do processo* e outras, cujos fatos constitutivos nascem no decorrer do processo, só são de responsabilidade do sócio que sofre a desconsideração quando sua incidência se dá após sua integração ao polo passivo da demanda. Ou seja, todas as obrigações criadas dentro do processo antes de seu comparecimento não são de sua responsabilidade, porque se importaria a alguém que não participou do contraditório o custo por algo que não deu causa. O fato de o sócio ser responsável pela dívida material executada não implica sua responsabilidade por obrigações geradas dentro do processo. São fatos geradores totalmente distintos e divisíveis. (BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.174)

Assim, no caso de tratar-se de cumprimento de sentença, cumpre ser dado ao sócio novo prazo para pagamento, a partir de sua citação, na hipótese de este não ter participado do processo em si, sob pena de cerceamento de defesa. Cumpre ressaltar que, neste caso em particular, o sócio deve figurar no polo passivo, ou seja, ter sido incluído como executado na demanda.

Tal entendimento está em consonância com o devido processo legal (*due process of law*), de modo a deixar claro que, frise-se, o sócio não deve ser considerado sucessor ou mesmo, substituto legal da pessoa jurídica.

Tendo em vista que, para que haja desconsideração da personalidade jurídica, é desnecessária a existência de demanda autônoma, questiona-se acerca da situação decorrente do ingresso na execução de quem sofre a desconsideração, em conformidade com o artigo 472 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

O aparente conflito existente entre os limites da coisa julgada e os efeitos de quem sofre a desconsideração, visto que o indivíduo não é o efetivo devedor do título executivo, encontra relevância a partir da existência de eficácia do título executivo em si, ou seja, tal situação libera o juiz de realizar maiores investigações sobre o direito afirmado pelo exequente.

Tem-se ainda, o seguinte preceito preconizado no artigo 568 do Código de Processo Civil, o qual afirma que o devedor é sujeito passivo para execução, nos seguintes termos:

Art. 568 - São sujeitos passivos na execução: I - o devedor, reconhecido como tal no título executivo; II - o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor; III - o novo devedor, que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo; IV - o fiador judicial; V - o responsável tributário, assim definido na legislação própria.

A eficácia do título executivo encontra limites na possibilidade de instauração de processos incidentes, tal como ocorre nos embargos à execução, consistindo em exceção à esta medida.

Outra exceção relevante consiste naqueles que tem seus bens constritos, ainda que não tenham sido indicados no título como devedores, apenas pelo fato de ter seu bem vinculado por direitos de garantia real, como o sócio e o cônjuge.

Assim, apesar de não ser parte na execução, depara-se com a constrição de seus bens, sem alternativa que reverta essa medida, ficando, portanto, à mercê das consequências decorrentes desta situação. Neste contexto, verifica-se a necessidade de observar-se o contraditório, aplicando a constrição apenas posteriormente, visto que, diante da

impossibilidade de exercer o contraditório de forma prévia, não se deve limitar o conteúdo da defesa do sócio aos limites impostos no artigo 475-L do Código de Processo Civil.

Sob um diferente aspecto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que a desconsideração da personalidade jurídica realizada na execução não viola o artigo 472 do Código de Processo Civil, devido ao fato de que o sócio-controlador é considerado parte no processo de conhecimento, inclusive motivo pelo qual não há necessidade de demanda autônoma.

Há entendimento diverso, no sentido de que, o sócio-controlador seria terceiro que não fizera parte da demanda, razão pela qual seria legítima sua inclusão no polo passivo, em virtude de seus bens estarem sendo objeto de constrição, respondendo inclusive por dívida alheia.

Outra discussão relevante consiste na hipótese de o credor não encontrar o bem que lhe é preferencialmente penhorável, como por exemplo, dinheiro, poder ou não valer-se da desconsideração da personalidade jurídica. O artigo 655 do Código de Processo Civil ao dispor sobre a ordem de penhora buscou facilitar a execução, em benefício do credor, enumerando a ordem preferencial de escolha, a qual pode ou não ser observada, nos seguintes termos:

Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; II - veículos de via terrestre; III - bens móveis em geral; IV - bens imóveis; V - navios e aeronaves; VI - ações e quotas de sociedades empresárias; VII - percentual do faturamento de empresa devedora; VIII - pedras e metais preciosos; IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado; X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado; XI - outros direitos.

A mera ausência de dinheiro não justifica a aplicação do instituto da desconsideração, vez que, deve estar presente o caráter de insolvência da pessoa jurídica, pois, havendo bens, ainda que de menor liquidez, perecerá o direito e o interesse do credor no que tange à desconsideração.

No tocante à defesa dos sócios quando diante da desconsideração da personalidade jurídica, deve-se atentar para duas situações: (i) se este fora ou não citado e; (ii) se fora realizada qualquer constrição de seu patrimônio pessoal.

Caso o sócio não tenha sido citado e, inexistira constrição de seu patrimônio, a defesa adequada consistirá em embargos de terceiro, no qual será enfatizada a responsabilidade efetiva dos bens do sócio em questão, se houver.

Há entendimento, ainda que contrário à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de que o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica torna o sócio parte efetiva na execução.

Tal conceito não deve prevalecer, visto que a inclusão do sócio no processo se dá a partir de sua efetiva citação e, novamente, não é possível a sucessão processual diante da desconsideração da personalidade jurídica.

Ainda que seja interposta defesa distinta de embargos de terceiro, tais como impugnação e embargos à execução, observando ainda a fungibilidade entre eles, cumpre destacar que o fator determinante reside no fato de não poder ser ignorada a defesa a ser apresentada pelo sócio.

Os embargos de terceiros tem caráter preventivo, o que auxilia no fato de não ser necessário esperar eventual constrição do patrimônio para apresentação de defesa pertinente, visto a iminência de constrição, em conformidade com o artigo 1.046 do Código de Processo Civil, ora transcrito:

Art. 1.046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbacão ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos. § 1º - Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor. § 2º - Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial. § 3º - Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação.

No que tange à impetração de mandando de segurança, entende o Superior Tribunal de Justiça serem restritas as hipóteses de sua aplicação diante da desconsideração da personalidade jurídica devido ao fato desta exigir dilação probatória.

Caso o sócio tenha sido citado, ou mesmo comparecido de forma voluntária, devido ao fato de já estar presente na demanda, não será mais cabível a oposição de embargos de terceiro. Tratando-se de fase de cumprimento de sentença, o meio de defesa compatível consiste na “impugnação”.

Muito se discute sobre a necessidade de garantia do Juízo para apresentação de impugnação, entendendo, parte da doutrina, ser imprescindível a constrição enquanto parte adversa compreende que o artigo 475-J do CPC já possibilita a apresentação de impugnação, fixando o prazo para tanto, independente de garantia do Juízo.

Tratando-se de título executivo extrajudicial, a defesa do executado deverá ser realizada mediante “embargos à execução”, observando o prazo disposto no artigo 738 do Código de Processo Civil, conforme segue:

Art. 738. Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação. § 1º Quando houver mais de um executado, o prazo para cada um deles embargar conta-se a partir da juntada do respectivo mandado citatório, salvo tratando-se de cônjuges. § 2º Nas execuções por carta precatória, a citação do executado será imediatamente comunicada pelo juiz deprecado ao juiz deprecante, inclusive por meios eletrônicos, contando-se o prazo para embargos a partir da juntada aos autos de tal comunicação. § 3º Aos embargos do executado não se aplica o disposto no art. 191 desta Lei.

Poderá ainda o sócio valer-se, seja como terceiro ou parte diretamente relacionada à demanda, das seguintes medidas: (i) objeção de pré-executividade, visando discutir questões de ordem pública relacionadas com a execução, desde que não dependa de dilação probatória; (ii) embargos de segunda fase, para discussão de assuntos voltados à arrematação ou adjudicação e; (iii) meios impugnativos autônomos.

A impugnação apresentada pelo sócio, não se limita aos preceitos preconizados no artigo 475-L do Código de Processo Civil, o qual restringe a matéria a ser discutida nos seguintes incisos:

Art. 475- L. (...) I- falta ou nulidade de citação, se o processo correu à revelia; II- inexigibilidade do título; III- penhora incorreta ou avaliação errônea; IV - ilegitimidade das partes; V- excesso de execução; VI - qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

Isto porque, seria uma grave afronta ao princípio da ampla defesa, vez que o sócio não teve oportunidade de se manifestar no decorrer da demanda, visto que dela não fazia parte.

Assim, poderá o sócio recusar a qualidade de responsável, debater acerca da admissibilidade da desconconsideração e, ainda, ir de encontro com a própria existência da relação jurídica principal.

Em suma, o indivíduo atingido pelo instituto da desconconsideração, em virtude de sua própria responsabilidade, encontra-se diante da aplicação de sanções que repudiam fraude contra credores e fraude à execução, dentre outras.

Em qualquer caso, todavia, focalizamos essa doutrina com o propósito de demonstrar que a personalidade jurídica não constitui um direito absoluto, mas está sujeita e contida pela *teoria da fraude contra credores* e pela *teoria do abuso de direito*. (REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 33ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p.478)

A grande preocupação reside na insolvência patrimonial, por meio de atos fraudulentos, o que autoriza o credor a buscar a execução, a partir da demonstração desta condição, visto que o *onus probandi* lhe pertence.

Entretanto, quando solicitado ao executado que indique bens a penhora, sua inércia pode ser equiparada à condição de insolvência, razão pela qual passará a ser de sua responsabilidade a demonstração do *onus probandi*, ou seja, de que há efetivamente um equilíbrio em sua condição financeira.

Ao analisar a fraude contra credores é possível afirmar que esta consiste em uma situação agravada pelo estado de insolvência gerado antes que haja um processo em curso, quando existente uma obrigação pelo alienante de determinado bem, ainda que a obrigação ora mencionada não seja efetivamente exigível.

Assim, a fraude contra credores consiste em situação de ineficácia do negócio jurídico firmado entre o adquirente e o alienante, o qual deve ser oneroso, estando presente a *consilium fraudis*.

Por meio de “ação pauliana”, a decisão que reconhece a existência de fraude contra credores reestabelece a responsabilidade executiva sobre o objeto da fraude em si, ou seja, permite que o bem em comento seja penhorado.

A legitimidade ativa desta ação caberá aos credores ao tempo da alienação, ainda que não tenha restado configurada a exigibilidade da dívida, enquanto a legitimidade passiva corresponderá ao adquirente do bem, em que pese o Código Civil no artigo 161, ora transcrito, afirmar que a legitimidade do devedor seria conjunta.

Art. 161. A ação, nos casos dos arts. 158 e 159, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé.

A diferença substancial entre a fraude contra credores e a desconsideração da personalidade jurídica consiste no fato de que àquela necessita de demanda autônoma para surtir efeitos, enquanto a última pode ser realizada mediante incidente na própria execução.

Eis um exemplo da prática de algum ato que pode gerar a fraude contra credores. Uma sociedade contrai determinada obrigação. Seu sócio-controlador desvia o patrimônio da sociedade para terceiros, para frustrar o adimplemento da obrigação então contraída. Em uma situação como essa certamente o credor poderá ajuizar a *ação pauliana*, apesar desse fato não estar diretamente ligado à desconsideração. Mas percebe-se que a fraude contra credores visa responsabilizar determinado bem enquanto a desconsideração tem como função principal responsabilizar o patrimônio do sócio enquanto *responsável*. (BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 187).

Já a fraude à execução é caracterizada quando a disposição de determinado bem ocorre quando já fora instaurado, ainda que em fase de cognição, determinado processo. O artigo 593 do Código de Processo Civil exemplifica bem a referida situação, nos seguintes termos:

Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens: I - quando sobre eles pender ação fundada em direito real; II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência; III - nos demais casos expressos em lei.

A semelhança da fraude à execução com a fraude contra credores está no fato de ambas protegerem a responsabilidade executiva, gerando ineficácia do ato fraudulento, além da necessidade da insolvência para sua configuração. Já a diferença reside no fato de que a fraude à execução exige a existência de um processo prévio para que haja sua configuração.

Contudo, não há necessidade que tenha ocorrido a constrição de determinado bem para que seja verificada a fraude à execução, basta a pendência de um processo em si, entendimento este unânime na doutrina e jurisprudência.

“A citação pessoal do alienante ora Recorrente é posterior à alienação dos imóveis em litígio. Sucede, porém, que, antes disso ela já havia sido citada na condição de representante do espólio de seu pai, a quem pertenciam originalmente os imóveis e contra quem havia sido proposta originalmente a execução. Tal circunstância revela-se suficiente para que se tenha por satisfeita a exigência jurisprudencial do conhecimento prévio. Uma situação como essa guarda um paralelo exato com a tese ora defendida e também é aplicável à desconsideração da personalidade jurídica.” (STJ. REsp 1067216/PR, 3ª Turma, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 26/05/2009, v.u., DJ 24/06/2009)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CONFUSÃO PATRIMONIAL. CABIMENTO. EMPRESAS PERTENCENTES AO

MESMO GRUPO ECONÔMICO. DIVISÃO MERAMENTE FORMAL. CITAÇÃO DAS DEMAIS EMPRESAS. DISPENSA. RECONHECIMENTO DE QUE, NA PRÁTICA, SE TRATAVA DO MESMO ORGANISMO EMPRESARIAL. 1. A alegação de ofensa ao art. 535 do CPC deve ser afastada, porquanto deduzida de forma genérica no recurso, sem a indicação dos pontos acerca dos quais deveria o acórdão ter-se manifestado. No particular, incide a Súmula n. 284/STF. 2. A tese de que os executados não foram intimados a falar sobre os documentos que deram ensejo à constrição patrimonial não foi objeto de prequestionamento no acórdão recorrido, circunstância que atrai a incidência da Súmula n. 211/STJ. 3. A confusão patrimonial existente entre sócios e a empresa devedora ou entre esta e outras conglomeradas pode ensejar a desconsideração da personalidade jurídica, na hipótese de ser meramente formal a divisão societária entre empresas conjugadas. Precedentes. 4. A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente. No caso, o reconhecimento da confusão patrimonial é absolutamente contraditório com a pretendida citação das demais sociedades, pois, ou bem se determina a citação de todas as empresas atingidas pela penhora, ou bem se reconhece a confusão patrimonial e se afirma que se trata, na prática, de pessoa jurídica única, bastando, por isso, uma única citação. Havendo reconhecimento da confusão, descabe a segunda providência. 5. Ademais, o recurso foi interposto exatamente pelos devedores que foram citados no processo de execução, circunstância que também afasta a pretensão recursal. 6. Não obstante a controvérsia tenha se instalado anteriormente à Lei n. 11.382/2006, é evidente a frustração da execução do crédito em razão da ineficácia de outros meios de constrição patrimonial, de modo que é cabível a penhora on line sobre os ativos financeiros do devedor. 7. Recurso especial não provido. (STJ. REsp 907915/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, d.j. em 07.06.2011)

Para fins de fraude à execução, considera-se o momento inicial a citação do demandado, podendo inclusive ser considerado momento anterior, na hipótese do demandado esquivar-se da citação ou mesmo, a partir de sua ciência acerca da demanda judicial em trâmite, cabendo neste último caso ao exequente demonstrar tal condição.

O legislador processual fez uma opção política e o adquirente do bem só é afetado por esse ato de ineficácia quando tiver conhecimento da existência do processo ou houver razões para que não pudesse ignorá-la. Isso não significa que na fraude à execução haja o requisito do *consilium fraudis*, pois nesta não é necessário que o adquirente tenha a vontade ou consciência de que está aumentando a insolvência do alienante, pois basta que tenha ou deva saber da pendência de uma demanda. (...) A desconsideração da personalidade jurídica pode gerar efeitos substanciais da litispendência ao sócio da demanda proposta contra a sociedade. Assim sendo, mesmo antes do chamamento formal do sócio para ser responsabilizado patrimonialmente, pode-se configurar fraude executiva. (BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 188 - 189).

Por fim, cumpre salientar que a alienação de bem constrito configura em uma afronta ao próprio ato pronunciado e consumado mediante autorização judicial.

6.3 Do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil

O Projeto do novo Código de Processo Civil possui duas versões aprovadas nas Casas Legislativas, quais sejam: o PLS n. 116/2010, o qual fora aprovado pelo Senado Federal em dezembro de 2010 e; o “texto-base” do PL n. 8.046/2010, ora aprovado perante a Câmara dos Deputados, em novembro de 2013.

Cumpre ressaltar que a partir deles, após análise prévia do Senado Federal e sanção presidencial, ter-se-á o novo Código de Processo Civil.

No Anteprojeto para elaboração do Novo Código de Processo Civil há previsão do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, consubstanciado nos artigos 62 a 65, ora transcritos abaixo.

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.

Referida medida busca priorizar e resguardar o princípio do contraditório, de modo a preservar os efeitos de eventual decisão judicial que venha a atingir determinado patrimônio.

O Anteprojeto inovou pertinentemente ao criar uma novel técnica para permitir incidentalmente ao processo desconsiderar a personalidade jurídica e, com isso, conseguir responsabilizar pessoalmente os sócios nos casos em que a lei material o permite. Os Projetos do Senado e da Câmara mantiveram-no buscando seu aperfeiçoamento. A Câmara, corretamente, coloca-o ao lado das demais modalidades de intervenção de terceiro. (BUENO, Cassio Scarpinella. *Projetos de novo Código de Processo Civil comparados e anotados: Senado Federal (PLS n. 116/2010) e Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010)*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.71)

Considerando que cumpre ao direito material delimitar os requisitos da desconsideração da personalidade jurídica, estabelecendo, assim, as condições para seu cabimento, o ideal seria que não fossem enunciados seus preceitos, respeitando tal entendimento.

Na opinião dos doutrinadores Luis Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, em sua obra *O Projeto do CPC: críticas e propostas*, sugere-se que seja suprimido o artigo 63, *caput*, de modo a transformar o parágrafo único do artigo em questão em parágrafo único do artigo 62, nos seguintes termos:

Proposta: Art. 62. Sendo o caso de desconsideração da personalidade jurídica, na forma da lei, o juiz pode, em qualquer processo, 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.

Proposta: Suprimir o art. 63, *caput*.

Proposta: Transformar o parágrafo único do art. 63 em parágrafo único do art. 62. Art. 62. (...) Parágrafo único: Também é aplicável o procedimento presente neste Capítulo em caso de desconsideração da personalidade jurídica do sócio, na forma legal. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.80)

Assim, a desconsideração da personalidade jurídica passaria a ter previsão legal, no sentido de ser instaurado um incidente, permitindo inclusive manifestação expressa daqueles ora indicados a assumir as obrigações da sociedade.

Neste contexto, indispensável seria a citação dos sócios, em caráter incidental ao processo em trâmite, de modo a permitir o exercício do contraditório no tocante à existência

de fundamentos para caracterização e aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica ou, por sua vez, preconizar a inexistência destas condições.

Possibilitar-se-ia, ainda, a produção de conjunto probatório, após o qual, seria julgado o referido incidente mediante decisão interlocutória, o que, por conseguinte, desafiaria a interposição de agravo de instrumento, a título de recurso pertinente.

Deste modo, firmar-se-ia o respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa, deixando, portanto, de existir quaisquer dúvidas neste sentido, além de, inclusive, evitar surpresas futuras no tocante à aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

7. Conclusão

O presente estudo acerca da caracterização e aplicação da desconsideração da personalidade jurídica e, o que dispõe o ordenamento jurídico a respeito, torna-se de importante conhecimento, visto que, a partir desta medida, busca-se punir os sócios administradores e gerentes que tenham agido com excesso de poderes ou de maneira contrária ao que preceitua o ordenamento jurídico.

Tal entendimento parte do pressuposto de que a personalidade jurídica e a limitação de responsabilidade não se unem de forma inseparável, ou seja, a partir do instituto em comento, suspende-se a eficácia da limitação da responsabilidade entre sócios e sociedade no que tange à pessoa jurídica.

Em que pese a existência de previsão legal acerca das hipóteses em que se configura a desconsideração da personalidade jurídica, no que tange ao procedimento a ser adotado inexistente regulamentação específica para aplicação do instituto, situação esta que gera certa controvérsia entre os doutrinadores.

A desconsideração da personalidade jurídica em relação às normas de proteção ao consumidor, em particular, permite que a mesma seja realizada de ofício pelo Juiz, entendimento este corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça, rejeitado, entretanto, por parte da doutrina, a qual considera tal vertente uma utilização desvirtuada do instituto da desconsideração.

Por outro lado, em conformidade com as hipóteses abrangidas pelo Código Civil, faz-se necessário a provocação de tal pedido pela parte ou Ministério Público para que seja realizada a decretação da desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, impossibilitando sua aplicação *ex officio*.

A omissão legal no Direito do Trabalho acerca da *disregard doctrine*, por vezes propicia a configuração de abusos, visto a ausência de um entendimento uniforme sobre o tema e, a utilização do instituto por parte dos doutrinadores justificando sua aplicação a partir preceito disposto na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Neste sentido, de modo a resguardar-se, deve o empresário observar os reflexos da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, bem como os riscos empresariais envolvidos, visto os efeitos patrimoniais sobre os quais pode estar submetido.

Condutas tais como, encerramento das atividades empresariais, devem ser realizadas de forma regular tendo em vista a possibilidade de aplicação da *disregard doctrine* em caso de dissolução irregular da sociedade, por exemplo.

No tocante ao Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, este ao determinar a instauração do instituto por meio de incidente, passa a disciplinar o procedimento da desconsideração da personalidade jurídica, preconizando o respeito ao princípio do contraditório, de modo a sanar quaisquer dúvidas acerca de sua abrangência.

Diante de todo o exposto, o presente trabalho sobre a desconsideração da personalidade jurídica das sociedades no contexto atual, visa ressaltar as mudanças ocorridas ao longo de sua instituição, bem como permitir o conhecimento a respeito das leis que disciplinam esta matéria.

Referências bibliográficas

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A (e as ações correlatas)*. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

BRASIL. Vade Mecum compacto/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 11 ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de Alçada Civil. Apelação n. 9.247. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 238.393-5, ago, 1955, p. 394. O Tribunal de Alçada Civil foi extinto pelo artigo 4º da Emenda Constitucional n. 45/2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1346464/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, d.j. 01.10.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp n.1279207/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Galloti, d.j. em 02.08.2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 279273/SP, 3ª Turma. Rel. p. ac: Minitra Nancy Andrighi, Terceira Turma, d.j. em 04.12.2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1111153, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, d.j. em 06.12.2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp. n. 211/619/SP. Relator p ac.: Ministro Waldemar Zveiter, unânime, DJ de 23.04.2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandado de segurança, nº 2003/0045075-0; RMS 16105/GO; Relator: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, d.j. em 19.08.2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 418385, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, d.j. em 19.06.2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 252.759/SP (10.884). Relator: Ministro Menezes Direito, d.j. em 20.01.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 737000, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, d.j. em 01.09.2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 686112/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, d. j. em 08.04.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1067216/PR, 3ª Turma, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 26/05/2009, d. j. em 24/06/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 907915/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, d.j. em 07.06.2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 721803 AGR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, d.j. em 12.11.2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho – 8ª Região. 1ª Turma. AP n. 5.118./2002. Rel.ª Juíza Suzy Koury, d. j. em 17.12.2002.

_____. Tribunal Superior do Trabalho - AIRR - 20140-34.2006.5.02.0432 - 1ª Turma - Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, d.j. em 20.06.2008.

_____. Tribunal Superior do Trabalho - ROAR – 531.317/1999.4 (Ac, SBDI2) – TRT – 3ª Região. Relator: Ministro Ronaldo Lopes Leal. *DJU* de 10.12.1999.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Projetos de novo Código de Processo Civil comparados e anotados: Senado Federal (PLS n. 116/2010) e Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010)*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASILLO, João. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, 528:24-40.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, 15ª edição, vol. II, São Paulo: Saraiva, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, vol. I, São Paulo: Malheiros, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. I: teoria geral do direito civil*. 29ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito Civil: teoria geral*. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil, volume I: parte geral*. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

GIANCOLI, Bruno; JUNIOR, Marco Antonio Araujo. *Difusos e coletivos: direito do consumidor*, 3ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES, José Jairo. *Direito Civil: introdução e parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Código Civil*. 19ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONGALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, vol. I: parte geral*. 9ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2011.

GUIMARÃES, Antonio Márcio da Cunha; FERREIRA, Carolina Iwancow. *Desafios Empresariais e seus reflexos jurídicos*. 1ª. Ed. São Paulo: Ícone, 2013.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 7ª Ed., São Paulo: Atlas, 2013.

KOURY, Suzy Elisabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE Eduarda Cotta. *Divórcio, dissolução e fraude na partilha de bens: simulações empresariais e societárias*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARINONI, Luís Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Legitimidade *ad causam* na execução trabalhista, *Decisório Trabalhista*, Curitiba, 106: 9-35, 2003.

MIRANDA ROSA, F.A. de. *Sociologia de Direito*. 7. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 33^a Ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*, São Paulo: Malheiros, 1998.