

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO: DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

NEUSA APARECIDA MOREIRA DA SILVA SIQUEIRA

ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

**SÃO PAULO
2014**

NEUSA APARECIDA MOREIRA DA SILVA SIQUEIRA

ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof. Leonardo Ferres da Silva Ribeiro.

SÃO PAULO

2014

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1. PESSOA JURÍDICA - DEFINIÇÃO	7
2. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL e RESPONSABILIDADE DIRETA DO SÓCIO	9
3. HIPÓTESES DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA	14
3.1 Fraude, abuso de poder e confusão patrimonial	14
3.2.Desconsideração inversa	17
3.3 Desconsideração sucessiva	18
4. ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA .	21
4.1 Legitimidade ativa e legitimidade passiva	22
4.2 Ampla defesa, contraditório e devido processo legal	23
4.3 Quem sofre desconsideração é parte ou terceiro	27
4.4 Litisconsórcio inicial e litisconsórcio ulterior	30
4.5 Formas de defesa	33
4.6 Intervenção de terceiros	38
4.7 Desconsideração da pessoa jurídica na jurisprudência	40
4.7.1 Necessidade de citação	41
4.7.2 Ilegitimidade da pessoa jurídica	43
4.7.3 Ação regressiva	43
4.7.4 Ação direcionada diretamente contra os sócios	44

4.7.5 Fungibilidade dos embargos do devedor, embargos de terceiro e impugnação	45
4.7.6 Devido processo legal	45
4.7.7 Litisconsórcio	46
4.7.8 Desconsideração de personalidade jurídica no processo cautelar	47
4.7.9 Desconsideração inversa	48
4.7.10 Formas de defesa	48
5. A DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	50
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

RESUMO

O presente trabalho está voltado à análise dos aspectos processuais da desconsideração da pessoa jurídica, através de pesquisa da legislação aplicável, do posicionamento doutrinário e jurisprudencial, com destaque nas alterações previstas para o novo Código de Processo Civil. Tal estudo se justifica diante da facilidade existente hoje na jurisprudência em admitir a desconsideração da pessoa jurídica, muitas vezes, sem respeitar o devido processo legal. São analisados aspectos processuais como: o momento da aplicação da teoria (litisconsórcio inicial e ulterior), a necessidade de citação ou não do sócio, com observância do contraditório, formas de defesa, casos em que ocorre a responsabilização direta do sócio. Tudo isso, no entanto, após breve abordagem dos aspectos materiais da desconsideração resultante do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade jurídica. Aspectos processuais

INTRODUÇÃO

De acordo com o artigo 45 do Código Civil, a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado começa com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Trata-se de pessoa invisível, intocável, mas que para a lei passa a ter existência, personalidade e até mesmo direitos da personalidade. Interessa ao Estado e à coletividade a criação e o fomento de pessoas jurídicas, que fazem circular capital com lastro, serviços, empregos e tributos.¹

Essa proteção, de maneira razoável, coloca um véu sobre os integrantes da pessoa jurídica, determinando que não responderão com seu patrimônio pessoal pelas obrigações oriundas da pessoa jurídica.

Ocorre que a garantia legal da separação dos patrimônios das pessoa jurídica e de seus sócios, aos poucos, foi dando margem à prática de atos fraudulentos contra terceiros de boa-fé.

E quando o Poder Judiciário tentou resgatar os direitos dos lesados, os sócios de má-fé acobertavam-se sob o manto da pessoa jurídica, esquivando assim seu patrimônio pessoal da 'persecução judicial'.²

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica foi desenvolvida pelos tribunais norte-americanos, tendo em vista casos concretos, em que o controlador da sociedade a desviava de suas finalidades, para impedir fraudes mediante o uso da personalidade jurídica, responsabilizando seus membros. No Brasil não havia que se falar em 'desconsideração' no âmbito legal. Esse princípio só existia, entre nós, em alguns casos jurisprudenciais esparsos.³

1 NICOLAU, Gustavo Rene. *Série leituras jurídicas. v.3. Provas e concursos. Direito civil. Parte geral*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 63

2 NICOLAU, Gustavo Rene, op. cit. p. 73

3 Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro. v. 1: teoria geral do direito civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 273 e 275

O Código Civil, atualmente, por meio do artigo 50, passou a permitir, em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, por intermédio do juiz, e, 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.

Antes disso, a legislação já consagrava em diversos outros dispositivos de forma expressa a possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica, contudo, conforme será destacado no transcorrer do presente trabalho, a responsabilização dos sócios nesses casos independe da desconsideração.

A título de exemplo pode ser mencionado o artigo 28, §5º, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) que prevê a responsabilidade objetiva dos sócios sempre que a pessoa jurídica for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Não é preciso, nesse caso, desconsiderar a personalidade jurídica para atingir os bens dos sócios.

Portanto, a desconsideração da personalidade jurídica tem por finalidade retirar o manto protetor dos integrantes da pessoa jurídica para atingir o patrimônio de seus sócios.

Acontece que a ausência de regras procedimentais para disciplinar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem gerado muita divergência na doutrina e na jurisprudência, ficando a critério de cada julgador a aplicação da teoria da maneira que entende correta.

O presente estudo tem por finalidade investigar as formas de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e sua relação com os princípios gerais do direito processual e da Constituição Federal, os quais nem sempre são observados pelos aplicadores do Direito.

1. PESSOA JURÍDICA - DEFINIÇÃO

Segundo ensina a Professora Maria Helena Diniz⁴, “a pessoa jurídica é a unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações.”

Roberto de Ruggiero⁵ acrescenta que “pessoa jurídica não é qualquer reunião de pessoas ou qualquer conjunto de bens ainda que destinados a um fim, mas uma reunião de indivíduos feita para dar vida a uma unidade orgânica, a uma entidade a que o Estado reconhece uma individualidade própria, diversa daquela das pessoas que compõem o corpo coletivo, que o administram ou as quais se destinam os bens.”

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

Ou seja, a pessoa jurídica possui vida própria e desenvolve as suas atividades e funções, segundo o que estabelece o seu contrato social. Possui existência distinta da dos seus membros, tal como previa o artigo 20 do Código Civil de 1916.

O Código Civil de 2002, por sua vez, estabelece no artigo 47 de forma mais abrangente que “obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo”. Isso significa que a lei protege os membros da pessoa jurídica, colocando um véu sobre eles e determinando que não responderão com seu patrimônio pessoal pelas obrigações oriundas daquela.

Essa proteção foi recentemente estendida ao empresário individual, conforme se abstrai do artigo 980-A e § 6º, do Código Civil, incluído pela Lei 12.441/2011, segundo o qual “a empresa individual de responsabilidade limitada será constituída

4 Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro. v. 1: teoria geral do direito civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 214

5 Roberto de Ruggiero. *Instituições de direito civil. Atualizado por Paulo Roberto Benasse. v. 1: introdução e parte geral direito das pessoas*. 1. ed. São Paulo: Bookseller, 1999. , p.550

por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado [...] § 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas”. Antes disso não havia distinção entre o patrimônio da empresa individual e do empresário individual, os quais se confundiam.

Alguns tipos de sociedades, no entanto, prescindem da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, porque tanto a sociedade como os próprios sócios respondem pelas obrigações sociais. É o caso da sociedade simples (art. 997, VIII c.c. art. 1.023 do CC); das cooperativas (art. 1.095-1.096 do CC); da sociedade em nome coletivo (art. 1.039 e parágrafo único do CC).

2. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL e RESPONSABILIDADE DIRETA DO SÓCIO

O primeiro patrimônio exposto aos meios executórios é o do devedor, a um só tempo obrigado e responsável.⁶ Mas, além do devedor, outros sujeitos e outros patrimônios eventualmente se sujeitam à demanda executória.⁷ É o que dispõe o art. 592 do Código de Processo Civil.

Ocorre que em alguns casos a própria lei torna o sócio responsável pela dívida social, nada obstante a personalidade inconfundível da sociedade, decorrente do seu registro (art. 985 do Código Civil).⁸ Isso significa que o patrimônio do sócio será atingido diretamente, sem a necessidade de desconsiderar a pessoa jurídica, conforme se destaca, *verbis*:

No Código Civil

Responde por perdas e danos o sócio que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação que a aprove graças a seu voto (CC, art. 1.010, § 3º)

Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções. (CC, art. 1.016)

No Código de Defesa do Consumidor

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. (CDC, art. 28)

Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. (CDC, art. 28, § 5º)

Na lei das S/As

O acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido. (art. 115, § 3º da Lei nº 6.404/76)

6 “O patrimônio do devedor é a garantia do credor, de acordo com o princípio da responsabilidade patrimonial estampado no artigo 591, do Código de Processo Civil. Assim, o Juiz na condução do processo de execução deve adotar todas as medidas necessárias, previstas em lei, para a satisfação do credor, em consideração ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional.” (TJPR - 16ª C. Cível - AI - 1018652-0 - Astorga - Rel.: Shiroshi Yendo - Unânime - - J. 15.05.2013).

7 Araken de Assis. *Manual da Execução*. 10. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a recente reforma do CPC. São Paulo: Revista dos tribunais. 2006. p. 197

8 Araken de Assis. op cit, p. 200

A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido. (art. 115, § 4º da Lei nº 6.404/76)

O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. (art. 117, caput, da Lei nº 6.404/76)

No caso da alínea e do §1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador. (art. 117, § 2º da Lei nº 6.404/76)

A pessoa prejudicada em compra e venda de valores mobiliários, contratada com infração do disposto nos §§ 1º e 2º, tem direito de haver do infrator indenização por perdas e danos, a menos que ao contratar já conhecesse a informação. (art. 155, § 3º da Lei nº 6.404/76)

O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II - com violação da lei ou do estatuto. § 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembléia-geral. § 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles. § 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres. § 4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembléia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável. § 5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto. (art. 158, caput, incisos e §§, da Lei nº 6.404/76)

Na Consolidação das Leis do Trabalho

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. (Art. 2º, § 2º da CLT)

No Código Tributário Nacional

Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: (...) III - os

administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes; IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio (...) (Art. 134, caput, III e IV, do CTN)

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I - as pessoas referidas no artigo anterior; II - os mandatários, prepostos e empregados; III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. (Art. 135, I, II e III do CTN)

Na lei antitruste

As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.” (Art. 32, da Lei 12.529/2011)

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 (Art. 34, e parágrafo único, da Lei 12.529/2011)

Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante. § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo. § 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para

limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca. (Art. 36, da Lei 12.529/2011)

Na lei do meio ambiente

Art. 3º, parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato. Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente (Art. 3º, Parágrafo único e art. 4º, da Lei 9605/98)

Apesar de a lei prever que o juiz poderá “desconsiderar a personalidade jurídica”, conforme trechos acima destacados, trata-se de responsabilidade direta e pessoal dos sócios ou administradores, casos em que não será necessária a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. A essa conclusão nos leva a melhor interpretação do artigo 592, II do CPC, segundo o qual ficam sujeitos à execução, os bens do sócio, **nos termos da lei**.

Na lição de Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, citado por André Paganini de Souza⁹ “um detalhe que muitos não percebem é que, para que ocorra tipicamente a desconsideração da pessoa jurídica, é preciso que, na situação considerada, os sócios ou administradores não tenham como ser diretamente responsabilizados. Se

9 André Pagani de Souza. *Desconsideração da Personalidade Jurídica. Aspectos Processuais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 60

a lei permite que o sejam, não se trata de desconsideração, mas sim de responsabilização direta, em virtude de ação *ultra vires*, isto é, além das forças do que lhes permitem os estatutos, ou por violação a estes, à lei etc. É o caso das normas tributárias ou societárias (...) (CTN, Lei da S.A. e outras), que muitos confundem com hipóteses de desconsideração, mas que não o são, até porque sua existência não faz necessária a suspensão da autonomia patrimonial da entidade, uma vez que, mesmo com esta os responsáveis podem ser diretamente imputados por fato ou ilícito próprio.”

Importante destacar que há espécies de empresas nas quais o patrimônio social e o particular do sócio não se distinguem. Nesses casos também não será necessária a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. É o próprio Código Civil que “estabelece quando o sócio responderá pelas dívidas da sociedade, pois em algumas espécies de empresas não se distingue o patrimônio social e particular do sócio. Nesses casos, os credores podem promover a execução contra o sócio que responderá com seus bens pessoais pelas dívidas contraídas pela sociedade (vg, sociedade em nome coletivo, em comandita simples e as sociedades não personificadas). Nos demais tipos de sociedade, a personalidade jurídica da empresa é distinta da dos sócios (vg sociedades limitadas e sociedades por ações), não se admitindo que a execução dos credores destas sociedades invada o patrimônio dos seus sócios”.¹⁰

No mesmo sentido, é a lição de Fredie Didier Junior¹¹, ao afirmar que “aplica-se nas hipóteses em que a própria lei, ao determinar o regime jurídico do tipo societário, já imputa ao sócio a responsabilidade por dívidas da pessoa jurídica. Nada tem que ver, pois, com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica”.

Ou seja, sempre que a lei atribuir responsabilidade diretamente ao sócio, acionista ou administrador por algum ato seu, não será necessário aplicar a teoria da desconsideração da pessoa jurídica porque o patrimônio daqueles poderá ser alcançado, não representando obstáculos a autonomia da pessoa jurídica.

10 ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. SECCIONAL DO PARANÁ. *Código de Processo Civil Anotado*. MARTINS, Sandro Gilbert (Coord); DOTTI, Rogéria Fagundes (Coord.). 2013. anotado por Stela Marlene Schwerz. p. 1196.

11 Fredie Didier Junior. *Regras processuais no código civil: aspectos da influência do código civil de 2002 na legislação processual*. 2 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3

3. HIPÓTESES DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

Em primeiro lugar é importante ter em conta que o processo é o instrumento de aplicação do direito material, por conseguinte, antes de analisar os aspectos processuais da desconsideração da pessoa jurídica é preciso estudar alguns aspectos do direito material.

Conforme já foi abordado, “a pessoa jurídica possui autonomia, seu patrimônio não se confunde com o de seus sócios.”¹² Logo, não se pode desconsiderar a personalidade jurídica apenas pelo fato de uma lei ou um contrato não ter sido respeitado. É preciso que se verifique a ocorrência de fraude, abuso de poder ou confusão patrimonial. Isso porque, o objetivo do instituto é alcançar as pessoas que agem por meio da pessoa jurídica.

Como ensina Fábio Ulhoa Coelho¹³, “se não existisse o princípio da separação patrimonial, os insucessos da exploração da empresa poderiam significar a perda de todos os bens particulares dos sócios, amealhados ao longo do trabalho de uma vida ou mesmo de gerações, e, nesse quadro, menos pessoas se sentiriam estimuladas a desenvolver novas atividades empresariais.”

3.1 Fraude, Abuso de poder e Confusão Patrimonial

Observa Silvio de Salvo Venosa¹⁴ que “a modalidade de fraude é múltipla, sendo impossível a enumeração apriorística. Dependerá do exame do caso concreto. Poderá ocorrer fraude à lei, simplesmente, fraude a um contrato ou fraude contra credores (...)”.

Se a fraude acontecer após a citação para o processo tratar-se-á de fraude à execução (art. 593 do CPC), se ocorrer antes disso, ou sem a pendência de um processo, tratar-se-á de fraude contra credores (art. 50 do CC).

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

13 Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial*, 9. ed. de acordo com a nova lei de Falências. São Paulo: Saraiva, 2006. v.2. p. 16.

14 *Direito civil: parte geral*, v.1., p. 291

Para haver a desconsideração da personalidade jurídica será necessário haver pedido, como bem assevera Cassio Bueno Scarpinella¹⁵ “não vejo na hipótese em estudo – pelo menos por ora – razão bastante para que rompamos o princípio dispositivo que, embora com algumas atenuações, ainda é basilar para o nosso sistema processual civil (CPC, arts. 2º, 128, 262 e 460) (...) admitir que o juiz possa, de ofício, determinar o ingresso de um litisconsórcio facultativo seria o mesmo que autorizar ao juiz que ele possa, sem provocação específica, acionar alguém”.

O abuso de poder ou mau uso da pessoa jurídica pode ser verificado, por exemplo, quando uma sociedade firma contrato de mútuo com uma instituição financeira e um dos sócios dessa sociedade, que detém o seu controle, toma para si o dinheiro obtido, adquirindo bens em seu nome, ou seja, em nome da pessoa física. Quando chega o momento da sociedade pagar a dívida, alega que não tem recursos, nem bens para tanto. Assim, se for respeitada a autonomia da pessoa jurídica, os efeitos do ilícito praticado pelo sócio jamais serão desfeitos. Nesse caso, não há dúvidas de que a desconsideração da pessoa jurídica deve ser levada a efeito.

Nesse sentido é que Fábio Ulhoa Coelho¹⁶ ensina, que “... a solução para evitar manipulações como estas não é abolir a autonomia da pessoa jurídica, como regra. O problema não está no perfil básico do instituto, mas no seu mau uso. O objetivo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine* ou *piercing the veil*) é exatamente possibilitar a coibição de 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 fraudes.”

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

15 *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 106-107.

16 Fábio Ulhoa Coelho. *Op cit*, p. 34-35

patrimônio, há um desvio de função e deve entrar em cena a desconsideração da personalidade jurídica.¹⁷

Fábio Konder Comparato, citado por André Paganini de Souza *in* Desconsideração de Personalidade Jurídica¹⁸ justifica que “se o motivo genérico para criação de uma pessoa jurídica foi o estabelecimento da separação patrimonial entre ela e os membros que a compõem, deve a pessoa jurídica ser desconsiderada uma vez que não se respeita essa autonomia. Se há desvio de função da pessoa jurídica, verificando-se a confusão patrimonial, a sua autonomia deve ser desconsiderada. Trata-se de um critério objetivo. Independentemente de se verificar abuso de direito ou fraude (elementos subjetivos), a personalidade jurídica deve ser desconsiderada se for detectada a confusão patrimonial entre sociedade e sócio.”

Complementa o mesmo autor que “atualmente não se atribui à teoria da desconsideração da personalidade jurídica caráter exclusivamente objetivista ou subjetivista. Ou seja, para configurar a hipótese necessária para aplicação da teoria, não se exige que ocorra a confusão patrimonial, o que seria um enfoque exclusivamente objetivista. Assim, se não houve confusão patrimonial, mas se verificarem outras hipóteses de aplicação da teoria (tais como a intenção de fraudar, o abuso de direito etc.) a desconsideração da personalidade jurídica deve ser decretada.”¹⁹

Esse, na verdade, é o entendimento que se extrai do artigo 50 do Código Civil, porquanto “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.”

Nestor Duarte, em comentários ao artigo 50 do Código Civil²⁰, destaca que “...

17 Pedro Henrique Torres Bianqui. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 55

18 *Desconsideração da Personalidade Jurídica. Aspectos Processuais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 65

19 André Paganini de Souza, *op cit*, p. 66

20 *Código civil comentado*. Min. Cezar Peluzo (Coord.). 1. ed. Brasileira. São Paulo: Manole, 2007. p. 49

muitas vezes os sócios ou administradores, agindo contrariamente às finalidades estatutárias ou abusando da personalidade jurídica da pessoa jurídica, acarretam prejuízos a terceiros, quase sempre pela promiscuidade dos negócios próprios com os da entidade que administram. A fim de pôr cobro a esses desvios é que se formou a doutrina conhecida como *disregard of legal entity*, também chamada doutrina da penetração, para vincular e atingir o patrimônio dos sócios.”

Acrescenta referido autor que “a desconsideração da pessoa jurídica é ato privativo do juiz, que, também, não agirá de ofício, dependendo de iniciativa da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo. A decisão fixará quais relações ou obrigações serão estendidas aos sócios ou administradores, de modo que a pessoa jurídica não se extingue, mas é apenas afastado o véu protetor, para que os bens particulares daqueles respondam pelos atos abusivos ou fraudulentos.”

Importante destacar que em todos esses casos, o ônus da prova será sempre daquele que se beneficiará do fato a ser provado, a não ser que o juiz conceda a inversão do ônus probatório. Considerando que a desconsideração da personalidade jurídica gera um fato constitutivo do direito do credor, é deste o ônus da prova.

Isso porque:²¹

“o ordinário se presume e o extraordinário se prova. [...] diante da questão referente à desconsideração da personalidade jurídica, a eventual fraude cometida pelo devedor (ou por sócios da sociedade devedora) é fato constitutivo: fato constitutivo do direito da credora a satisfazer-se, excepcionalmente, à custa do patrimônio do sócio. Reside nos enventuais atos fraudulentos a causa que em tese pode conduzir a essa solução extraordinária. Sem fraude não se desconsidera; sem prova, a fraude não pode ser reconhecida.”

3.2 Desconsideração Inversa

Geralmente a teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem por objetivo atingir o integrante da pessoa jurídica por dívida imputada a esta última. Todavia, doutrina e jurisprudência tem reconhecido a possibilidade de desconsiderar

²¹ *De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 6 jan/jun.2006, p. 10, *apud* Dinamarco (2001, p. 1.186) Disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CDUQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.mpmg.mp.br%2Fflumis%2Fportal%2Ffile%2FfileDownload.jsp%3FfileId%3D8A91CFA942729E93014299D344623047&ei=17oxU9rwG9TG0AHl7oCYCQ&usg=AFQjCNFXKSKcAoZuPZTqN0uNBT_AIVWSHg&sig2=hJFI8oBo4EJTbqnSYFQzVA&bvm=bv.63587204.d.dmQ. Acessado em 12-02-2014

a autonomia patrimonial da pessoa física para atingir a pessoa jurídica por obrigação de seu integrante.

A desconsideração inversa ocorre quando há desvio de bens, ou seja, quando o devedor (pessoa física) transfere seus bens para uma pessoa jurídica da qual detém o controle. Assim, continua usufruindo deles, apesar de não ser o proprietário.

O juiz autoriza a invasão do patrimônio da sociedade utilizada pelo devedor para "esconder" seus bens. Portanto, de acordo com a desconsideração inversa da personalidade jurídica é permitido que o patrimônio da pessoa jurídica responda pelas obrigações do sócio devedor, possibilitando que o credor do sócio atinja o patrimônio da sociedade integrada pelo devedor, para satisfazer seu crédito.

Pedro Henrique Torres Bianqui²² observa que a desconsideração inversa somente será permitida se houver transferência indevida de patrimônio do sócio para a sociedade; se se tratar de sociedade de pessoas na qual não é possível a penhora de quotas ou se, tratando-se de sociedade de capital deverá ser observado o critério contábil, com demonstração de patrimônio líquido negativo. Do contrário, seria possível penhorar os dividendos devidos ao sócio. Salienta ainda que, se houver a desconsideração inversa, os outros sócios deverão ser chamados para participar do contraditório, na qualidade de terceiros, porque parcela do patrimônio da sociedade será afetada. Além disso, a própria sociedade deverá ser citada.

3.3 Desconsideração Sucessiva

Verifica-se, ainda, que o instituto da desconsideração pode ocorrer de forma sucessiva.

Pedro Henrique Torres Bianqui²³ cita o exemplo da sociedade A que "é 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 por ex., fraude. Pode o credor de A atingir o patrimônio da sociedade B mas desde que esteja comprovada ser indevida a

22 op. cit, p. 60-61

23 op. cit. p. 62

transferência do patrimônio de A para 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 o 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.”

Mas será possível, afirma o mesmo autor, requerer a desconsideração *per saltum*, ou seja, o credor da sociedade A poderá atingir diretamente o patrimônio da sociedade C, sem passar pela desconsideração da sociedade B, comprovando que todas as sociedades anteriores tiveram causas autorizadas da desconsideração. Mas esse ônus é totalmente do credor.

A jurisprudência trata esse tipo de desconsideração como sucessiva ou secundária, a qual surge, normalmente, a partir da desconsideração inversa. Destaca-se:

Recurso. Embargos de Declaração. Obscuridade. Erro. 1. A apreciação equivocada do objeto do recurso justifica o acolhimento dos embargos declaratórios com efeito modificativo. **2. Presentes indícios de que sociedades estão sendo utilizadas pelo sócio para ocultação de patrimônio particular, com finalidade de frustração de crédito de terceiro, justifica-se a "desconsideração inversa", avançando-se sobre os patrimônios sociais.** Embargos do agravante acolhidos em parte. Embargos do agravado rejeitados.

(...)

Tudo leva à crença de que escondem seus patrimônios nos seios de outras pessoas jurídicas que não as já desconsideradas e incluídas no processo executivo. Isto justifica a chamada "desconsideração inversa", que consiste na penetração no âmago da sociedade, levantando-se o véu protetor de sua autonomia patrimonial, com a finalidade de apreensão de recursos ou bens suficientes para a satisfação de obrigação cabível ao sócio.

É caso, pois, de desconsideração sucessiva ou secundária. Havendo indícios de que os sócios envolvidos no processo por força de uma desconsideração direta, decorrente de dívida de uma sociedade, estão escondendo seus patrimônios nos seios de outras sociedades, impõe-se que estas também sejam desconsideradas, para o efeito de apreensão de seus bens, com finalidade de satisfação do direito do credor...²⁴

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. SOCIEDADE LIMITADA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. **PEDIDO DE SUCESSÃO EMPRESARIAL INTERPRETADO COMO DESCONSIDERAÇÃO.** PODER DO MAGISTRADO. JULGAMENTO

24 TJSP, 21ª Câ. Dir. Priv, Emb Decl nº 990.10.026791-4, rel. Itamar Gaino, j. 15-09-2010, embargos rejeitados, v.u., DJe 27-09-2010

ULTRA PETITA INOCORRENTE. AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS. **CONSTITUIÇÃO DE OUTRAS PESSOAS JURÍDICAS COM O MESMO QUADRO SOCIETÁRIO E MESMO ENDEREÇO DE FILIAL. INTENÇÃO DE PREJUDICAR CREDORES CONFIGURADA.** EXEGESE DO ARTIGO 50 DO CC. INCLUSÃO DA EMPRESAS NO POLO PASSIVO E PENHORA SOBRE O FATURAMENTO TOTAL DAS EMPRESAS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A legislação processual brasileira adotou a teoria da substanciação da causa de pedir, pela qual os fatos narrados sobrepõem-se ao direito subjetivo violado. Dessa forma, pode o magistrado acolher o pedido do autor com base em fundamentação jurídica distinta daquela aventada pela parte, sem que isto configure julgamento ultra petita. Havendo prova de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou a confusão entre o patrimônio dela e o de seus sócios e, à falta de bens com que garantir a dívida, aplica-se a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, por força do artigo 50 do Código Civil.²⁵

Observou-se, ainda, na jurisprudência da Justiça do Trabalho, a aplicação da desconsideração sucessiva para atingir o patrimônio dos ex-sócios, *verbis*:

AGRAVO DE PETIÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. EX-SÓCIO. No direito do trabalho, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica se aplica segundo os seus históricos preceitos, mais abrangentes e benéficos ao trabalhador, destinatário único do princípio tutelar do direito do trabalho. Justifica-se, a teoria, na proteção ao trabalhador hipossuficiente, cujo crédito exequendo tem natureza alimentar. **A responsabilidade por esse risco se transfere aos sócios e, sucessivamente, aos ex-sócios**²⁶.

25 TJSC, 2ª Câmara, Dir Civ, AI nº 878218 SC 2011.087821-8, rel. Luiz Carlos Freyesleben, j. 09-02-2012, provido parcialmente, v.u.

26 TRT4, 6ª Turma, AP nº 00818-2005-733-04-00-1, rel. Des. Maria Cristina Schaan Ferreira, j. 22-10-2008, publ 31-10-2008

4. ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

A desconsideração da personalidade jurídica está se tornando prática corriqueira, principalmente nas execuções, porém, o grande problema que se tem percebido é a ausência de observância dos princípios gerais do processo civil, especialmente no que diz respeito à necessidade de citação e às garantias constitucionais relativas ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

Como o processo civil não prevê incidente de “desconsideração da personalidade jurídica” cada Julgador decide como bem entende, havendo muita divergência na jurisprudência em vários aspectos.

Pedro Henrique Torres Bianqui²⁷ afirma que “Desconsiderar é suspender temporariamente a personalidade jurídica para se averiguar qual o seu substrato. Desconsiderar para fins de responsabilidade é suspender a eficácia da limitação da responsabilidade instituída por uma norma de direito e declarar a responsabilidade executiva subsidiária indireta (ou seja, por dívida de terceiro). “

Para aplicar a *disregard doctrine* é necessário imputar a alguém o mau uso da personalidade jurídica (o “abuso de personalidade” a que se refere o artigo 50 Código Civil, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial). Isso significa que é preciso atribuir a alguém um ato ou uma atividade fraudulenta (em sentido amplo) na administração dos bens da pessoa jurídica. E mais: além de se atribuir a alguém esse tipo de conduta, é preciso pedir que dela se extraiam determinadas consequências para quem a praticou (...) Caso o juiz entenda que houve 'abuso de personalidade', várias relações jurídicas do integrante da pessoa jurídica poderão ser consideradas ineficazes e o patrimônio particular dele poderá ser atingido por uma decisão judicial de desconsideração da personalidade jurídica.²⁸

Contudo, será necessário, primeiro, citar (art. 213-214 do CPC) a pessoa atingida pela desconsideração para que apresente a defesa que entender necessária, garantindo-se, desse modo, o contraditório e a ampla defesa.

²⁷ *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 52

²⁸ André Pagani de Souza. *Desconsideração da Personalidade Jurídica. Aspectos Processuais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 79

A necessidade de citação encontra divergência na doutrina e na jurisprudência (veja-se item “4.7.1” abaixo). Contudo, entendimento unânime é no sentido de que a desconsideração da personalidade jurídica não pode ser aplicada de ofício, bem como a decisão terá de ser fundamentada, sob pena de violar o artigo 93, IX da Constituição Federal.

4.1 Legitimidade ativa e legitimidade passiva

Segundo o artigo 50 do Código Civil, a desconsideração da personalidade jurídica pode ser requerida pela parte ou pelo Ministério Público quando lhe couber intervir no processo (legitimidade ativa), em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica (legitimidade passiva).

Como destaca Pedro Henrique Bianqui²⁹, o sistema jurídico apenas a fraude e busca manter a boa-fé entre as relações e não estão expressamente elevadas as pessoas autorizadas a pedir a desconsideração, pois a legitimidade é um conceito amplo de direito e não se restringe ao campo do direito processual.

O problema é que normalmente o pedido de desconsideração é feito já na fase de cumprimento da sentença, não tendo os sócios ou administradores participado da fase de conhecimento. Por isso é importante que ao incluído na demanda seja garantido o direito ao contraditório.

Entender que há ilegitimidade nessa inclusão na fase de cumprimento da sentença seria o mesmo que negar a existência do próprio instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Conforme já foi mencionado anteriormente, o próprio Código de Processo Civil, em seus artigos 592, II e 596, admite a constrição de bens dos sócios nos casos previstos em lei, como na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica. Sendo assim, nada impede que a desconsideração ocorra na fase de cumprimento da sentença.

29 Pedro Henrique Torres Bianqui, op. cit. p. 115

Cabe destacar interessante julgado que admite que o pedido de descon sideração da personalidade jurídica possa ser formulado pela própria pessoa jurídica em seu favor, porque resguarda interesses de credores e da própria sociedade empresária indevidamente manipulada, *verbis*:

...

5. A decisão jurisdicional que aplica a aludida teoria importa prejuízo às pessoas físicas afetadas pelos efeitos das obrigações contraídas pela pessoa jurídica. A rigor, ela resguarda interesses de credores e da própria sociedade empresária indevidamente manipulada. **Por isso, o Enunciado 285 da IV Jornada de Direito Civil descreve que "A teoria da descon sideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica em seu favor.**

6. A ideia de prejuízo e a necessidade de obter provimento mais benéfico são fundamentais para a caracterização do interesse recursal (Barbosa Moreira, Comentário ao Código de Processo Civil, vol. V, 14^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 299). Segundo o art. 499 do CPC, o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

(...) (AgRg no REsp 1307639 / RJ Ministro Herman Benjamin, julgado em 17/05/2012)

4.2 Ampla Defesa, Contraditório e Devido Processo Legal

O artigo 5º da Constituição Federal abrange os princípios constitucionais do processo civil, além de outros de natureza penal e trabalhista. Dificilmente o direito processual civil atingirá a sua finalidade de solucionar conflitos e promover a paz social se não obedecer determinados princípios e garantias. Ou seja, a jurisdição exercida pelo Estado deve observar as limitações estabelecidas na Constituição Federal.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³⁰ ensina que “se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica mas, sim como instrumento de realização de valores especialmente de valores constitucionais, impõe-se considera-lo como direito constitucional aplicado.” Isso significa que o direito processual civil é o instrumento de aplicação das garantias constitucionais.

O artigo 5º *caput* prescreve que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no

30 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Do formalismo no processo civil*. 2.ed. rev. e acrescida de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003. p.261

País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade à igualdade, à segurança e à propriedade”. O inciso I dispõe que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. O inciso XXXV dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O inciso XXXVI garante que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” O inciso XXXVII determina que não haverá juízo ou tribunal de exceção”. De acordo com o inciso LIII, “ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente”. O inciso LIV, por sua vez, garante que **“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”**. **O direito ao contraditório e à ampla defesa constam expressamente no inciso LV que estabelece que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”**.

Tratam esses dispositivos, entre outros, da tutela constitucional do processo, cuja abordagem é necessária no estudo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Mas é preciso também observar que a administração pública, nela inserida o Poder Judiciário, na realização de seu mister, deverá observar os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37 da CF).

E, observando todos esses princípios, analisando cada situação fática é que a tutela jurisdicional será entregue, autorizando ou não a desconsideração da personalidade jurídica, cuja matéria é objeto do presente estudo.

Segundo Nelson Nery Junior³¹ o “devido processo legal” abrange como garantias **“a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação**; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; **d) direito ao procedimento contraditório**; e) direito de não ser processado, condenado e julgado por alegada infração às leis *ex post facto*; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência jurídica, inclusive gratuita; j) privilégio contra autoincriminação”

31 Nelson Nery Junior. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 40-41

Cândido Rangel Dinamarco³² ensina “o perfil de processo que resulta dessa garantia é o do processo justo e é o que, na voz da mais moderna doutrina, é o processo regido por garantias mínimas de meios e de resultado, com emprego de instrumental técnico-processual adequado e conducente a uma tutela adequada e efetiva”.

Também estão relacionados ao devido processo legal, a observância dos princípios do contraditório (CF, art. 5º, LV) e da maior eficiência possível (CF, art. 5º, XXXV c.c. inciso LXXVIII), ou seja, a busca do máximo de resultados com o mínimo de esforço possível. Pelo princípio do contraditório “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Pelo princípio da eficiência, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, assegurados a todos no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Para que o contraditório seja garantido é preciso dar informação ao réu da existência do processo (através da citação); dar ao autor e ao réu a informação de todos os atos do processo. A reação deve ser possível, ou seja, deve ser dada a possibilidade de reagir a determinada informação ou de influir sobre uma decisão antes de ela ser tomada. Não é necessário que a reação exista efetivamente, mas sim que se dê oportunidade para reagir. O diálogo deve existir entre o juiz e as partes, de modo que seja possível a estas se manifestarem antes de o juiz decidir; influenciando na tomada de decisão.³³

E mesmo que se trate de execução, o contraditório deve ser observado, essa é lição de Cândido Rangel Dinamarco: “A execução forçada faz-se ao longo de um procedimento previamente estabelecido em lei e que serve para preparar o provimento final satisfativo, o qual por sua vez, se chegar a ser emitido, irá beneficiar a uma pessoa e desfalcar patrimonialmente a outra.... E, como esta é a instrumentação jurídica da exigência política do contraditório, conclui-se tal garantia constitucional se faz presente no processo de execução sem ser limitada ao

32 Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiro, 2001. v. 1. p. 247

33 André Pagani de Souza. *Desconsideração da Personalidade Jurídica. Aspectos Processuais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38

cognitivo.”³⁴ Aliás, o art. 5º, LV, da CF não restringe a observância ao contraditório ao processo de conhecimento.

Na lição de José Carlos Barbosa Moreira³⁵, “Enquanto o processo de conhecimento visa à formulação, na sentença definitiva, da regra jurídica concreta que deve disciplinar a situação litigiosa, outra é a finalidade do processo de execução, a saber, atuar praticamente aquela norma jurídica concreta.” Ou seja, o contraditório se manifesta de maneiras diferentes no processo de conhecimento e no de execução.

No processo de conhecimento a causa é preparada na fase instrutória, com oportunidade ampla ao contraditório. No processo de execução, diversos procedimentos permitem o contraditório, por exemplo, quando ocorre a penhora, a avaliação ou ainda, a hasta pública, o que se faz por meio dos diversos meios de defesa (embargos à execução, à penhora, à arrematação, de terceiros, impugnação...).

Destaca o Professor Cássio Scarpinella Bueno³⁶ que o princípio do contraditório “deve ser entendido como o direito de influir, de influenciar, na formação da convicção do magistrado ao longo do processo.”

No entanto, o contraditório é, sem dúvida, mais limitado na execução porque o juiz não poderá conhecer de qualquer matéria, conforme se verifica na redação dos artigos 741, 745, 475-L, todos do Código de Processo Civil.

Todo esse estudo é importante porque, normalmente, a desconsideração da personalidade jurídica ocorre durante a execução ou no cumprimento da sentença. A ausência do contraditório e do devido processo legal certamente resultará na nulidade do incidente.

Importante destacar, nesse sentido, lição de Fábio Ulhoa Coelho³⁷:

Nota-se que a teoria maior torna impossível a desconsideração operada por simples despacho judicial no processo de execução de sentença. Quer

34 Cândido Rangel Dinamarco. *Execução civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 176

35 José Carlos Barbosa Moreira. *O novo processo civil brasileiro*. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 185

36 Cássio Scarpinella Bueno. *Curso sistematizado de direito processual civil*, São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 108

37 Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 11. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. p. 56.

dizer, se o credor obtém em juízo a condenação da sociedade (e só dela) e, ao promover a execução, constata o uso fraudulento da sua personalização, frustrando seu direito reconhecido em juízo, ele não possui ainda título executivo contra o responsável pela fraude. Deverá então acioná-lo para conseguir o título. Não é correto o juiz, na execução, simplesmente determinar a penhora dos bens do sócio ou administrador, transferindo para eventuais embargos de terceiro a discussão sobre a fraude, porque isso significa uma inversão do ônus probatório. [...] Desse modo, quando a fraude na manipulação da personalidade jurídica é anterior à propositura da ação pelo lesionado, a demanda deve ser ajuizada contra o agente que a perpetrou, sendo a sociedade a ser desconsiderada parte ilegítima.

Nesse sentido, o Projeto do Código de Processo Civil, prevê a possibilidade de se instaurar o incidente de desconsideração, cuja decisão proferida ao final do incidente terá caráter interlocutório e sua impugnação será feita por meio de agravo de instrumento.

4.3 Quem sofre desconsideração é parte ou terceiro?

Conforme destaca Pedro Henrique Torres Bianqui³⁸ o tema desconsideração da personalidade jurídica em nada se relaciona com o intrincado tema da sucessão processual. Esta ocorre quando uma das partes morre (pessoa natural) ou é extinta (pessoa jurídica), nos termos do art. 43 do Código de Processo Civil, ou ainda, quando há alienação do objeto litigioso (CPC, art. 42), Também não se trata de substituição processual. Esse instituto é definido como a defesa em nome próprio de direito alheio consoante a definição legal (CPC, art. 6º) e diz respeito à legitimidade *ad causam*. Com a desconsideração não há anulação da pessoa jurídica, ou seja, ela não perde a capacidade de ser parte.

É parte no processo, na lição de Arruda Alvim³⁹ “aquele que pede tutela jurídica no processo, bem como aquele contra quem essa tutela é pedida, e que esteja no processo”. Cassio Scarpinella Bueno⁴⁰ adota o conceito de parte de Chiovenda, no sentido de que “é parte quem pede e contra quem se pede alguma espécie de tutela jurisdicional. É terceiro aquele que não pede ou contra quem nada se pede em juízo. Partes são os não terceiros; terceiros são todos os que não são

38 *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 111-112

39 Arruda Alvim. *Manual de direito processual Civil*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v.2., p. 30

40 *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3

partes. O conceito de parte, nestas condições, é obtido pela negação de quem seja terceiro e vice-versa.”

Todavia, para ser parte no processo é preciso ser citado. Isso porque é pela citação que o sócio atingido se tornará parte na relação processual como litisconsorte da pessoa jurídica desconsiderada.

Da leitura do 219 c.c. art. 263, do Código de Processo Civil, é possível concluir que o integrante da pessoa jurídica somente será parte no processo após a desconsideração da personalidade jurídica, seguida de sua citação válida. Antes disso deverá ser considerado terceiro na relação processual, mesmo porque somente a partir do pedido de desconsideração é que foi formulado “pedido” em face do integrante da pessoa jurídica.

Com o ingresso na relação processual é que alguém se torna parte no processo. Aliás inexistindo citação ou seu vício na fase cognitiva, poderá o executado impugnar a execução lastreado no artigo 475-L, I, do CPC.

Há divergência no STJ com relação à necessidade ou não de citação do sócio, conforme destacado no item “4.7.1” abaixo, assim como no entendimento de que o sócio seja parte ou terceiro.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR. OMISSÃO RELEVANTE. EMBARGOS DE TERCEIRO. LEGITIMIDADE ATIVA. INTIMAÇÃO ACERCA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E DA PRAÇA NÃO COMPROVADA. EFEITO SUSPENSIVO.

1. Havendo omissão relevante a respeito de fundamento do pedido cautelar, justifica-se o acolhimento dos embargos de declaração com efeitos modificativos.

2. Concessão do efeito suspensivo até o exame, pelo Superior Tribunal de Justiça, da alegação, deduzida no recurso especial, de ausência de citação da embargante como falida, nos autos da falência, bem como da falta de intimação da decisão que desconsiderou a personalidade jurídica para atingir bens pessoais dos sócios e da praça dos imóveis integrantes da meação que se busca proteger com os embargos de terceiro.

3. Embargos de declaração acolhidos.

[...]

O acórdão recorrido implicitamente reconhece que a embargante não foi, ela própria, intimada da desconsideração da personalidade da empresa da qual fora sócia, na medida em que afirma que a "alegada falta de citação não deixou sem defesa a apelante", pois tinha os bens imóveis em comunhão com seu marido, o qual teve ampla oportunidade de arguir quaisquer defesas que entendesse adequadas.

[...]

Esta omissão relevante justifica o acolhimento dos embargos de declaração, com efeitos modificativos, para atribuir efeito suspensivo do cumprimento do acórdão recorrido até o julgamento do agravo de instrumento que visa ao

processamento do recurso especial, impedindo-se, por ora, a expedição de carta de arrematação e respectivo registro.⁴¹

Segundo alguns entendimentos no Superior Tribunal de Justiça, com a desconsideração da personalidade jurídica os sócios passam a ser parte no processo de execução, independentemente da citação:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. LOCAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INCLUSÃO DOS SÓCIOS NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIROS. NÃO-CABIMENTO. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE CONDUTA CULPOSA POR PARTE DO SÓCIO MINORITÁRIO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Havendo desconsideração da personalidade jurídica, os sócios passam a ser parte no processo de execução, pelo que se mostra cabível o oferecimento de embargos do devedor, e não de terceiros. Precedentes.

2. É impossível, na estreita via do recurso especial, analisar a existência, ou não, de conduta culposa da sócia minoritária a autorizar a despersonalização da personalidade jurídica da sociedade, por demandar o reexame do conjunto probatório. Óbice da Súmula 7/STJ

[...]

Cabe ressaltar, de início, que já é firme, nesta Corte, o entendimento segundo o qual "a desconsideração da pessoa jurídica torna cada um de seus sócios parte no processo de execução, porquanto **a desconsideração da personalidade suprime o sujeito de direito representado pela pessoa jurídica, fazendo-o substituir-se, por ampliação subjetiva, pelas pessoas de seus sócios, sejam essas naturais ou jurídicas**". Isso porque "a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Tal entendimento exsurge da própria lógica conceitual inerente à formulação da Doctrine of Disregard of Legal Entity" (RMS 16.274/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJ 2/8/2004, p. 359). Nesse sentido: REsp 170.034/SP, Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, Terceira Turma, DJ 23/10/2000, p. 134. Destarte, não há falar em violação aos arts. 473 e 1.046 do CPC, tendo em vista que, tratando-se execução de dívida contraída pela própria sociedade, com a desconsideração de sua personalidade jurídica, seus sócios passam a integrar a lide na condição de parte, e, por via de consequência, seu patrimônio pessoal passa a responder pela referida dívida. [...]⁴²

Pedro Henrique Torres Bianqui⁴³ destaca que esse entendimento não merece prevalecer, porque não há sucessão processual quando se fala em desconsideração da personalidade jurídica e também porque o que torna o sócio parte no processo é a citação ou o comparecimento espontâneo, como corretamente diz Dinamarco.

41 STJ, 4ª Turma, AgRg na medida cautelar nº 17.690-RJ, rel Min Maria Isabel Gallotti, j. 22-11-2011, embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes, v.u., DJe 30-11-2011

42 STJ, 5ª Turma, AgRg no AgRg no Ag 656172-SP, rel. Min. Arnaldo Esteves, j. 04-10-2005, negaram provimento, v.u., DJ 14-11-2005

43 op. cit. p. 179

Em nosso entendimento é a existência ou não de citação que determinará a condição do sócio como parte ou como terceiro. Somente dessa forma será formada a relação processual entre o credor e o incluído no polo passivo da demanda, ainda que se considere a desnecessidade de propositura de ação autônoma para proceder a desconsideração da personalidade jurídica.

4.4 Litisconsórcio Inicial e Litisconsórcio Ulterior

O pedido de desconsideração da personalidade jurídica pode dar ensejo à formação de um litisconsórcio inicial desde que o autor formule demanda em face da pessoa jurídica e de seus integrantes no caso de prática de ato por parte de ambos relativamente ao autor.

A pessoa jurídica cuja personalidade deverá ser desconsiderada não pode ser deixada de fora da relação processual, em atenção ao princípio do contraditório, inerente ao modelo de processo traçado pela Constituição Federal. Se o pedido de desconsideração da personalidade jurídica for acolhido, a pessoa jurídica será desconsiderada para atrair os seus integrantes ao processo, o que acontecerá, porém ao longo do processo, mediante a observância do princípio do contraditório. Por isso, a pessoa jurídica deve ser citada para se defender, ainda que, ao final, ela seja considerada parte ilegítima, porque quem praticou os atos fraudulentos foram os seus integrantes, e não ela.⁴⁴

Quanto ao litisconsórcio ulterior, a lei adjetiva impõe alguns obstáculos. Se a ação foi proposta e ainda não houve a citação do réu, é possível emendar a petição inicial para formar o litisconsórcio passivo (art. 294 do CPC), porque a demanda estará estabilizada. Após a citação, a emenda à inicial somente poderá ser procedida mediante consentimento do réu (art. 264). Depois de saneado o processo, nem mesmo com a anuência do réu seria possível a inclusão do integrante da pessoa jurídica (art. 264, parágrafo único do CPC).

Cândido Rangel Dinamarco⁴⁵, ao abordar o tema do litisconsórcio facultativo e o momento da sua formação, afirma expressamente que 'depois do saneamento do

44 André Pagani de Souza. *Desconsideração da Personalidade Jurídica. Aspectos Processuais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 86

45 Cândido Rangel Dinamarco. *Litisconsórcio*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002, p.327-328

processo é claro que modificação alguma subjetiva poder-ser-ia fazer, porque isso implicaria violação da ordem preclusiva dos atos do procedimento ordinário brasileiro, que é rígido e não comporta retrocessos.

André Paganini de Souza⁴⁶, contrariando esse pensamento, aponta cinco argumentos em prol da desconsideração da personalidade jurídica a qualquer momento no processo: “1ª) a inclusão de novo litisconsorte não trará nenhum prejuízo para a pessoa jurídica”, mesmo porque a desconsideração da personalidade jurídica foi concebida com vistas à manutenção da pessoa jurídica; “2º) a inclusão de novo litisconsorte poderá significar o cumprimento ou a execução de eventual sentença condenatória contra ele (...) o juiz estará agindo de acordo com o modelo de processo traçado pela Constituição Federal, pois estará contribuindo para um processo mais eficiente (CF, art. 5º, LXXVIII c/c o art. 37, caput), sem abrir mão do contraditório e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV)”, amplia-se a argumentação, sendo que a suposta condenação será garantida com mais de um patrimônio; “3º) a inclusão do novo litisconsorte também terá um caráter instrutório, na medida em que contribuirá para a melhor preparação da sentença que será proferida”; “4º) é necessário entender e compreender o processo como instrumento realizador do direito material, especialmente no tocante ao art. 50 do Código Civil”, não acarretando nenhum prejuízo, no caso da desconsideração, a inclusão de novo litisconsorte; 5º) é necessário fazer uma releitura do artigo 264 do Código de Processo Civil, cuja parte final faz ressalva às substituições permitidas por lei.

De fato, lembrando a ressalva do artigo 264 do CPC, parte final (“... *salvo as substituições permitidas por lei...*”), inúmeros dispositivos legais autorizam a modificação subjetiva na relação processual pendente, *verbis*:

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

Art. 928 do CC: O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

46 André Pagani de Souza. *Desconsideração da Personalidade Jurídica. Aspectos Processuais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 88

Art. 1.698 do CC: Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Ou seja, a lei material (Código Civil) respaldada pelo artigo 264 do CPC indica várias situações em que é possível a modificação do polo passivo da demanda, mesmo após o saneamento do processo. E isso, “não, propriamente, para uma substituição propriamente dita, mas para uma complementação do polo passivo da relação processual.”⁴⁷

A jurisprudência tem entendimento minoritário no sentido de ser necessária ação própria para se aplicar a desconsideração da personalidade jurídica. O entendimento que prevalece é o seguinte⁴⁸:

Processo civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Desconsideração da personalidade jurídica de sociedade empresária. Sócios alcançados pelos efeitos da falência. Legitimidade recursal.

- 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 os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros.

- O sócio alcançado pela desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária torna-se parte no processo e assim está legitimado a interpor, perante o Juízo de origem, os recursos tidos por cabíveis, visando a defesa de seus direitos.

Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento.

Da doutrina colhe-se entendimento de Humberto Theodoro Junior⁴⁹ segundo o qual, “a responsabilidade extraordinária, como a proveniente do abuso de gestão, violação do contrato, dolo etc., depende de prévio procedimento de cognição e só pode dar lugar à execução quando apoiada em sentença condenatória contra o sócio faltoso... Nem mesmo a desconsideração da personalidade jurídica que a jurisprudência agasalha em certas circunstâncias, e até mesmo a lei às vezes reconhece, autoriza uma sumária anulação da autonomia obrigacional existente

47 Cássio Scarpinella Bueno. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 106

48 STJ, 3ª Turma, RMS 16274/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19-08-2003, negaram provimento, v.u., DJ. 02-08-2004, p. 359

49 Humberto Theodoro Junior. *Curso de direito processual civil*. v.2., p. 103-104

entre a sociedade e os sócios. Por isso, não comprovadas adequadamente em juízo as circunstâncias excepcionais autorizadoras da desconsideração da personalidade jurídica, não há que se cogitar da penhora direta sobre bens do sócio quando a execução se refira a dívida da sociedade.”

Segundo entendimento que prevalece na doutrina e na jurisprudência, desde que respeitadas as garantias insculpidas no artigo 5º da Constituição, especialmente no que diz respeito ao contraditório e à ampla defesa, observando-se a regular formação processual com a citação do integrante da pessoa jurídica, especialmente porque é dever do Poder Judiciário combater a prática de ilícitos tais como a fraude contra credores e sobretudo a observância do princípio da maior efetividade da justiça; considerando ainda, a previsão legal da execução sem título (art. 273 do CPC), é razoável a dispensa de ação própria para desconsiderar a personalidade jurídica.

Sendo assim, é possível o ingresso do integrante da pessoa jurídica no polo passivo da demanda em litisconsorcio ulterior, como parte na relação processual e, desde que respeitado o contraditório e a ampla defesa.

4.5 Formas de Defesa

A ausência de disciplina quanto ao procedimento a ser observado para aplicar a desconsideração da personalidade, muitas vezes, resulta em dúvidas quanto às formas de defesa da pessoa atingida.

A princípio, se a desconsideração ocorreu antes da citação, o agravo de instrumento parece ser o instrumento apropriado, haja vista que o contraditório não foi observado. Porém, antes de haver a constrição, a simples petição apresentada poderia ser recebida como exceção de pré-executividade, considerando que o argumento do incluído seria a ilegitimidade passiva *ad causam*, questão que pode ser apreciada de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública.

Todavia, concluindo-se que o integrante da pessoa jurídica ao ser incluído no polo passivo da demanda como responsável pelo pagamento do débito, devidamente citado, passa a ser parte na relação processual, se a hipótese for de cumprimento de sentença, a defesa cabível será a impugnação, se se tratar de execução de título extrajudicial, a defesa cabível serão os embargos à execução,

sem olvidar a possibilidade de apresentação de exceção de pré-executividade para evitar a penhora de bens, suscitando questões de ordem pública que podem ser apreciadas pelo Juiz de ofício.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SOCIEDADE LIMITADA. SÓCIA MAJORITÁRIA QUE, DE ACORDO COM O CONTRATO SOCIAL, NÃO EXERCE PODERES DE GERÊNCIA OU ADMINISTRAÇÃO. RESPONSABILIDADE.

1. Possibilidade de a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade limitada atingir os bens de sócios que não exercem função de gerência ou administração.

2. Em virtude da adoção da Teoria Maior da Desconsideração, é necessário comprovar, para fins de desconsideração da personalidade jurídica, a prática de ato abusivo ou fraudulento por gerente ou administrador.

3. Não é possível, contudo, afastar a responsabilidade de sócia majoritária, mormente se for considerado que se trata de sociedade familiar, com apenas duas sócias.

4. Negado provimento ao recurso especial.

[...]

Nesse ponto, deve ser ressaltado que, na hipótese sob julgamento, a discussão iniciou-se em exceção de pré-executividade, que não admite dilação probatória. Assim, nem ao menos poderia ser produzida prova capaz de demonstrar que a recorrente não interferiu na administração da sociedade.

[...]

Na hipótese dos autos, tendo em vista que se trata de sociedade modesta, que tem como únicas sócias mãe e filha, e considerando que a recorrente detém 50% das quotas sociais, não é possível afastar sua responsabilidade e o art. 50 do CC/02 não foi violado.

[...] ⁵⁰

Pode haver certa dúvida na eleição dos embargos do devedor como meio de defesa em casos, por exemplo, em que a penhora ocorra antes da citação. Segundo a Prof. Teresa Arruda Alvim Wambier⁵¹ estando em 'zona de penumbra', deve-se “optar pela resposta que privilegie os valores fundamentais, entre os quais se sobressai a 'operatividade do sistema', qualidade que deve torná-lo apto a gerar os fins para os quais foi criado.. Justamente nestas hipóteses é que, em nosso entender, deve incidir o princípio da fungibilidade: casos em que há dúvida quanto a qual seja o caminho adequado (= correto) para se atingir determinada finalidade por

50 STJ, 3ª Turma, REsp 1.315.110-SE, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28-05-2013, negaram provimento, v.u., DJe 07-06-2013

51 Teresa Arruda Alvim Wambier, *O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo*, p. 740

meio de um pedido formulado perante o Poder Judiciário, dúvida esta cuja existência se percebe por haver divergências no plano da doutrina e/ou no da jurisprudência.”

Na jurisprudência, em homenagem aos princípios da fungibilidade, da instrumentalidade das formas e da ampla defesa, admite-se o processamento de embargos de terceiro como embargos do devedor, porém, exige-se a observação do prazo menor. Nesse sentido:

Os embargos a serem manejados pelo sócio-gerente contra quem se redirecionou ação executiva, regularmente citado e, portanto, integrante do pólo passivo da demanda, são os de devedor, e não por embargos de terceiros, adequados para aqueles que não fazem parte da relação processual. **Todavia, em homenagem ao princípio da fungibilidade das formas, da instrumentalidade do processo e da ampla defesa, a jurisprudência admite o processamento de embargos de terceiro como embargos do devedor.**

Exige, para tanto, entre outras circunstâncias, a comprovação do implemento dos requisitos legais de admissibilidade, **notadamente quanto à sua propositura dentro do prazo legal.**⁵²

EMBARGOS DE TERCEIRO. Ilegitimidade Ativa. Reconhecimento. Embargante incluído no pólo passivo da execução em razão da desconstituição da personalidade jurídica da executada, da qual é sócio. Temas próprios da defesa do executado, que não podem ser deduzidos nos embargos de terceiro opostos. **Princípio da fungibilidade não aplicável à hipótese, vez deduzidos os embargos quando já decorrido, de há muito, o prazo para oposição de embargos do devedor. Sentença mantida. Recurso não provido.**⁵³

André Paganini de Souza⁵⁴ destaca que “tratando-se de título judicial, ou seja, se a hipótese for de cumprimento de sentença e forem opostos embargos de terceiro por aquele que é atingido pela desconsideração da personalidade jurídica no caso concreto, deve-se também aplicar o princípio da fungibilidade, conhecendo-se dos embargos como se fossem impugnação.”

Mas qual seria a medida cabível contra a decisão que desconsidera a personalidade jurídica?

Outra grande zona de penumbra na jurisprudência ocorre quando o sócio é incluído no polo passivo da execução, e, citado, não interpõe recurso de agravo de instrumento ou, se interpõe, o recurso não é processado. Posteriormente seus bens

52 STJ, 1ª Seção, EREsp 98.484-ES, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 24-11-2004, negaram provimento, v.u., DJ 17-12-2004.

53 TJSP, 38ª Câmara de Dir. Priv., Ap 0102606-54.2010.8.26.0100, rel. Des. Fernando Sastre Redondo, j. 14-03-2012, negaram provimento, v.u. DJe 20-03-2012

54 Op cit. p. 119

são penhorados e apresenta impugnação. Rejeitada a impugnação, interpõe agravo de instrumento, cujo processamento é negado porque a matéria estaria preclusa.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Interposição contra decisão que rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença. **Configurada a preclusão consumativa quanto à decisão que determinou a desconsideração da personalidade jurídica bem como em relação à ausência de evidências quanto a outra empresa constituída pelos mesmos sócios ser sucessora da executada.** Mora que se dá com a citação da empresa devedora e não com a citação dos sócios à ocasião da desconsideração da personalidade jurídica.⁵⁵

Inicialmente, é preciso observar se a decisão que desconsiderou a personalidade jurídica foi precedida ou não do contraditório. Se foi precedida do contrário, o que, data venia, não se observa na prática forense atual, haverá preclusão quanto à decisão que determinou a desconsideração da personalidade jurídica, se esta não foi atacada por agravo de instrumento. Mas se a decisão foi baseada nos argumentos unilaterais do credor, é evidente que ao incluído no polo passivo da execução deve ser oferecida a oportunidade de defesa, não sendo meio adequado o recurso de agravo de instrumento, cuja ausência ou não conhecimento (se interposto) não pode resultar em preclusão.

Importante destacar que o ordenamento jurídico atualmente não prevê incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o que tem resultado na inclusão do sócio ou administrador sem contraditório prévio, o que dificulta a defesa do incluído. De acordo com o Projeto do novo Código de Processo Civil essa situação será resolvida pela criação do “incidente de desconsideração da personalidade jurídica”, no qual será proferida decisão com conteúdo de sentença, contudo, atacável por meio de agravo de instrumento (vide item 5 retro).

Atualmente, prevendo o artigo 475-J, § 1º, do CPC, que a manifestação do executado na fase de cumprimento da sentença se faz por meio de Impugnação, não há dúvidas de que esse é o meio adequado de defesa. Nesse sentido:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS. OBSERVÂNCIA. CITAÇÃO DOS SÓCIOS EM PREJUÍZO DE QUEM FOI DECRETADA A DESCONSIDERAÇÃO. DESNECESSIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO GARANTIDOS COM A INTIMAÇÃO

55 TJSP, 33ª Câmara de Dir. Priv., AI nº 2071063-03.2013.8.26.0000, rel. Des. Mario A. Silveira. j. 27-01-2014, negaram provimento, v.u., DJe 05-02-2014

DA CONSTRUIÇÃO. **IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VIA ADEQUADA PARA A DISCUSSÃO ACERCA DO CABIMENTO DA DISREGARD.** RELAÇÃO DE CONSUMO. ESPAÇO PRÓPRIO PARA A INCIDÊNCIA DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO. ART. 28, § 5º, CDC. PRECEDENTES.

1. A desconsideração da personalidade jurídica é instrumento afeito a situações limítrofes, nas quais a má-fé, o abuso da personalidade jurídica ou confusão patrimonial estão revelados, circunstâncias que reclamam, a toda evidência, providência expedita por parte do Judiciário. Com efeito, exigir o amplo e prévio contraditório em ação de conhecimento própria para tal mister, no mais das vezes, redundaria em esvaziamento do instituto nobre.

2. A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade.

3. Assim, não prospera a tese segundo a qual não seria cabível, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, a discussão acerca da validade da desconsideração da personalidade jurídica. Em realidade, se no caso concreto e no campo do direito material fosse descabida a aplicação da Disregard Doctrine, estar-se-ia diante de ilegitimidade passiva para responder pelo débito, insurgência apreciável na via da impugnação, consoante art. 475-L, inciso IV. Ainda que assim não fosse, poder-se-ia cogitar de oposição de exceção de pré-executividade, a qual, segundo entendimento de doutrina autorizada, não só foi mantida, como ganhou mais relevo a partir da Lei n. 11.232/2005.

4. Portanto, não se havendo falar em prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, em razão da ausência de citação ou de intimação para o pagamento da dívida (art. 475-J do CPC), e sob pena de tornar-se infrutífera a desconsideração da personalidade jurídica, afigura-se bastante - quando, no âmbito do direito material, forem detectados os pressupostos autorizadores da medida - a intimação superveniente da penhora dos bens dos ex-sócios, providência que, em concreto, foi realizada. ...⁵⁶

De fato, a ausência de interposição de agravo de instrumento contra a decisão que desconsidera a personalidade jurídica, não tendo sido precedida de contraditório, não pode impedir que o integrante da pessoa jurídica, ofereça o contraditório através de impugnação, conforme é facultado pelo art. 475-J, § 1º do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, Leonardo Greco⁵⁷, ao examinar o tema “responsabilidade executiva”, comenta que, “ao desviar o exequente a sua pretensão coativa dos bens do devedor originário para os de um responsável solidário ou subsidiário, ou ao agregar esse novo destinatário à sua pretensão executória está ele propondo outra

⁵⁶ STJ, 4ª Turma, REsp 1096604/DF RECURSO ESPECIAL 2008/0218648-4, rel. Min. Luis Felipe Salomão. j. 02-08-2012, negaram provimento, v.u., DJe 16-10-2012

⁵⁷ *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 1., p. 333-334

ação em face deste novo sujeito, verdadeira cumulação inicial ou ulterior de ações no mesmo processo para, através do patrimônio deste, obter o cumprimento da prestação constante do título.”

No mesmo sentido, Fredie Didier Junior⁵⁸ entende ser possível “a citação do sócio já no processo de execução, desde que se instaure um incidente cognitivo – o que não é raro nem esdrúxulo – no processo executivo, para que se apure, em contraditório, o preenchimento dos requisitos legais que autorizam a aplicação da teoria, bem como se lhe permita o exercício da sua ampla defesa.”

Pedro Henrique Torres Bianqui⁵⁹ vai ainda mais além, ao afirmar que o artigo 475-L do Código de Processo Civil limita drasticamente o conteúdo da defesa do executado, porque somente poderá versar sobre falta ou nulidade de citação, inexigibilidade do título, penhora incorreta ou avaliação errônea, ilegitimidade das partes, excesso de execução ou qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, desde que superveniente à sentença. Em se tratando de descon sideração da personalidade jurídica, essa limitação, imposta pela lei, não pode ser aplicada porque fere o *landmark* da garantia constitucional do contraditório e ampla defesa. Isso porque não se pode limitar o conteúdo da defesa de alguém que nunca participou do processo antes e não teve sequer chance de impor seus argumentos ao à cognição do Poder Judiciário. Assim, o sócio pode plenamente negar a qualidade de responsável, discutir a admissibilidade da descon sideração e atacar a própria existência da relação jurídica principal.

Ou seja, o incidente de descon sideração da personalidade jurídica clama por urgente providência legislativa no sentido de fixar o correto procedimento a ser utilizado nesse caso específico, o que parece ocorrer no Projeto do novo Código de Processo Civil comentado mais adiante.

4.6 Intervenção de terceiros

No que tange à oposição, denúncia da lide, nomeação à autoria e chamamento ao processo, estes só seriam compatíveis com os procedimentos cognitivos, momento em que seria pertinente a inclusão de terceiros com vistas à

⁵⁸ Regras processuais no código civil, p. 7-8

⁵⁹ Op. cit. p. 183

discussão do direito. Encerrada a fase cognitiva esses institutos perdem sua finalidade.

Arruda Alvim destaca que “a oposição é exercício do direito de ação, e portanto, se insere na temática e no campo do processo de conhecimento. Descabe, dessa forma, no processo de execução”⁶⁰. No mesmo sentido, descabe a nomeação à autoria⁶¹ e a denúncia da lide no processo de execução⁶². O mesmo ocorre com o instituto do chamamento ao processo⁶³.

No que se refere ao chamamento ao processo, Pedro Henrique Torres Bianqui⁶⁴ sustenta que é admissível a sua ligação com a desconsideração da personalidade. Pode ocorrer a situação de o dito credor demandar a sociedade, alegar que houve uma das hipóteses de desconsideração e ajuizar a demanda contra um sócio-controlador. Se houver mais de um sócio-controlador, a responsabilidade será solidária entre eles. Portanto, aquele primeiro sócio que foi demandado poderá chamar ao processo esse segundo sócio, com fundamento no inciso III do art. 77 do Código de Processo Civil.

Quanto ao instituto da denúncia da lide, André Paganini de Souza⁶⁵ destaca que, a princípio, não parece ser compatível com a desconsideração da personalidade jurídica, na relação existente entre a pessoa jurídica e seu integrante, todavia seria possível a denúncia da lide de um sócio ao outro nos embargos de terceiro. Isso porque o sócio embargante pode alegar que a fraude foi praticada por outro sócio.

Pedro Henrique Torres Bianqui⁶⁶ discordando desse entendimento argumenta que a denúncia da lide necessariamente envolve uma situação de regresso, de eventualidade. O sócio que praticou alguma das hipóteses de desconsideração não tem direito à sub-rogação, porque isso criaria um absurdo daquele que fez

60 ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. v.2. Processo de conhecimento, p. 138

61 ARRUDA ALVIM, Op cit p. 149

62 ARRUDA ALVIM, Op cit p. 182

63 ARRUDA ALVIM, Op cit p. 192

64 Op cit. p.135

65 André Paganini de Souza, op. cit., p. 110

66 Op cit p. 139

determinado ato ilícito ter garantido seu regresso contra a sociedade ou demais sócios e seu prejuízo seria zero. Isso geraria um enriquecimento ilícito que nosso sistema repudia. Como a ausência de regresso faz parte do conceito de desconsideração da personalidade jurídica, é impossível falar em denunciação da lide. O exemplo trazido só seria aceitável se a desconsideração da personalidade jurídica fosse injusta, porque nessa situação o sócio teria direito de regresso. Mas nesse caso, em tese, os embargos de terceiro ou do executado seriam julgados procedentes e, por consequência, a denunciação seria julgada improcedente.

A assistência, todavia, é cabível em qualquer fase do processo (art. 50, parágrafo único do CPC), exceto nos Juizados Especiais (art. 10 da Lei nº 9.090/95).

Da jurisprudência se destaca:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Decisão proferida em ação de execução que acolhe pedido de desconsideração da personalidade jurídica da executada - Deferimento de arresto de bens dos sócios - Acolhimento, ainda, de pedido de assistência formulado pelo falido

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - Sociedade executada que não indica a existência de bens - Atitudes dos sócios que revelam o desvio de finalidade da empresa, já sem faturamento inerente a sua criação - Atos passíveis de reprovação - Ausência de bens

...

ASSISTÊNCIA - Pedido formulado pelo falido - Cabimento - Interesse do falido em acompanhar o procedimento de modo a garantir o pagamento dos credores.⁶⁷

Concluindo, todas as modalidades de intervenção de terceiros, respeitados os pressupostos legais, serão cabíveis na fase cognitiva. Na execução, somente a assistência é compatível com a desconsideração da personalidade jurídica.

4.7 Desconsideração da pessoa jurídica na jurisprudência

Como já foi dito antes, o direito processual é o instrumento de aplicação do direito material. No que se refere à desconsideração da personalidade jurídica não existe, atualmente, no sistema jurídico procedimento específico para sua aplicação, o que gera, muitas vezes, divergência na jurisprudência, cabendo destacar alguns casos colhidos da jurisprudência.

67 TJSP, 20ª Câmara de Dir Privado, Agrv nº 991.09.013107-0 SP, rel. Miguel Petroni Neto, j. 14-12-2009, provimento em parte, v.u., DJ 28-01-2010

4.7.1 Necessidade de citação (divergência)

Pela necessidade de citação:

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.

...

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.

[...]

No entanto, ainda que se considere que o órgão julgador pode decretar a desconsideração da personalidade jurídica no bojo do próprio processo, faz-se necessário quando da inclusão do sócio na execução, especificamente para que os seus bens sejam objeto de penhora pelos débitos da sociedade executada, a sua citação. Nessa hipótese, deve o sócio ser citado para integrar o processo de execução com a finalidade de conferir eficácia aos postulados do contraditório e da ampla defesa; de modo que, havendo a penhora direta dos bens do sócio sem o contraditório prévio, manifesta é a inobservância dos preceitos mencionados. [...] ⁶⁸

AGRAVO EXECUÇÃO PROVISÓRIA DECISÃO RELATIVA À DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INEXISTÊNCIA DE EFETIVA DECISÃO, QUE DEPENDE DE MANIFESTAÇÃO DE EXECUTADOS, INCLUSIVE O AGRAVANTE – IMPOSSIBILIDADE DE SUPRESSÃO DA INSTÂNCIA E DE REVISÃO DE DECISÃO AINDA NÃO TOMADA DECISÃO QUE AFASTA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, COM FUNDAMENTAÇÃO PERTINENTE E ADEQUADA MANUTENÇÃO IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO, CONSISTENTE EM SENTENÇA JUDICIAL, NO CURSO DA EXECUÇÃO POSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO PELOS TERCEIROS ATINGIDOS POR EVENTUAL DESCONSIDERAÇÃO PERSONALIDADE JURÍDICA, PELOS MEIOS PROCESSUAIS PRÓPRIOS, **APÓS CITAÇÃO** AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO AGRAVO IMPROVIDO.

(...)

Ao incluir os sócios no polo passivo da demanda, cumpre determinar sua citação, permitindo a apresentação de resposta, por meio adequado, de tal sorte a consagrar os princípios da ampla defesa e do contraditório. ⁶⁹

Dispensando a citação:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS. OBSERVÂNCIA. CITAÇÃO DOS SÓCIOS EM PREJUÍZO DE QUEM FOI DECRETADA A DESCONSIDERAÇÃO. DESNECESSIDADE.

68 STJ, 4ª Turma, REsp 686.112-RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 08-04-2008, DJe 28-04-2008

69 TJSP, 29ª Câmara. Dir. Priv., AI 0177121-98.2012.8.26.0000, rel. Des. Alfredo Attié, j. 05-12-2012, negaram provimento, v.u., DJe 12-12-2012

AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO GARANTIDOS COM A INTIMAÇÃO DA CONSTRIÇÃO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VIA ADEQUADA PARA A DISCUSSÃO ACERCA DO CABIMENTO DA DISREGARD. RELAÇÃO DE CONSUMO. ESPAÇO PRÓPRIO PARA A INCIDÊNCIA DA TEÓRIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO. ART. 28, § 5º, CDC. PRECEDENTES.

...

2. A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, **dispensando-se também a citação dos sócios**, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade.⁷⁰

PROCESSO CIVIL. FALÊNCIA. EXTENSÃO DE EFEITOS. POSSIBILIDADE. PESSOAS FÍSICAS. ADMINISTRADORES NÃO-SÓCIOS. GRUPO ECONÔMICO. DEMONSTRAÇÃO. **DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CITAÇÃO PRÉVIA. DESNECESSIDADE. AÇÃO REVOCATÓRIA. DESNECESSIDADE.**⁷¹

AGRAVO DE INSTRUMENTO Ação de cobrança em fase de cumprimento de sentença. Interposição contra decisão que deferiu em parte o pedido de descon sideração da personalidade jurídica da executada Nishi Som Comércio de Acessórios Ltda. EPP, para atingir o patrimônio dos sócios. Agravo interposto intempestivamente.

Agravo de instrumento não conhecido.

...

Nem se diga que a r. decisão só foi conhecida posteriormente pelos agravantes, eis que à ocasião da intimação da empresa, os representantes destas igualmente tomaram ciência inequívoca da r. decisão agravada ...⁷²

Em nosso entender, a citação sempre será necessária porque é pela citação que se dá conhecimento da ação ao incluído.

Note-se que, não ocorrendo a citação, a pessoa incluída não terá chance de, por exemplo, oferecer exceção de pré-executividade. Se não foi citada, tomará conhecimento da ação somente quando ocorrer a constrição de bens, havendo, nesse caso, cerceamento do direito de defesa.

70 STJ, 4ª Turma, REsp 1096604-DF, rel. Min Luis Fernando Salomão, j. 02-08-2012, negaram provimento, maioria, DJe 16-10-2012

71 STJ, 3ª Turma, REsp 1266666-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09-8-2011, negaram provimento, DJe 25-08-2011

72 TJSP, 33ª Câmara de Dir. Priv., AI nº 0061528-21.2012.8.26.0000, rel. Des. Mario A. Silveira. j. 16-04-2012, não conhecido, v.u., DJe 20-04-2012

4.7.2 Ilegitimidade da pessoa jurídica

Muito já se discutiu na jurisprudência a respeito da legitimidade da pessoa jurídica para interpor recurso no interesse do sócio, o que foi pacificado recentemente no julgamento de recursos repetitivos por meio do RESP 1.347.627, relator Min. Ari Pargendler⁷³:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR. **A pessoa jurídica não tem legitimidade para interpor recurso no interesse do sócio.** Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/08.

(...)

Os autos dão conta de que, ordenado o redirecionamento da execução contra os sócios, a pessoa jurídica, originariamente acionada, interpôs agravo de instrumento no interesse deles.

"Ninguém" - está dito no art. 6º do Código de Processo Civil - "poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei".

Quer dizer, a substituição processual depende de expressa previsão legal, e não há lei que autorize a sociedade a interpor recurso contra a decisão que, na execução contra ela ajuizada, inclua no polo passivo os respectivos sócios.

Nesse sentido os precedentes do Superior Tribunal de Justiça (EDcl no AREsp nº 14308, MG, relator o Ministro Humberto Martins, DJe de 27.10.2011; REsp nº 793.772, RS, relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJe de 11.02.2009; AgRg no REsp 976768, MG, relator o Ministro Luiz Fux, DJe 07/05/2008)

Assim, consolidou-se entendimento no STJ de que a pessoa jurídica não tem legitimidade para interpor recurso no interesse do sócio, em razão do que dispõe o artigo 6º do CPC.

Ou seja, se o sócio foi incluído no polo passivo da demanda, somente ele tem legitimidade para discutir a legalidade da decisão que desconsiderou a personalidade jurídica, responsabilizando seu patrimônio pelo pagamento da dívida.

4.7.3 Ação regressiva do sócio

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - RETIRADA DE SÓCIO - SOCIEDADE LIMITADA - ARTIGO 1.052 DO CC – INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 1.032 DO CC - SOCIEDADES SIMPLES - AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE DA EX-SÓCIA MANTIDO - RECURSO IMPROVIDO. Nas sociedades limitadas, a responsabilidade do sócio está limitada à integralização do capital social (art. 1.052 do CC) , afigurando-se despropositada a responsabilização posterior do sócio retirante, conforme contempla o art. 1.032 do Código Civil.

Esse dispositivo só tem aplicação para as sociedades em que a responsabilidade dos sócios é ilimitada, não para as sociedades limitadas

⁷³ STJ, 1ª Seção, REsp 1.347.627-SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 09-10-2013, negaram provimento, v.u., DJe. 21-10-2013

(...)

O MM. juiz ordenou a desconsideração da personalidade jurídica da executada, porém indeferiu a inclusão no polo passivo da demanda da ex-sócia Inez Montero de Souza, entendendo o magistrado que a ação foi proposta contra a pessoa jurídica e, tendo em vista a desconsideração sua personalidade jurídica para seus atuais sócios, a busca por bens deve recair sobre estes (sócios atuais), **que, se quiserem, deverão mover ação regressiva contra os sócios anteriores.** (...) ⁷⁴

APELAÇÃO Cobrança Ação Regressiva 1) Mérito: Antigo sócio da empresa Cerâmica Chavantes LTDA que, em razão da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, teve valores bloqueados para pagamento de débitos trabalhistas Pretensão do autor de ser ressarcido pelos demais antigos sócios, em razão de ter assumido sozinho os aludidos débitos trabalhistas Responsabilidade dos sócios perante os ex-empregados que não se confunde com a responsabilidade dos sócios uns para com os outros Sócios atuais, adquirentes da quotas sociais, que assumiram a responsabilidade por todos os débitos, existentes e futuros Termos do instrumento de trespasse que, não obstante não vinculem ex-empregados, geram efeitos entre os sócios **Responsabilidade pelo ressarcimento que é dos atuais sócios, nos termos do contrato de trespasse e do instrumento público acostado aos autos** Desnecessidade de prévio ajuste ou acertamento entre os primitivos sócios, que não mais compõem o quadro de quotistas da empresa Sentença reformada. 2) Multa por litigância de má-fé: Apelante que alterou a verdade dos fatos, aduzindo, de forma insistente, que o autor-apelado foi responsabilizado na esfera trabalhista por ter permanecido inerte, bem como afirmando que sua exclusão daquelas demandas deuse por ter provado “cabalmente” que nada devia Provas robustas nos autos que dão conta de que o autor-apelado defendeu-se na esfera trabalhista, não sendo a alegada inércia a causa de sua responsabilização. Exclusão da apelante das execuções trabalhistas em razão do excesso de penhora, e não por ter provado sua ilegitimidade passiva ou ausência de responsabilidade Multa cabível. Sentença Reformada ⁷⁵

4.7.4 Ação direcionada diretamente contra os sócios

Processo civil. Pessoa jurídica. Despersonalização. A despersonalização da pessoa jurídica é efeito da ação contra ela proposta; o credor não pode, previamente, despersonalizá-la, endereçando a ação contra os sócios. Recurso especial não conhecido. ⁷⁶

Da leitura da ementa destacada conclui-se que na hipótese de um sócio ou administrador de uma pessoa jurídica ser acionado sozinho por dívida daquela, pode

74 TJSP, 29ª Câmara. Dir. Priv., AI 990.09.353830-0 SP, rel. Luís de Carvalho, j. 03-03-2010, negaram provimento, v.u., DJ 16-03-2010

75 TJSP, 3ª Câmara Dir. Priv., Ap 9191419-78.2008.8.26.0000-SP, rel. Egidio Giocoia, j. 29-03-2011, deram provimento com observação, v.u., DJe 04-04-2011

76 STJ, 3ª Turma, REsp 282.266/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j 18-4-2002, não conheceram, v.u., D.J. 05-08-2002 p. 328

ele nomear à autoria a sociedade, nos termos do art. 63 do CPC, alegando que praticou o ato como representante do ente moral.⁷⁷

4.7.5 Fungibilidade dos embargos do devedor, embargos de terceiro e impugnação

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO CELEBRADO ENTRE AS PARTES. EMBARGOS À EXECUÇÃO. LEI 10.444/02. CABIMENTO. HIPÓTESE EXCEPCIONAL. EFEITO SUSPENSIVO. CONCESSÃO. POSSIBILIDADE. [...]

2. A oposição de embargos à execução, em vez de impugnação, ao cumprimento de sentença deve ser examinada sob o prisma dos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade. Se a medida eleita pela parte é necessária e pode ser aproveitada, atende ao fim precípua do processo, que é mero instrumento para a concretização do direito material.⁷⁸

Decretada a desconsideração da personalidade jurídica, o sócio arrostado para o pólo passivo da execução deve manejar embargos do devedor e não de terceiro; **contudo, aplicando-se o princípio da fungibilidade, nada impede sejam os embargos de terceiro recebidos como de execução.**⁷⁹

A APELAÇÃO CÍVEL EXECUÇÃO FISCAL PRELIMINARES **EMBARGOS DE TERCEIRO SÓCIO – EXECUTADO EMBARGOS DO DEVEDOR FUNGIBILIDADE E INSTRUMENTALIDADE OPOSIÇÃO NO MESMO PRAZO DOS EMBARGOS DO DEVEDOR** LEGITIMIDADE ATIVA PARA OPOR EMBARGOS DE TERCEIRO REJEITADA JULGAMENTO ULTRA PETITA EXCLUSÃO DO SÓCIO DA DEMANDA EXECUTIVA INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 134 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO E NÃO PESSOAL ILEGITIMIDADE AD CAUSAM CONDIÇÃO DA AÇÃO CONHECIMENTO DE OFÍCIO AUSÊNCIA DE FERIMENTO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO RECURSO IMPROVIDO.⁸⁰

4.7.6 Devido processo legal

EMBARGOS À EXECUÇÃO. PENHORA DE VALORES DE SÓCIO DA EMPRESA EXECUTADA. PRECLUSÃO CONSUMATIVA AFASTADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA CONFIGURADA. DESCONSTITUIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA QUE DEVE SER BUSCADA ATRAVÉS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL .

⁷⁷ André Paganini de Souza, op. cit., p. 109

⁷⁸ STJ, 3ª Turma, REsp 1027019/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08.02.2011, não conheceram, v.u., DJE 02.03.2011

⁷⁹ TJSP, 1ª Câmara, Ap. s/ Rev. 842.353-00/8, rel. Juiz Vanderci Álvares - j. 12-04-2004. Disponível em www.aasp.org.br/aasp_jurisprudencia_monotematica

⁸⁰ TJMT, 2ª Turma Cível, Ap Cív nº 2002.011169-4/0000-00, rel. Des. Tânia Garcia de Freitas Borges, j. 27-03-2007, negaram provimento, v.u., DJ 20-04-2007

Não há que se falar em preclusão consumativa se o executado, quando passou a integrar o pólo passivo da demanda e teve valores penhorados, interpôs o recurso tempestivamente.

Caso em que não se deve desconstituir a personalidade jurídica de uma empresa limitada, com o redirecionamento da execução a seus sócios, por simples petição nos autos sem qualquer indicativo de que a administração da sociedade tenha se servido desta para fins estranhos ao objeto social. Nesse sentido, poderia o credor, buscar a execução dos bens do sócio que agiu, ou age em desacordo com a lei ou o contrato social, segundo art. 592, II, do CPC, **mas nunca, desde logo, dirigi-la diretamente contra este, tendo em vista a ausência de título para tanto.**

Outrossim, por tratar-se de matéria de ordem pública, a ilegitimidade passiva pode e deve ser reconhecida até de ofício pelo julgador.⁸¹

ENCERRAMENTO IRREGULAR DE EMPRESA - FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO COMPROVADA Agravo de Instrumento - Execução título extrajudicial - Encerramento irregular da empresa - Desconsideração da personalidade jurídica - Alegação de fraude à execução - Ausência de comprovação - Necessidade de instauração de processo cognitivo.

Para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, possibilitando a penhora de bem particular de sócio gerente, é indispensável a dilação probatória, no qual se possa, sob amplo contraditório, comprovar que os sócios agiram com abuso de direito, desvio de poder, fraude à lei, violação aos estatutos ou ao contrato social, causando evidente prejuízo aos credores.⁸²

4.7.7 Litisconsorcio

LITISCONSÓRCIO Civil e Processo Civil - Litisconsórcio - Legitimidade passiva - Mérito - Desconsideração da personalidade jurídica.

1 - A responsabilidade por ato ilícito é solidária e, portanto, não se fala em litisconsórcio entre os causadores do dano, cabendo à vítima processar um ou alguns ou todos ao seu critério. 2 - A preliminar de ilegitimidade passiva, baseada no argumento de não ser o apelante associado da F... extinta, se confunde com o mérito, que, no caso, consiste exatamente em saber se teve ou não responsabilidade pelo ato gerador do dano, assim como descrito na inicial. 3 - A inicial pede indenização pelo dano causado pelo ato de extinção da F... em fraude aos seus credores, posto que não quitadas as dívidas antes da extinção. 4 - O apelante não é associado nem participou da administração da F... em qualquer tempo, muito menos participou na Assembléia (fls. 30) que deliberou sua extinção, logo, por óbvio, não pode ser responsabilizado por essa extinção e seus efeitos. 5 - A inicial encerra uma pretensão de desconsideração da personalidade jurídica, a partir da qual se busca alcançar os associados que administravam a F..., pelas dívidas por esta deixadas. O apelante, entretanto, não era associado nem administrava. 6 - Apelação provida. Sucumbência invertida em relação ao apelante (5% do valor cobrado).⁸³

81 TJRS, 17ª Câmara Civil, Ap nº 70025870486, rel. Elaine Harzheim Macedo, j. 04-09-2008, não provimento, v.u., DJ 15-09-2008

82 TJMG, 9ª Câmara Cível; AG nº 1.0016.98.002103-0/002, rel. Des. Osmando Almeida; j. 28-11-2006; negaram provimento, v.u., DJ 08-12-2006

83 TRF 1ª Região, 5ª Turma, ACi nº 2000.01.00.116793-9-DF, rel. Des. Federal Fagundes de Deus e Rel. Convocado Juiz Federal César Augusto Bearsi, j. 08-11-2006; deram provimento, v.u., DJ 04-12-2006

4.7.8 Desconsideração da personalidade jurídica no processo cautelar

Empresa. Atividade ilícita. Evidências. Interesse coletivo. Proteção. Decisão. Fundamentação. Existência. Constando nos autos elementos que indicam a prática de atividade ilícita por parte de pessoa jurídica, evidenciando abuso de personalidade por desvio de finalidade, **deve ser mantida a Decisão que em sede de Ação Cautelar determinou a desconsideração da sua personalidade jurídica**, o bloqueio de bens e valores seus e dos sócios administradores, com vistas a resguardar os direitos de terceiros.⁸⁴

CAUTELAR DE SEQUESTRO DE BENS INCIDENTE A PROCEDIMENTO DE INVENTÁRIO. Pretensão de apreender vasto patrimônio mobiliário situado no estrangeiro, representado por obras de arte que seriam de propriedade do de cujus. Decreto extintivo pelo indeferimento da inicial. Data da distribuição da ação: 06/12/2011. Valor da causa: R\$ 1.800.000,00.

Apela a autora sustentando que foram desrespeitados princípios da cautelar de sequestro, que obras de arte foram comercializadas pelo de cujus por meio da empresa “Bovana” no curso da relação marital; suspeição sobre a atuação da empresa “Christie’s”; incidência da desconsideração inversa da pessoa jurídica da empresa “Bovana”.

Descabimento.

Inocorrente fumus boni iuris. Inexistente identificação de patrimônio do espólio presente no exterior passível de dissipação, que pudesse a recorrente fazer jus à meação. Informações prestadas pela Casa de Leilões de Obras de Arte Christie’s que os objetos pertencem à empresa “Bovana”.

Ausente elemento de convicção capaz de desmerecer a higidez do noticiado. [...] ⁸⁵

Conforme destaca Pedro Henrique Torres Bianqui⁸⁶, a desconsideração da personalidade jurídica tem cabimento no processo cautelar, posto que não há qualquer elemento que desautorize a tomada de medidas urgentes para a satisfação de um direito que será buscado ulteriormente contra o sócio, como ocorre com o arresto, sequestro, protesto contra alienação de bens etc. O próprio artigo 615, III do CPC prevê que cumpre ao credor pleitear medidas acautelatórias urgentes.

No mesmo sentido, acrescenta o mesmo autor, pode ocorrer a desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem, caso em que caberá ao árbitro apurar a responsabilidade, mas a execução se dará no Poder Judiciário (art. 475-N, IV, do CPC).

84 TJAC, 2ª Câmara. Civ., AI nº 0001475-36.2013.8.01.0000, rel. Des. Samuel Evangelista, j. 12-08-2013, conhecido em parte e improvido, v.u., DJe 20-08-2013

85 TJSP, 5ª Câmara. Dir. Priv., Ap nº 0058224-39.2011.8.26.0100, rel. James Siano, j. 17-04-2013, negaram provimento, v.u., DJe 23-04-2013

86 André Paganini de Souza, op. cit., p. 90

4.7.9 Desconsideração inversa

EXECUÇÃO - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA CONFUSÃO PATRIMONIAL. Não é crível que a pessoa física do executado tenha apenas R\$ 7,70 em sua conta bancária, quando figura como proprietário-controlador de um grupo econômico formado de 5 empresas PROSINTESE cujos capitais sociais somados montam aproximadamente R\$ 19 milhões de reais. As atividades dessas empresas são todas semelhantes (fabricação e comércio de artigos de ortopedia, farmacêuticos e terapêuticos), espalhadas por várias cidades para ampliar o seu leque comercial, mas todas levando o timbre PROSINTESE como marca empresarial, envolvendo, pois, o mesmo grupo econômico. O instituto da desconsideração da personalidade jurídica autoriza a penhora dos bens que sejam suficientes ao cumprimento da obrigação, não estando limitada apenas à constrição das respectivas cotas sociais dos sócios. **Cabe ainda pontuar a incidência na hipótese vertente da chamada "desconsideração da personalidade jurídica inversa", em que se autoriza a afetação dos bens de outra pessoa jurídica; no caso em tela, das demais empresas do mesmo grupo econômico.** Recurso desprovido⁸⁷

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESPEJO CUMULADA COM COBRANÇA- FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA. POSSIBILIDADE. **NO CASO CONCRETO, ANTE A PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL, PERFEITAMENTE POSSÍVEL A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA.** PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS NESTE SENTIDO. AGRAVO PROVIDO EM DECISÃO MONOCRÁTICA.⁸⁸

4.7.10 Formas de defesa

Na execução fiscal, a forma mais comum de defesa do sócio incluído no polo passivo da demanda é, sem dúvida, a exceção de pré-executividade, fundada na ilegitimidade passiva *ad causum*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – **EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE** – REDIRECIONAMENTO CONTRA OS SÓCIOS – EMPRESA DEVEDORA EM REGIME DE CONCORDATA PREVENTIVA DEFERIDA ANTES MESMO DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO – EMPRESA NÃO ENCONTRADA PARA CITAÇÃO EM DOIS DE SEUS ENDEREÇOS, MAS LOCALIZADA EM OUTRA FILIAL – IMPOSSIBILIDADE DE PRESUMIR-SE A DISSOLUÇÃO IRREGULAR – CONCORDATA POSTERIORMENTE CONVOLADA EM FALÊNCIA – MASSA FALIDA DEVIDAMENTE CITADA, COM A PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS DA FALÊNCIA – INEXISTÊNCIA NOS AUTOS DE COMPROVAÇÃO DA INSUFICIÊNCIA DO ATIVO E DO COMPORTAMENTO DOLOSO OU FRAUDULENTO DOS

⁸⁷ TJSP, 23ª Câmara. Dir. Priv., AI 0027744-53.2012.8.26.0000, rel. Sergio Shimura, j. 08-08-2012, negaram provimento, v.u., DJe 16-08-2012

⁸⁸ TJRS, 16ª Câmara. Civ., AI nº 70047591979, rel. Ergio Roque Menine, j. 11-04-2012, provimento em decisão monocrática, DJe 17-04-2012

SÓCIOS QUE JUSTIFIQUE O REDIRECIONAMENTO – DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA QUE, POR SI SÓ, NÃO AUTORIZA O REDIRECIONAMENTO – PRECEDENTES DO STJ –

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS SÓCIOS ACOLHIDA – CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS.

1. Encontrando-se a empresa devedora em regime de concordata preventiva, sob o crivo do Poder Judiciário, não há como se presumir a sua dissolução irregular por não ter sido encontrada em algumas de suas filiais para citação pelo Oficial de Justiça, tanto mais se o meirinho a localizou em outra filial.

2. Com a convalidação da concordata em falência, o redirecionamento da execução, na espécie, somente se justificaria caso (1) inexistisse ativo da massa falida para quitar os créditos da Fazenda quando do encerramento da falência e (2) restasse evidenciada a conduta dolosa ou fraudulenta dos sócios da falida, cuja prova cabia à Fazenda Pública, não produzida nos autos, no entanto.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.⁸⁹

89 TJPR, 2ª Câmara, AI nº 713.650-9, rel. Josély Dittrich Ribas, j. 07-12-2010, deram provimento, v. u.

5. A DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ainda se encontra em discussão na Câmara dos Deputados, inúmeras questões polêmicas do Projeto de Lei 8.046/2010 que irá substituir o atual Código de Processo Civil.

Interessa para o presente trabalho o Capítulo II, do Título IV, do Livro I, que trata do “Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica”.

Referido capítulo procura estabelecer uma disciplina processual para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o que não existe na legislação processual atual.

Vale destacar a íntegra desse capítulo:

CAPÍTULO II DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Art. 77. 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 ou aos bens de empresa do mesmo grupo econômico.

Parágrafo único. O incidente da desconsideração da personalidade jurídica:

I – pode ser suscitado nos casos de abuso de direito por parte do sócio;

II – é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e também na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Art 78. Requerida a desconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou o terceiro e a pessoa jurídica serão citados para, no prazo comum de quinze dias, se manifestar e requerer as provas cabíveis.

Art. 79 – Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento.

Cria-se, na verdade, um incidente cognitivo de desconsideração da personalidade jurídica, que exige citação, oferece prazo de quinze dias para defesa, podendo as partes requerer a produção de provas.

Note-se que diversas polêmicas hoje existentes serão resolvidas, porque, obrigatoriamente a pessoa incluída no polo passivo, seja ela sócia ou terceira, deverá ser citada, para que a relação processual seja corretamente formada, eliminando entendimentos de que, por exemplo, o representante da sociedade já tivesse ciência inequívoca da existência da ação, porque firmou procuração em nome da sociedade na fase de conhecimento. Por outro lado, prevê que a defesa e

instrução deve anteceder a decisão que efetivamente irá ou não desconsiderar a personalidade jurídica.

Ademais, o momento e o prazo para o exercício do contraditório ficarão definidos com a fixação de prazo de quinze dias para oferecer defesa e requisição de provas.

Elimina-se, portanto, dúvidas relativas à forma de defesa (porque a pessoa citada se tornará parte no processo) ou do recurso cabível da decisão que acolher ou não o pedido de desconsideração da personalidade jurídica (agravo de instrumento).

É evidente que ainda serão discutidas muitas outras questões, a exemplo da expressão “abuso de direito”, cuja definição exige indação extremamente subjetiva.

Especial atenção merece o caput do art. 77 que prevê a possibilidade de se estender os efeitos de certas e determinadas obrigações também aos bens de empresa do mesmo grupo econômico, imitando, nesse ponto, as regras norteadoras do Direito do Trabalho (art. 2º, § 2º da CLT).

Outros dispositivos fazem referência ao incidente de desconsideração de personalidade jurídica, contudo, de forma contraditória, conforme se abstrai do inciso III, § 2º do artigo 660 que prevê que considera-se terceiro para ajuizamento dos embargos de terceiro “quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica e que não é parte no processo em que realizado o ato constitutivo”.

Mas como poderá ser considerado terceiro aquele que sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, se essa, de acordo com os artigos 77-79 somente ocorrerá depois da citação? Obviamente, se a pessoa foi citada, tornou-se parte na relação processual.

Referidas disposições somente poderão ser compatibilizadas se, de algum modo, a constrição ocorrer antes de citação, em cumprimento, por exemplo, de alguma medida de urgência.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pessoa jurídica é a unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa a consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações. Sua existência legal, no caso das pessoas jurídicas de direito privado, começa com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo. Possui vida própria, desenvolve as suas atividades e funções, segundo o que estabelece o seu contrato social e sua existência é distinta da dos seus membros.

Considerando que o patrimônio da pessoa jurídica não se confunde com o de seus sócios, o patrimônio destes não responde, a princípio, pelo pagamento das dívidas da pessoa jurídica.

Em alguns tipos de sociedades, tanto a sociedade como os próprios sócios respondem pelas obrigações sociais. É o caso da sociedade simples (art. 997, VIII c.c. art. 1.023 do CC); das cooperativas (art. 1.095-1.096 do CC); da sociedade em nome coletivo (art. 1.039 e parágrafo único do CC).

Noutros casos, a própria lei torna o sócio responsável pela dívida social, nada obstante a personalidade inconfundível da sociedade, decorrente do seu registro. Isso significa que o patrimônio do sócio será atingido diretamente, sem a necessidade de desconsiderar a pessoa jurídica. É o que se observa nos artigos 1.010, § 3º e 1.016 do Código Civil; no artigo 28, § 5º do Código de Defesa do Consumidor; em diversos dispositivos da lei das S/As (Lei nº 6.404/76), por exemplo: art. 115, §§ 3º, 4º, art. 117 caput e § 2º, art. 155, § 3º, entre outros; art. 2º, § 2º da Consolidação da Leis do Trabalho, art. 134, caput, III e IV, art. 135, I, II e III, do Código de Processo Civil, etc.

Fora desses casos, para atingir o patrimônio do sócio, será necessário aplicar a desconsideração da personalidade jurídica. Mas, para isso, será preciso demonstrar a ocorrência de fraude, abuso de poder ou confusão patrimonial (art. 50 do Código Civil). E não poderá a desconsideração da personalidade jurídica ocorrer de ofício, é preciso haver pedido do credor ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo.

Em qualquer caso, o ônus da prova será sempre daquele que se beneficiará do fato a ser provado, a não ser que o juiz conceda a inversão do ônus probatório, uma vez que a desconsideração da personalidade jurídica gera um fato constitutivo do direito do credor.

Observa-se na jurisprudência a ocorrência da desconsideração inversa, quando o devedor (pessoa física) transfere seus bens para uma pessoa jurídica da qual detém o controle e continua usufruindo deles, apesar de não ser o proprietário. O juiz autoriza a invasão do patrimônio da sociedade utilizada pelo devedor para "esconder" seus bens. Com isso, permite-se que o credor do sócio atinja o patrimônio da sociedade integrada pelo devedor, para satisfazer seu crédito.

O grande problema é que o direito processual civil não prevê incidente de "desconsideração da personalidade jurídica", sendo assim, cada Julgador decide como bem entende, havendo muita divergência na jurisprudência em vários aspectos.

A primeira questão enfrentada diz respeito à citação do incluído. Alguns Julgadores entendem pela sua necessidade, outros não, o que poderá resultar em ofensas diretas à Constituição Federal.

Para que o contraditório seja garantido, é preciso dar informação ao réu da existência do processo (através da citação); dar ao autor e ao réu a informação de todos os atos do processo. E ainda que se trate de execução, o contraditório deverá ser observado,

No processo de conhecimento a causa é preparada na fase instrutória, com oportunidade ampla ao contraditório. No processo de execução, diversos procedimentos permitem o contraditório, por exemplo, quando ocorre a penhora, a avaliação ou ainda, a hasta pública, o que se faz por meio dos diversos meios de defesa (embargos à execução, à penhora, à arrematação, de terceiros, impugnação...).

Grande dúvida também existente quanto ao fato de o incluído ser considerado parte ou terceiro quando a desconsideração ocorreu já na fase de cumprimento da sentença ou na execução de título extrajudicial. A desnecessidade de propositura de ação autônoma para aplicar a desconsideração da personalidade jurídica é tema pacífico na jurisprudência, apesar da divergência existente na doutrina.

Em nosso entendimento, é a existência ou não de citação que determinará a condição do sócio como parte ou como terceiro. Somente dessa forma será formada a relação processual entre o credor e o incluído no polo passivo da demanda, ainda que se considere a desnecessidade de propositura de ação autônoma para aplicar a desconsideração da personalidade jurídica.

Considerar o incluído como parte ou terceiro é importante para definir o tipo de defesa a ser utilizada. Todavia, a ausência de disciplina quanto ao procedimento a ser observado para aplicar a desconsideração da personalidade, muitas vezes, resulta em dúvidas quanto às formas de defesa da pessoa atingida.

Partindo do pressuposto de que a citação é que define a condição de parte ou de terceiro do incluído, se a hipótese for de cumprimento de sentença, a defesa cabível será a impugnação, se se tratar de execução de título extrajudicial, a defesa cabível serão os embargos à execução, sem olvidar a possibilidade de apresentação de exceção de pré-executividade para evitar a penhora de bens, suscitando questões de ordem pública, que podem ser apreciadas pelo Juiz de ofício. Se não houver citação, a defesa correta serão os embargos de terceiro.

Pode haver certa dúvida na eleição dos embargos do devedor como meio de defesa em casos, por exemplo, em que a penhora ocorra antes da citação. Na jurisprudência, em homenagem aos princípios da fungibilidade, da instrumentalidade das formas e da ampla defesa, admite-se o processamento de embargos de terceiro como embargos do devedor, porém, exige-se a observação do prazo menor.

É comum a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que desconsidera a personalidade jurídica. Contudo, é preciso observar se a decisão foi precedida ou não do contraditório. Se foi precedida do contrário, o que, data venia, não se observa na prática forense atual, haverá preclusão quanto à decisão que determinou a desconsideração da personalidade jurídica, se esta não foi atacada por agravo de instrumento. Mas se a decisão foi baseada nos argumentos unilaterais do credor, é evidente que ao incluído no polo passivo da execução deverá ser oferecida a oportunidade de defesa, não sendo meio adequado o recurso de agravo de instrumento, cuja ausência ou não conhecimento (se interposto) não pode resultar em preclusão.

Nesse caso deverá ser observado o artigo 475-J, § 1º, do CPC, para permitir a defesa do executado, na fase de cumprimento da sentença, por meio de Impugnação.

De acordo com o Projeto do novo Código de Processo Civil (nº 8.046/2010) essa situação será resolvida. Os artigos 77-79, encabeçados pelo título “Do incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica” procuram solucionar os principais problemas hoje enfrentados, criando verdadeiro incidente cognitivo de desconsideração da personalidade jurídica.

Nele está prevista a obrigatoriedade de citação do incluído, oferecimento de prazo de quinze dias para defesa e instrução processual. A desconsideração da personalidade jurídica, portanto, somente ocorrerá após o contraditório e ampla defesa, e o recurso cabível da decisão (com conteúdo de sentença), será o agravo de instrumento.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. v.2. Processo de conhecimento
- ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 10. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a recente reforma do CPC. São Paulo: Revista dos tribunais. 2006.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CEZAR PELUZO, Min. (Coord.). *Código civil comentado*. 1. ed. Brasileira. São Paulo: Manole, 2007
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, 9. ed. de acordo com a nova lei de Falências. São Paulo: Saraiva, 2006. v.2.
- _____. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 11. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.
- De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 6 jan/jun.2006, p. 10, apud Dinamarco (2001, p. 1.186) Disponível em www.mpmg.mp.br/ . Acesso em 23-09-2013
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Regras processuais no código civil: aspectos da influência do código civil de 2002 na legislação processual*. 2 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiro, 2001. v. 1.
- _____. *Execução civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 176
- _____. *Litisconsórcio*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002, p.327-328
- GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 1., p. 333-334
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1: teoria geral do direito civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- NICOLAU, Gustavo Rene. *Série leituras jurídicas. v.3. Provas e concursos. Direito civil. Parte geral.* São Paulo: Atlas, 2005.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Do formalismo no processo civil. 2.ed. rev. e acrescida de apêndice.* São Paulo: Saraiva, 2003.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. SECCIONAL DO PARANÁ. *Código de Processo Civil Anotado.* MARTINS, Sandro Gilbert (Coord); DOTTI, Rogéria Fagundes (Coord.). 2013. anotado por Stela Marlene Schwerz. p. 591-597. Disponível em www.oabpr.com.br. Acesso em: 30 jan.2014.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil.* Atualizado por Paulo Roberto Benasse. v. 1: introdução e parte geral direito das pessoas. 1. ed. São Paulo: Bookseller, 1999.
- SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Curso sistematizado de direito processual civil,* São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 108
- _____. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro,* 2. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da Personalidade Jurídica. Aspectos Processuais.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil., 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.2.*
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral,* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v.1.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson (coord). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 739-792.