

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: ANÁLISE DO
INSTITUTO DE ACORDO COM AS REGRAS DO PROCESSO CIVIL**

Suelem Alves de Moraes

Presidente Prudente/SP
2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: ANÁLISE DO
INSTITUTO DE ACORDO COM AS REGRAS DO PROCESSO CIVIL**

Suelem Alves de Moraes

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Gisele Caversan Beltrami Marcato.

Presidente Prudente/SP

2018

**DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: ANÁLISE DO
INSTITUTO DE ACORDO COM AS REGRAS DO PROCESSO CIVIL**

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Gisele Caversan Beltrami Marcato

Orientador(a)

Sandro Marcos Godoy

Examinador

Guilherme Taiar

Examinador

Presidente Prudente/SP, ____ de _____ de 2018.

"Precisamos, entretanto, dar sentido humano às nossas construções. E quando o amor ao dinheiro, ao sucesso nos estiver deixando cegos, saibamos fazer pausas para olhar os lírios do campo e as aves do céu."

Olhai Os Lírios do Campo - Erico Veríssimo

AGRADECIMENTOS

Primeiramente e acima de todas as coisas agradeço a Deus, pois no seu amor e graça encontro forças para superar os obstáculos e seguir em busca do meu sonho. Tenho plena convicção que não só nessa etapa, mas durante toda graduação tem o senhor me fortalecido e capacitado.

Agradeço a minha família, que sempre esteve ao meu lado, me apoiando, amparando e acreditando no meu potencial, mesmo quando eu desacreditei. Agradeço especialmente minha mãe Lucia e meu pai Denir, a minha mãe por todas lições de fé e altruísmo, por todas orações, que sem dúvida tem me mantido em pé, ao meu pai, que é minha referência de valores e princípios. Também agradeço aos meus irmãos, Samuel, Saulo, Samir e Samara, que mesmo com tantas diferenças estão sempre ao meu lado torcendo pelo meu sucesso.

Agradeço aos amigos e colegas que se mostraram presente nessa etapa tão importante da minha vida.

A minha Orientadora Gisele Beltrami, que com todo amor e paciência se dedicou ao meu lado para conclusão desse trabalho.

A minha Banca que tão gentilmente aceitou estar presente nesse momento da minha graduação.

Por fim, manifesto toda minha gratidão ao Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, que a cada dia me ajuda a ser uma pessoa melhor.

“Tudo o que fizerem, seja em palavra seja em ação, façam-no em nome do Senhor Jesus, dando por meio dele graças a Deus Pai.” (Colossenses 3:17)

RESUMO

O presente trabalho, busca analisar por meio pesquisas doutrinarias, bem como legislativas à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, analisando seu surgimento e desenvolvimento, pontuando os principais eventos que motivaram sua criação. Por estar diretamente ligada ao objetivo do trabalho, também se fará necessário à análise da pessoa jurídica e das teorias que justificam sua constituição, partindo desse ponto será possível determinar as hipóteses legais que autorizam a quebra da barreira existente entre o patrimônio dos sócios/administradores de uma sociedade do patrimônio da pessoa jurídica.

Palavras-chave: Pessoa Jurídica. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Código de Processo Civil.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze by means of doctrinal as well as legislative researches the application of the theory of disregard of legal personality in the Brazilian legal system, analyzing its emergence and development, punctuating the main events that motivated its creation. By being directly linked to the objective of the work, it will also be necessary to analyze the legal entity and theories that justify its constitution, starting from this point it will be possible to determine the legal hypotheses that authorize the breaking of the existing barrier between the equity of the partners / managers a company of the patrimony of the legal person.

Keywords: Legal person, Disregard of Legal Personality, Code of Civil Procedure.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DA PESSOA JURÍDICA E APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURIDICA DE ACORDO COM A ÓPTICA DE DIREITO MATERIAL	12
2.1 Natureza Jurídica	13
2.2 Teoria Maior e Menor	15
2.3 Surgimento da Teoria da Desconsideração	17
2.4 As Hipóteses de Desconsideração	19
2.5 Aplicação da Desconsideração no código de defesa do consumidor	21
2.6 A Desconsideração nas situações envolvendo o Meio Ambiente	22
2.7 Desconsideração no Direito do Trabalho	22
2.8 Desconsideração segundo o Código Tributário Nacional.....	23
2.9 Das pessoas afetadas pela desconsideração.....	25
2.10 Da desconsideração inversa.....	25
3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURIDICA PELA OPTICA DO NOVO CODIGO DE PROCESSO CIVIL	27
3.1 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica e seu procedimento	27
3.2 Desconsideração da personalidade jurídica e as regras de competência	33
3.3 Desconsideração e os elementos da ação	35
3.4 A aplicação do incidente no processo trabalhista	36
3.5 Desconsideração por meio do processo arbitral	39
3.6 Contraditório e pronunciamento judicial antes da invasão patrimonial	40

4 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA SOB A ÓPTICA JURISPRUDENCIAL	43
7 CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

1 INTRODUÇÃO

Dentro da análise que o referido trabalho se propõe, buscou-se examinar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica sob a ótica do direito material. Uma vez que é de notório conhecimento, que para ser possível a incidência da desconsideração é necessário que haja uma pessoa jurídica já constituída, pois o instituto por si só não é relevante, fazendo-se imprescindível a análise da pessoa jurídica, bem como os fundamentos que norteiam sua existência, como o princípio da autonomia patrimonial, que estabelece independência do patrimônio da pessoa jurídica.

O Código Civil art. 50 designa que somente será possível a desconsideração da personalidade jurídica quando o patrimônio da empresa for insuficiente para satisfazer a pretensão do demandante e houver cumulativamente abuso da personalidade. Toda via, a desconsideração não faz com que a pessoa jurídica seja extinta, pois trata-se de medida processual em que o juiz da demanda determina a inclusão do sócio ou administrador no polo passivo.

Diante de tal possibilidade, fora abordado o principal caso que vislumbrou pela primeira vez a possibilidade de aplicação do *Disregard Doctrine*, criando assim, um precedente para a aplicação da teoria. No entanto, o instituto deve ser analisado sob o prisma das teorias, denominadas maior e menor, que estabelecem os parâmetros para que ocorra o levantamento do véu que cobre os bens do ente personalizado.

Vislumbra-se ainda, a criação doutrinária e jurisprudencial da desconsideração inversa, que adentra áreas do direito que outrora jamais seria cabível a desconsideração, porém diante do caso concreto se faz preciso a análise extensa de novas formas para atingir patrimônios diversos, cabendo ao legislador positivá-las.

O trabalho também buscou explorar a regulamentação do instituto de acordo com o processo civil, uma vez que com o advento da lei 13105 de 2015 o ordenamento jurídico passou a vislumbrar novas regras, incluindo o procedimento específico que deve ser respeitado para que ocorra a desconsideração.

Os métodos a serem utilizados no presente projeto de pesquisa será o dedutivo e histórico, partindo de um contexto geral para o especial, analisando as mudanças e avanços de tal instituto, a fim de se obter uma conclusão plausível.

O trabalho tem como referencial teórico, os ilustríssimos doutrinadores Fredie Didier Jr, Marcus Vinicius Rios Gonçalves, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, que com seus ensinamentos e considerações contribuíram para a construção da pesquisa.

2 DA PESSOA JURÍDICA E APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE ACORDO COM A ÓPTICA DE DIREITO MATERIAL

Com advento do atual novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor a partir de 2016, o ordenamento jurídico passou a vislumbrar o novo modo que deve se dar a desconsideração da personalidade jurídica. No entanto, antes de analisarmos o instituto, e seus novos parâmetros processuais, faz-se necessária a análise da pessoa jurídica.

Pessoa jurídica é todo ente constituído por coletividade de pessoas (intersubjetiva) ou bens (patrimonial), constituída para fim comum que adquire uma personalidade jurídica própria. Desta forma, assim como as pessoas naturais, as pessoas jurídicas também possuem aptidão para ser titular de direitos bem como contrair deveres. Na ótica de Farias e Rosenvald (2011, p.323):

A relevância social e econômica de inúmeros grupamentos de pessoas e universalidade de patrimônios, que, estruturadas autonomamente, tendiam a finalidade de grande relevo prático, impuseram ao Estado o reconhecimento de personalidade destes grupos, independentemente das pessoas que os instituíram.

Ainda sobre, Rubens Requião (1988, p.204) sustenta:

Entende-se por pessoa jurídica o ente incorpóreo que, como as pessoas físicas, pode ser sujeito de direitos. Não se confundem, assim, as pessoas jurídicas com as pessoas físicas que deram lugar ao seu nascimento; pelo contrário, delas se distanciam, adquirindo patrimônio autônomo e exercendo direitos em nome próprio. Por tal razão, as pessoas jurídicas têm nome particular, como as pessoas físicas, domicílio e nacionalidade; podem estar em juízo, como autoras ou como réis, sem que isso se reflita na pessoa daqueles que a constituíram. Finalmente, têm vida autônoma, muitas vezes superior às das pessoas que as formaram; em alguns casos, a mudança de estado dessas pessoas não se reflete na estrutura das pessoas jurídicas, podendo, assim, variar as pessoas físicas que lhe deram origem, sem que esse fato incida no seu organismo. É o que acontece com as sociedades institucionais ou de capitais, cujo os sócios podem mudar de estado ou ser substituído sem que altere a estrutura social.

A pessoa jurídica pode ser classificada quanto a nacionalidade, podendo ser estrangeira ou nacional, quanto a sua estrutura interna, quais sejam, corporação que subdividissem em associação ou sociedade, civil ou empresaria, ou pode ser fundação, podem ainda ser classificadas quanto a orbita de atuação, sendo

de direito público ou direito privado, convém ressaltar que nessa última, que o fator determinante é o regime jurídico a que venha se submeter. Diante deste panorama, o tema do presente trabalho está ligado às pessoas jurídicas de direito privado.

No entanto, para que seja possível a constituição de uma pessoa jurídica será necessária que esta atenda a alguns requisitos, são eles: Vontade humana, objetivo lícito, ato constitutivo e o registro, de acordo com o artigo 45 do código civil de 2002:

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

Sendo assim, tem-se o registro do ato constitutivo na junta comercial, adquirindo então a pessoa jurídica a personalidade jurídica, passando a ser titular de direitos e deveres, o que em termos comparativos seria a mesma coisa do nascimento com vida da pessoa natural.

Com o nascimento da pessoa jurídica passasse ter a distinção do patrimônio dos sócios e da sociedade, ou seja, a pessoa jurídica é regida pelo princípio da autonomia patrimonial. O Código Civil de 2002, art. 1.024, preceitua que “os bens particulares dos sócios não poderão ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.

Com isso, há limitação dos riscos da atividade empresarial, pois os patrimônios da sociedade são próprios, devendo as obrigações desta recair sobre eles, os patrimônios não se misturam, somente podendo, excepcionalmente, atingir o patrimônio dos seus membros, como veremos ao longo do trabalho.

2.1 Natureza Jurídica

Na doutrina é possível encontrar diversas tentativas para justificar a natureza da personalidade das pessoas jurídicas, destacando-se três teorias: Teoria da ficção; Teoria da realidade orgânica ou objetiva e teoria da realidade técnica.

A primeira, fora criada no século XVIII, pelo influente jurista alemão Friedrich Carl von Savigny, sustenta que somente a pessoa natural é sujeito passível de direito e deveres, negando a real existência da pessoa jurídica, sendo assim, esta

seria uma ficção, decorrente da lei, dependendo da vontade de seus integrantes. Ou seja, a pessoa jurídica seria um ente artificial sem a real autonomia.

Para a demonstrar a inaplicação da teoria, Caio Mário da Silva Pereira (2013, p. 255), pontua que “A entidade age, adquire direitos e contrai obrigações, sem a menor participação de uns ou de outros, que são transitórios pela própria contingência de sua passagem, enquanto a atuação do ente moral é permanente e duradoura”

As críticas à teoria, tomam maior embaso ao analisar o artigo 52 do código civil, o qual diz que as pessoas jurídicas, no que couber devem ser aplicados os direitos a personalidade, uma vez que sua constituição não é mera ficção, visto que o ordenamento jurídico a protege.

A próxima teoria digna de análise é a da realidade ou da instituição, que fora defendida por Maurice Haurion, sustenta que as pessoas se reúnem, formando uma instituição para buscar uma finalidade de cunho social, criando uma personalidade moral, visto que sua formação se dá para atender necessidade social.

De acordo com Silvio Rodrigues (2000, pp. 66-67):

A constituição de uma instituição envolve: uma ideia que um vínculo social, um conjunto, unindo indivíduos que visam a um mesmo fim; e uma organização, ou seja, um conjunto de meios destinados à consecução do fim comum. A instituição tem uma vida anterior representada pela atividade de seus membros que se reflete numa posição hierárquica estabelecida entre os órgãos diretores e os demais componentes, fazendo, assim, com que apareça uma estrutura orgânica. Sua vida exterior, por outro lado, manifesta-se através de sua atuação no mundo do direito, com o escopo de realizar a ideia comum.

Tal teoria, tornou-se ultrapassada, pois é possível a existência de pessoa jurídica se operando apenas no mundo do direito, ou seja, fora do mundo fático.

A última teoria relevante e mais adotada, é a teoria da realidade técnica. Por ela a pessoa jurídica é uma realidade, no entanto não é considerada concreta, como as pessoas naturais, mas sua existência é real e não fictícia, uma vez que a pessoa jurídica é autônoma, com vida própria.

Porém convém salientar que sua atuação se dá para atender vontade e interesse das pessoas naturais, que se cumpridos os requisitos legais o Estado lhes conferem personalidade jurídica, que de acordo com Silvio Rodrigues é "um

expediente de ordem técnica, útil para alcançar indiretamente alguns interesses humanos". (RODRIGUES, 2007, p. 88)

2.2 Teoria Maior e Menor

O Código civil vigente, ao passo que garante a pessoa jurídica inúmeros direitos, decorrentes de sua personalidade jurídica, também vislumbra a possibilidade de sua desconsideração, que irá afastar a autonomia patrimonial que as pessoas jurídicas possuem, como forma de satisfazer as obrigações criadas por esta.

Convém, dizer que desconsiderar não é o mesmo que despersonalizar, pois nesta última será desfeito o ato constitutivo, ou seja, busca-se o fim da pessoa jurídica, o que não ocorre na desconsideração.

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

No entanto, para que isso seja possível será necessária a análise doutrinária de duas teorias, criadas para delimitar os contornos de tal feito, que se diferem pelo momento e forma de aplicação, de acordo com o grau de exigência para desconsiderar a personalidade.

Na teoria Maior, temos mais rigor para desconsideração, esta subdividiu-se em teoria maior objetiva e teoria maior subjetiva.

A teoria maior pela ótica objetiva, a desconsideração será possível nos casos de confusão patrimonial, em que os sócios utilizam o patrimônio da pessoa jurídica, ou usam de seus patrimônios para cobrir deveres da sociedade. Por ser objetiva tal teoria dispensa a necessidade de comprovação de dolo ou culpa dos responsáveis legais da sociedade.

Para Daniela Storry Lins (2002, p. 39):

A confusão patrimonial não é por si só suficiente para coibir todos os casos de desvio de função da pessoa jurídica, pois há casos nos quais não há confusão de patrimônios, mas há desvio da função da pessoa jurídica, autorizando a superação da autonomia patrimonial. Outrossim, há casos em

que a confusão patrimonial provém de uma necessidade decorrente da atividade, sem que haja um desvio na utilização da pessoa jurídica.

No tocante a teoria maior pela ótica subjetiva, analisa-se a intenção do sócio ou administrador, se este agiu com dolo ou culpa. O responsável se vale da pessoa jurídica com intuito de fraudar a lei ou prejudicar terceiros, não basta a mera obrigação outrora contraída e inadimplida, mas é imprescindível a demonstração da intenção pessoal.

Ademais, segue a lição de Tomazette (2012, p. 236)

Uma primeira vertente pode ser chamada de teoria subjetiva, na qual o pressuposto fundamental da desconsideração é o desvio de função da pessoa jurídica, que se constata na fraude e no abuso de direitos relativos à autonomia patrimonial, pois a desconsideração nada mais é do que uma forma de limitar o uso da pessoa jurídica aos fins para quais ela é destinada.

Sendo assim, nos casos que não seja demonstrada a presença do elemento subjetivo, não será possível ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Por óbvio, o nosso ordenamento jurídico, visando segurança jurídica e fomentar o empreendedorismo, já que esse é indispensável para o desenvolvimento da sociedade, adota com preavalecia a teoria maior subjetiva.

No entanto, é de relevância a análise da teoria menor, pois esta não é completamente ignorada pelo legislador, por ela teremos menos exigência para que ocorra desconsideração, basta que exista um prejuízo ao credor e que a pessoa jurídica seja um obstáculo para a satisfação da obrigação, partindo diretamente para o patrimônio dos sócios ou administradores da sociedade.

Mesmo gerando evidente insegurança jurídica e sendo fortemente criticada por isso, a teoria é utilizada em alguns casos, que na maioria das vezes as obrigações não são passíveis de negociação, como é o caso das pretensões trabalhistas, ambientais e direitos do consumidor.

Art. 28, § 5º do código do consumidor e Art. 4º da lei 9.605 de 1998 seguem a mesma redação. “Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

No entanto, de acordo com o que será analisado com avanço do trabalho, será relevante o entendimento que a teoria menor não deve ser aplicada

de forma genérica, necessitando de uma análise mais restritiva diante do caso concreto.

2.3 Surgimento da teoria da desconsideração

A criação de uma pessoa jurídica implica em vários efeitos, um deles é a autonomia patrimonial, que significa a independência das obrigações, distintas aos sócios que as compõem. Entendendo que a constituição de uma pessoa jurídica se dá pela vontade da pessoa natural, que dará a esta uma finalidade, o legislador vislumbra no ordenamento a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que os sócios e administradores poderão utilizar da empresa para finalidades diversas, de maneira errônea.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 61):

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica não é uma teoria contrária à personalização das sociedades empresárias e a sua autonomia em relação aos sócios. Ao contrário, seu objetivo é preservar o instituto, coibindo práticas fraudulentas e abusivas que dele se utilizam.

Pelo instituto da desconsideração busca-se impedir o mau uso da pessoa jurídica, para que esta seja utilizada a fim de auxiliar o progresso econômico e o bem-estar da sociedade.

A desconsideração no primeiro momento era um fenômeno inaceitável, pois o princípio da autonomia patrimonial era inflexível, uma vez que o Direito Empresarial era fortemente protegido.

No entanto, devido a supervalorização e proteção, começou a se ter a preocupação da forma de utilização da pessoa jurídica, com a ocorrência de diversos casos em que os sócios e administradores usavam do ente personalizado para atos não condizentes com a real finalidade da sociedade, agindo de má-fé.

Marlon Tomazzette (2012, p. 231) preceitua que:

A partir do século XIX, começaram a surgir preocupações com a má utilização da pessoa jurídica, em virtude do que foram buscados meios idôneos para reprimi-las, como a teoria de Haussmann e Mossa, que imputava responsabilidade ao controlador de uma sociedade de capitais por obrigações não cumpridas, a qual, contudo, não chegou a ser desenvolver satisfatoriamente. Era necessário relativizar a autonomia patrimonial para não chegar a resultados contrários ao direito.

Diante disso, precisava que o princípio da autonomia patrimonial fosse deixado de lado em algumas hipóteses, pois não é justificável sua invocação pelos responsáveis de uma empresa, que se valem dessa para atender interesses próprios, sem que haja qualquer prejuízo. Sendo assim, nos países Common Law, aqueles que o direito se desenvolve por meio de decisões dos tribunais, que não necessitam de atos do poder legislativo ou poder executivo, passou a ser possível a desconsideração da personalidade jurídica.

Ainda pairando dúvidas sobre o exato momento que se deu tal possibilidade, o entendimento mais relevante é que a aplicação do instituto passou a se dar com a jurisprudência inglesa, em 1897, no caso *Salomon vs. Salomon*.

A cerca disso, Marlon Tomazzette, contorna o momento com suas esclarecedoras palavras:

Neste leading case, Aaron Salomon era um prospero comerciante individual na área de calçados que, após mais de 30 anos, resolveu constituir uma limited company (similar a uma sociedade anônima fechada brasileira), transferindo seu fundo de comercio a tal sociedade. Em tal companhia, Aaron Salomon tinha 20 mil ações, e outros seis sócios, membros de sua família, apenas um cada um. Além das ações, ele recebeu várias obrigações e garantias, assumindo a condição de credor privilegiado da companhia. Em um ano, a companhia mostrou-se inviável, entrando em liquidação, na qual os credores sem garantia restaram insatisfeitos. A fim de proteger os interesses de tais credores, o liquidante pretendeu uma indenização pessoal de Aaron Salomon, uma vez que a companhia era a sua atividade pessoal, pois os demais sócios eram fictícios. O juízo de primeiro grau e a corte de apelação desconsideraram a personalidade da companhia, impondo a Salomon a responsabilidade pelos débitos da sociedade. Tal decisão foi reformada pela casa de lordes, que prestigiou a autonomia patrimonial da sociedade regularmente constituída, mas estava aí a semente as disregard doctrine. (TOMAZZETTE, 2012, p. 232).

No caso em questão, o sócio Aaron Salomon, utilizou da pessoa jurídica para praticar atos considerados de má-fé, pois agiu com intensão de prejudicar credores e ficar na posição de credor da sociedade, no entanto, a má-fé desde de sua concepção não deve ser prestigiada, o que fora reconhecido pelos julgadores de primeiro grau, formando assim um precedente para o que hoje está positivado.

Com decorrer do tempo e novos casos semelhantes sendo levado a apreciação do judiciário, passou a ser cada vez mais comum a aplicação da teoria e desenvolvimento doutrinaria. Os estudos do jurista Rolf Serick, em 1958, em relação ao *disregard doctrine*, as obras *Il superamento della personalità giuridica* dele

società di capitalinella “commom law” e nella civil law, de Piero Verrucoli, 1964 e a obra de *Wormser Disregard of corporate fiction and dallied Corporation problems*, fomentaram a discussão a respeito do instituto.

Já no direito brasileiro, o Professor Rubens Requião, em 1969, edificou seus estudos acerca da teoria da desconsideração no trabalho *Abuso de direito e fraude através da personalidade Jurídica (disregard Doctrine)*, no qual explana as fraudes e abuso de direito praticados pelos sócios e administradores de uma empresa.

2.4 As Hipóteses de Desconsideração

Para que seja possível superar a barreira que separa o patrimônio da sociedade e o patrimônio do sócio e administradores, será necessário à análise das hipóteses previstas pelo ordenamento jurídico, de maneira mais específica, uma vez que tal possibilidade é exceção.

As hipóteses de desconsideração são abordadas pelo código civil no artigo 50:

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

Em primeira análise, podemos extrair de tal dispositivo, que desconsideração é um instituto criado para coibir abusos, em que os responsáveis por uma pessoa jurídica se valem desta para transgredir, visando não ter consequências pessoais. A aplicação de tal instituto será possível nos casos de desvio de finalidade e confusão patrimonial, seguindo a teoria maior objetiva.

No vernáculo brasileiro, entende-se por desvio, o ato de mudar de caminho, dar finalidade diversa a algo, que fora primeiramente destinado a outra função. Diante de tal análise, o desvio de finalidade de uma pessoa jurídica é caracterizado quando o sócio ou administrador destinam o ente a desempenhar função que não faz parte de sua finalidade, abusando da personalidade e contraindo obrigações em nome da pessoa jurídica.

Segunda Alexandre Alberto Teodoro da Silva (2007, apud Mariana Candini Bastos, 2011) “o sócio que detém a liberdade de iniciativa de se servir de uma personalidade jurídica, distinta dos membros que compõem a pessoa jurídica, emprega seus esforços para dar outro destino à tal personalidade”.

Já a confusão patrimonial, se opera nos casos em que o responsável pela empresa não faz distinção entre seu patrimônio e o patrimônio da pessoa jurídica, imaginemos uma situação hipotética, mas muito corriqueira, em que um sócio se vale da renda da sociedade para pagar suas obrigações pessoais, ou no momento de adimplir obrigações que fora contraída pela sociedade, usa de seu próprio patrimônio.

Visto isso, o juiz somente poderá aplicar a teoria da desconsideração se verificado esses pressupostos, caso não se verifique um ou outro a possibilidade será afastada.

Seguindo a teoria maior na vertente subjetiva, encontraremos a possibilidade de ignorar a autonomia patrimonial, se os membros de uma pessoa jurídica utilizarem dessa para a prática de atos fraudulentos ou do abuso de direito, devendo indispensavelmente ser demonstrado o elemento subjetivo, quais são ele dolo ou culpa.

Segundo entendimento de Coelho (2016, p. 69):

Não se pode, entretanto, deixar de reconhecer as dificuldades que essa formulação apresenta no campo das provas. Quando ao demandante se impõe o ônus de provar intenções subjetivas do demandado, isso muitas vezes importa a inacessibilidade ao próprio direito, em razão da complexidade de provas dessa natureza. Assim, para facilitar a tutela de alguns direitos, preocupa-se a ordem jurídica, ou mesmo a doutrina, em estabelecer presunções ou inversões do ônus probatório.

Por atos fraudulentos, entende-se que o agente praticante não detém direito algum e justamente por isso viola a lei ao praticar a conduta, uma vez que não encontra embasamento para tanto.

Já por abuso de direito, o agente possui o direito, que é subjetivo, no entanto ao exercê-lo vem a exceder, ou seja, exerce seu direito de maneira diversa a que lhe é legitimado.

Em ambas possibilidades será possível a autorização para a desconsideração da personalidade jurídica, pois há desvio de finalidade através da fraude ou abuso de direito.

2.5 Aplicação da Desconsideração no código de defesa do consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, lei nº 8.078/90, visa a proteção da parte considerada hipossuficiente e vulnerável na relação de consumo, isso porque o consumidor é visto como parte mais frágil, devendo ser protegido. Sendo assim o direito brasileiro traz para o código a possibilidade da desconsideração, seguindo os parâmetros do artigo 28.

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

§1º. (VETADO)

§2º. As sociedades integrantes dos grupos de sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§3º. As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§4º. As sociedades coligadas só responderão por culpa.

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

O legislador no tocante aos direitos do consumidor, ampliou as possibilidades de desconsideração, podendo ocorrer nos casos de excesso de poder, infração à lei, fato ou ato ilícito ou nos casos de violação aos estatutos e contratos sociais; mesmo na incidência de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica ainda será possível a aplicação do instituto.

No §5º do referido dispositivo, o legislador sugere que se diante do caso concreto se a personalidade da pessoa jurídica for um obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores, será possível a desconsideração, o que é ferrenhamente criticado pela doutrina, pois existem diversos tipos de prejuízos, não sendo aceitável uma aplicação tão invasiva em caso de menor transtorno. Partindo do entendimento de Tomazette (2012, p. 252):

Esse justo ressarcimento é o cerne da interpretação do referido dispositivo. Haverá a desconsideração se a pessoa jurídica foi indevidamente utilizada e por isso, impedir o ressarcimento do consumidor, pois em tal caso haveria injustiça. No caso, por exemplo, de um acidente com produtos, ou de um furto de todo o dinheiro da sociedade, o não ressarcimento do consumidor é justo, pois decorreu de um fato imprevisto, e não da indevida utilização do

expediente da autonomia patrimonial. Assim, quando a personalidade jurídica for usada de forma injusta, caberá a desconsideração.

Por isso, ao analisarmos as possibilidades trazidas pelo código civil e pelo código de defesa do consumidor, podemos afirmar que a teoria contemplada pelo último é a teoria menor, visto o leque para atingir o patrimônio do sócio é maior, entendendo-se com menor rigor.

2.6 A Desconsideração nas situações envolvendo o Meio Ambiente

A lei nº9.605 de 1998 é o dispositivo legal responsável por tipificar tipos penais em relação ao meio ambiente. No artigo 4º, dispõe que “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que a sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”

O dispositivo elencado, segue a mesma lógica do já visto §5º CDC, ou seja, a mera demonstração de prejuízo ao meio ambiente, autoriza a quebra da autonomia patrimonial. No entanto, seguindo a mesma lógica aplicada e debatida no âmbito do CDC, a desconsideração relativa a atos no meio ambiente, somente seria cabível se houvesse uso errôneo da pessoa jurídica.

2.7 Desconsideração no Direito do Trabalho

A justiça do trabalho traz cenário farto de incidência de desconsideração da personalidade, motivando inclusive, a criação de um procedimento específico para o instituto, que veremos no decorrer do trabalho.

Amador Paes de Almeida, sustenta que:

Nenhum ramo do direito se mostra tão adequado à aplicação da teoria da desconsideração do que no direito do trabalho, até porque os riscos da atividade econômica, na forma da lei, são exclusivos do empregador (...). No direito do trabalho a teoria da desconsideração da pessoa jurídica tem sido aplicada pelos juizes de forma ampla, tanto nas hipóteses de abuso de direito, excesso de poder, como na violação da lei ou do contrato, ou, ainda, na ocorrência de meios fraudulentos, e, inclusive, na hipótese, não rara, de insuficiência de bens da empresa, adotando, por via de consequência, a regra disposta no art.28 do código de proteção ao consumidor. (ALMEIDA, 2004, p.194).

Visto isso, significa dizer que os magistrados buscando maior efetividade à prestação jurisdicção e preocupando-se com o carácter essencial das verbas trabalhistas, uma vez que possuem natureza alimentar, aplicam as regras trazidas pelo CDC as demandas trabalhistas, mesmo que não haja nenhum dispositivo destinado a tratar da possibilidade de descon sideração na Consolidações das Leis Trabalhistas (CLT).

Porém, diante de tal possibilidade, deverá ser respeitado o devido processo legal, primordialmente sendo aplicada nos casos que se mostrarem o uso indevido da pessoa jurídica, decorrente do abuso de personalidade, jamais ignorando o fato de que a descon sideração é um instituto excepcional, que não deve ser banalizado, pois isso implica em insegurança jurídica.

2.8 Descon sideração segundo o Código Tributário Nacional

No tocante a direito tributário, o ordenamento jurídico prevê a possibilidade do fisco, seja ele na esfera federal, estadual ou municipal, mudar a cobrança do crédito, que deveria recair na pessoa jurídica, conforme determina o código tributário nacional, artigo 128, 134 VII e 135 III.

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em carácter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Art. 134. 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:
VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

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

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

A partir disso, segundo o mandamento do artigo 128 passa a ser possível a transferência de responsabilidade tributária a sujeito passivo que não seja o principal, mas sim terceiros vinculados.

Quanto aos sócios da pessoa jurídica encontramos respaldo nos artigos 134 VII e 135 III.

Sendo assim, de acordo com o primeiro artigo, na hipótese de liquidação da sociedade empresária formada por pessoas físicas, havendo débitos tributários pendentes, os sócios serão responsáveis solidariamente por ele. Também será possível ignorar a separação patrimonial, nos casos em que os sócios, administradores ou gerentes cometerem algum ilícito tributário, ou seja, agem em desconformidade com a lei, com excesso de poderes ou de maneira diversa ao que determina o contrato social ou estatuto, conforme elenca o artigo subsequente.

Segundo expõe Hugo de Brito Machado (2000, p. 142/143). “Não se pode imputar ao diretor, administrador ou sócio-gerente a prática de ato contrário à lei societária ou ao contrato social sem ofertar-lhe oportunidade de defesa, nem tampouco sem a prévia instauração de processo administrativo específico para esse fim”.

O entendimento da jurisprudência firmado pelo Superior Tribunal de Justiça é que¹:

Iniciada a execução contra a pessoa jurídica e, posteriormente, redirecionada contra o sócio-gerente, que não constava da CDA, cabe ao Fisco demonstrar a presença de um dos requisitos do art. 135 do CTN. Se a Fazenda Pública, ao propor a ação, não visualizava qualquer fato capaz de estender a responsabilidade ao sócio-gerente e, posteriormente, pretende voltar-se também contra o seu patrimônio, deverá demonstrar infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos ou, ainda, dissolução irregular da sociedade. 2. Se a execução foi proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio-gerente, a este compete o ônus da prova, já que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN c/c o art. 3º da lei 6.830/80. 3. Caso a execução tenha sido proposta somente contra a pessoa jurídica e havendo indicação do nome do sócio-gerente na CDA como co-responsável tributário, não se trata de típico redirecionamento. Neste caso, o ônus da prova compete igualmente ao sócio, tendo em vista a presunção relativa de liquidez e certeza que milita em favor da Certidão de Dívida Ativa". (...) (STJ; EREsp 702232; RS; 2005/0088818-0; Publ. 26/9/2005).

Insta salientar, que obrigatoriamente deve-se comprovar o preenchimento de um dos requisitos, incumbindo ao fisco o ônus da prova, que deverá demonstrar que o responsável pela pessoa jurídica se enquadra em uma das hipóteses do referido artigo, para que enfim possa haver a busca de seu patrimônio, a fim de quitar obrigação fiscal contraída pelo ente personalizado. Segundo o teor da

¹ <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI132634,31047-Execucao+fiscal+o+patrimonio+dos+socios+sob+analise+jurisprudencial> Acesso em: 26 abr. 2018

súmula 430 do STJ “O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”

2.9 Das pessoas afetadas pela desconsideração

É de conhecimento geral que uma pessoa jurídica pode ter mais de um sócio, dada a possibilidade de sua existência se dar por um conjunto de pessoas que se reúnem com finalidade comum, podendo os sócios assumirem a função de administrador ou nomearem um terceiro para tanto. Por esse motivo, o juiz ao decretar a desconsideração da personalidade jurídica, deverá se ater para que a aplicação do instituto não atinja patrimônio excedente ao que lhe é devido.

Somente poderá ser atingido o patrimônio do sócio ou administrador que agiu nas hipóteses já elencadas, em suma, de má-fé. Protegendo os sócios e administradores que agem de acordo com a boa-fé, princípio basilar do código civil.

Conforme disposto pelo enunciado nº7 da jornada de Direito Civil que diz: “apenas o patrimônio do sócio que agiram irregularmente poderão ser atingidos”

2.10 Da desconsideração inversa

Ao passo que a teoria tradicional da desconsideração preconiza o a quebra da barreira que separa o patrimônio da pessoa jurídica do patrimônio dos membros que a compõem, somente em carácter de exceção vir responsabilizar os sócios e administradores pelas obrigações contraídas pela pessoa jurídicas, nas hipóteses já analisadas. A doutrina e jurisprudência passaram a contemplar a possibilidade da pessoa jurídica vir a responder com seu patrimônio pelas obrigações contraídas por sócios e administradores, tal fato denomina-se desconsideração inversa.

O enunciado nº283 CJF/STJ estipula que: “É cabível desconsideração da personalidade jurídica denominada inversa para alcançar bens de sócios que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo de terceiros”

O Código de Processo Civil de 2016, tratou a desconsideração inversa de maneira específica, positivando-a assim, no artigo 133, §2º, inerentes as regras processuais.

A inversão do instituto apresenta-se mais corriqueiro nas relações que envolvem direito de família. Imaginemos, que o sócio de uma empresa é casado em regime de comunhão parcial de bens, mas pretende se separar e para manipular a partilha dos bens, passa a colocá-los em nome da pessoa jurídica, essa situação em tela, autorizaria a desconsideração inversão. Outra situação similar que permitem a aplicação da modalidade é execução de alimentos.

3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PELA ÓPTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, não havia um rito próprio a ser seguido, a fim de viabilizar a desconsideração da personalidade jurídica, sendo assim, cabia a doutrina e jurisprudência criar os parâmetros para fazer com que os sócios e administradores viessem a ser responsabilizados por dívidas da pessoa jurídica, nas hipóteses já elencadas no trabalho.

No entanto, devido a lacuna normativa existia no cenário incertezas e diversas discussões relativas ao tema, uma vez que a invasão no patrimônio de terceira pessoa deve ter um mínimo de segurança jurídica, ou seja, previsibilidade legal.

Por tal necessidade, a lei nº13.105/2015, trouxe ao ordenamento jurídico o novo Código de Processo Civil e com este uma nova modalidade de intervenção de terceiro, seguindo o anseio doutrinário e jurisprudencial, o legislador processualizou a intensão do credor de atingir o patrimônio do socio.

A nova lei traz as já conhecidas modalidades de intervenção de terceiro, quais são elas, assistência, oposição, nomeação a autoria, chamamento ao processo e denunciação da lide, ademais, além de excluir algumas modalidades, incluiu algumas novas, uma dessas é o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, previsto do artigo 133 ao 137.

3.1 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica e seu procedimento

Conforme já fora esboçado, o atual Código de Processo Civil tratou da desconsideração de maneira específica, criando um procedimento próprio que deverá ser seguido até a aplicação da teoria, que se dará por meio de um incidente.

Incidente em seu significado etimológico, advém do verbo latino *incidio*, *is*, *cidi*, *cisum*, *ere*, que exprime a ideia de cair sobre, conforme pontuado pelo doutrinador Antonio Scarance Fernandes (1991, p.29):

Torna-se possível vislumbrar na pesquisa etimológica os elementos vitais para a correta compreensão do incidente processual. Extrai-se primeiramente que, para ele poder ocorrer, deve haver um processo, pois só

assim pode cair sobre algo já existente. Decorre daí a ideia de acessoriedade própria do incidente processual.

Do conceito, pode-se extrair que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica é um ponto controverso que surge no decorrer de uma demanda já em curso, que apesar de acessório, influencia diretamente na resolução da causa, sendo assim, faz-se necessário a intervenção de um terceiro e que a análise do incidente preceda a da causa principal.

O atual Código de Processo Civil preceitua que o incidente de desconconsideração será possível em todas as fases do processo de conhecimento, bem como no cumprimento de sentença e no processo de execução, seguindo o art.134.

Art. 134. O incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconconsideração da personalidade jurídica.

Insta salientar, que além das fases do processo, também é possível que a desconconsideração seja requerida na própria petição inicial, no entanto as pessoas afetadas deverão contestar todos os pontos da causa, conforme §2º.

Nessa linha esclarecem os doutrinadores Marinoni; Arenhart; Mitidiero (2015, p.208-209):

Se a desconconsideração é requerida na petição inicial, o contraditório se faz na própria contestação, dispensando a realização de incidente autônomo. Nesse caso, para o processo, devem também ser citados o sócio ou a pessoa jurídica que poderão ser atingidos pela desconconsideração. Não haverá suspensão do processo e a prova dos requisitos para a desconconsideração devem ser trazidos no curso do processo. Se requerida em outro momento, o incidente suspende o curso do processo até sua decisão. Será objeto de petição própria, em que o requerente demonstrará a satisfação dos pressupostos materiais para a desconconsideração. Além da oitiva da parte contrária, também deverão ser citados para o contraditório o sócio ou a sociedade que poderão ser atingidos pela desconconsideração.

Retornando a hipótese de desconsideração em caráter incidente, de acordo com o §1º, a instauração do mesmo deverá imediatamente ser comunicada ao distribuidor, para que este proceda nas devidas anotações, medida que tem o condão de precaver outros interessados. Por se tratar de ponto controvertido, que pode influenciar a resolução da lide, a instauração do incidente suspenderá o processo.

No tocante ao §4º, há necessidade de o requerente demonstrar que os pressupostos trazidos pelo direito material foram preenchidos, ou seja, a parte ou Ministério Público tem que apontar o abuso da personalidade, seja ele por confusão patrimonial ou desvio de finalidade da pessoa jurídica.

Ao suscitar o incidente, a parte ou Ministério Público deve indicar quais os fundamentos, de fato e de direito, em que se funda o pedido de desconsideração. São fundamentos estabelecidos pela lei material, isto é, pelos arts. 50 do código civil e 28 do CDC. Se o requerimento não os indicar, o juiz deverá dar oportunidade para que o vício seja senado, sob pena de indeferir de plano o incidente. (GONÇALVES, 2016, p.222).

Seguindo a lógica inicial do processo civil, incumbe ao autor provar os fatos arguidos contra terceiros, uma vez que se não conseguir demonstrar que suas alegações possuem fundamento, em especial, fático, ou seja, caso ao autor não consiga demonstrar o mau uso da pessoa jurídica, o juiz deverá indeferir o incidente.

No entanto, se deferir o pedido de desconsideração, o processo principal será suspenso, voltando a sua marcha comum somente após a questão controvertida ser resolvida. Convém destacar, que caso a parte prejudicada recorra o processo principal seguirá seu curso até a resolução do mérito, salvo se o relator der efeito suspensivo ao agravo.

Para que seja possível a aplicação da *Disregard Doctrine*, o NCPD tentou esclarecer dúvidas relativas ao pedido e legitimados a dar início ao incidente de desconsideração, por isso editou o artigo 133 de maneira clara e precisa.

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Seguindo a lógica do artigo acima citado, não deve o magistrado permitir a retirada do véu de uma pessoa jurídica “*ex officio*”, uma vez que o dispositivo é claro ao fazer referência a necessidade de provocação das partes ou requerimento do ministério público. Nessa linha é o entendimento de Elpídio Donizetti (2015, p.112).

É vedado ao juiz, de ofício, determinar a inclusão do socio ou do administrador no polo passivo da demanda, para fins de desconconsideração da personalidade jurídica. O artigo 133 do NCPD está em consonância com o artigo 50 do Código Civil, que também prevê o expresse requerimento do interessado ou do Ministério Público, não se podendo cogitar de atuação *ex officio*.

De contrapartida ao texto legal, há na doutrina entendimentos no sentido de que o magistrado poderá, mesmo que de ofício, desconsiderar a personalidade jurídica, em especial nos casos envolvendo direito coletivo. Como pondera Flavio Tartuce² em um de seus artigos:

Penso que também é viável a desconsideração da personalidade jurídica de ofício pelo juiz nos casos de danos ambientais, diante da proteção constitucional do Bem Ambiental, como bem difuso, retirada do art. 225 do Texto Maior. A conclusão deve ser a mesma nas hipóteses envolvendo corrupção, por força da recente Lei n. 12.846/2013, que trata da desconsideração administrativa das empresas envolvidas com tais atos, tendo a norma interesse coletivo inquestionável. Em suma, a decretação *ex officio* é viável nos casos de incidência da teoria menor.

Nessa linha também é o entendimento da doutrinadora Claudia Lima Marques (2010, p.709).

No Brasil, pois, a proteção do consumidor é um valor constitucionalmente fundamental (Wertsystem) e é um direito subjetivo fundamental (art. 5º, XXXII), guiando – e impondo – a aplicação *ex officio* da norma protetiva dos consumidores, a qual realize o direito humano (efeito útil e pro homine do status constitucional); esteja esta norma no CDC ou em fonte outra (art. 7º do CDC).

O legislador a fim de criar parâmetros processuais adequados, elucida nos parágrafos que o incidente deverá observar os pressupostos previstos em lei, ou seja, as regras de direito material, bem como terá sua aplicação estendida a

² Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/525944996/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-e-suas-aplicacoes-ao-direito-de-familia-e-das-sucessoes-parte-ii?ref=topic_feed>. Acesso em: 28 ago. 2018.

desconsideração inversa. Possibilidade que se dá mediante análise de situação prática, sendo assim, visando melhor aplicação da teoria, o legislador permite que uma pessoa jurídica em nome próprio se responsabilize pelas dívidas de seus sócios, devendo obrigatoriamente respeitar os requisitos legais.

O artigo 135 pondera que: “Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias”.

É de se entender que, os sócios, na desconsideração tradicional ou na desconsideração inversa, serão partes do incidente, assegurando assim, o efetivo contraditório, podendo os interessados se manifestarem previamente a fim de combater as alegações da parte contrária, objetivando desconstituir os requisitos ensejadores da aplicação da teoria, ou seja, demonstrando que não houve o mau uso da pessoa jurídica.

Desta forma, tal ideia é fomentada por Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2016, p.222):

Além da manifestação do socio, o pedido de desconsideração poderá ser impugnado, na desconsideração direta, também pela pessoa jurídica, como tem reconhecido o Superior Tribunal de Justiça. Embora as partes do incidente sejam suscitante e o socio (no caso da desconsideração direta), a pessoa jurídica poderá manifestar-se, postulando o não acolhimento do incidente. Pelas mesmas razões, na desconsideração inversa, embora as partes sejam o suscitante e a pessoa jurídica, o socio poderá manifestar-se postulando o indeferimento do pedido.

Há na doutrina, ainda, entendimento de que a tutela poderia ser pleiteada em caráter de urgência, por tutela antecipada, se no caso concreto estiver presente não apenas os requisitos materiais que permitem a desconsideração, mas também os requisitos que permitem a antecipação dos efeitos da tutela.

Sobre a natureza jurídica do incidente, o art.136 pontua que se trata de decisão interlocutória, sendo assim, poderá ser questionada mediante agravo de instrumento, seguindo o artigo 1.015, IV, do NCPC. No parágrafo único, o legislador trata da possibilidade no tribunal, caso a decisão seja proferida pelo relator, a mesma poderá ser atacada por agravo interno.

Insta salientar, que a decisão prolatada resolve o mérito do pedido, sendo assim, recai sobre a mesma o atributo da coisa julgada, ou seja, não poderá haver novo pedido de desconsideração fundado em fatos já apreciados.

Por conseguinte, o art.137 trata dos efeitos da desconsideração “se acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente”.

O referido artigo trata das hipóteses em que o devedor tenta se desvincular dos bens para não arcar com as obrigações outrora contraídas no nome da pessoa jurídica. Para Rios Gonçalves (2016, p.224):

O dispositivo deve ser interpretado no sentido de que somente após a desconsideração da personalidade jurídica é que a alienação de bens do responsável patrimonial (socio, no caso da desconsideração direta, ou pessoa jurídica, no caso da inversa) poderá ser havida em fraude à execução. Mas não bastará a desconsideração para que tal ocorra, sendo ainda necessária a prova de má-fé do adquirente, observada a sumula 375 do STJ.

Seguindo a lógica legislativa, o art.137 indica efeito *ex tunc*, ou seja, retroativo, para que o credor, ora requerente, não seja atingido pelos atos de fraude à execução. Quanto ao adquirente de boa-fé, aquele que adquiriu o bem desconhecendo a real situação de fraude, corresponde o direito de regresso, almejando o ressarcimento do valor já pago, cabe ainda, o pedido de desconsideração inversa, visando atingir o patrimônio da sociedade, caso o sócio de má-fé não disponha de quantia suficiente para lhe ressarcir.

Convém destacar que, o CPC em seu artigo 795 prevê em seus parágrafos alegações que poderão ser usadas a fim de mitigar o impacto da desconsideração na esfera patrimonial dos sócios.

Art. 795. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei.

§ 1º O sócio réu, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade, tem o direito de exigir que primeiro sejam excutidos os bens da sociedade.

§ 2º Incumbe ao sócio que alegar o benefício do § 1º nomear quantos bens da sociedade situados na mesma comarca, livres e desembargados, bastem para pagar o débito.

§ 3º O sócio que pagar a dívida poderá executar a sociedade nos autos do mesmo processo.

§ 4º Para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código.

Em observância ao dispositivo, corresponde ao credor o direito de pedir a penhora dos bens dos sócios para garantir a satisfação do seu crédito em sede de execução, caso os bens da sociedade sejam insuficientes e esteja presente o fato

autorizador da desconsideração. No entanto, corresponde aos sócios afetados observar as matérias que poderão lhes beneficiar, uma vez que o processo civil, cria mecanismos para isso.

3.2 Desconsideração da personalidade jurídica e as regras de competência

No ordenamento jurídico brasileiro, contempla-se a organização do poder judiciário dentro das regras de competência estabelecida. Entende-se por competência a parcela de responsabilidade atribuída a cada órgão jurisdicional, visando a melhor prestação e acesso à justiça.

No Brasil a competência é dividida seguindo determinados critérios, quais são, pessoal, material, funcional, valor da causa e territorial. No tocante a desconsideração da personalidade jurídica, surgem dúvidas pertinentes ao tema.

É possível que o sócio de uma empresa que está sendo atacada por uma demanda tenha domicílio localizado em comarca diferente a que o processo principal tramita, neste caso, se ocorrer o pedido de desconsideração não haverá a modificação do foro, isso porque a própria regra processual determina que fatos e direitos posteriores não alteram a competência já fixada.

Art. 43, determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.

Sendo assim, a possibilidade da inclusão de uma terceira pessoa na demanda, não é fator suficiente para fazer alterar as regras de competência.

No entanto, é sabido que no ordenamento jurídico brasileiro, todas as regras devem se inclinar para os mandamentos constitucionais, por isso, é de suma importância a análise do art.109, I, da Carta Magna, que determina:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Trata-se de competência *ratione personae*, ou seja, fixada em razão da pessoa. Se algum dos entes acima citados, for parte do processo que pede a

desconsideração, haverá obrigatoriamente a alteração de competência, com o deslocamento da demanda para a justiça federal, uma vez que a norma constitucional estabelece competência absoluta, prevalecendo a regra elencada no art.43 do Código de Processo Civil.

Outra questão relevante a ser analisada, é quando ocorre em um processo o pedido de desconsideração da personalidade jurídica e em outro processo ocorre o pedido de falência da sociedade inadimplente. Aparentemente, teremos o denominado conflito positivo de competência, artigo 66, I, CPC, ou seja, dois ou mais juízes se declaram competentes para processar e julgar a demanda.

Nessa hipótese, o mais indicado é que remeter o processo que paira o incidente de desconsideração para o juízo universal da falência, pois a sociedade e os sócios com responsabilidade formaram um litisconsórcio posterior, onde os sócios serão inclusos no polo passivo e responderam juntamente com a massa falida pelas dívidas, visando a melhor defesa dos interesses de todos os credores.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO. FALÊNCIA DA EMPREGADORA. JUÍZO FALIMENTAR. COMPETÊNCIA.

1. Se a execução promovida contra pessoa jurídica foi direcionada para atingir um dos sócios, não mais se justifica a remessa dos autos ao juízo falimentar - eis que o patrimônio da falida quedou-se livre de constrição.
2. Tal solução não é admissível se, no juízo falimentar, houver desconsideração da personalidade jurídica da falida, confundindo-se o patrimônio dos sócios com o da sociedade quebrada. Neste caso prevalece a competência do juízo universal.
3. Os atos decisórios praticados pelo juízo absolutamente incompetente são nulos (Art. 113, § 2º, CPC). A nulidade pode ser declarada no julgamento de conflito de competência (Art. 122, CPC).
4. É nula a decisão do juízo que, embora absolutamente incompetente, determina a penhora de bem do executado, assim como são nulos todos os atos decorrentes da constrição judicial, inclusive eventual arrematação.
5. Se há diferença de alta monta entre a avaliação realizada no juízo incompetente e a realizada no juízo competente, não deve subsistir a arrematação realizada naquele primeiro juízo, especialmente quando o bem é alienado por valor que, considerada a avaliação do juízo competente, traduziria preço vil' (CC n. 61.274/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, unânime, DJU de 08.03.2007) (...)

Há de ressaltar que mesmo a hipótese anterior parecendo mais lógica e viável a todos credores, ainda existe entendimento de que não há conflito de competência, pois o sócio entrando no processo não se trata mais de patrimônio a ser discutido no juízo falimentar, uma vez que compete a este a discussão do patrimônio da sociedade e não do sócio.

3.3 Desconsideração e os elementos da ação

São elementos da demanda, partes, causa de pedir e pedido, são de suma importância, uma vez que são através dele que se torna possível identificar e distinguir uma ação de outra. Em tom singelo, partes no processo são autor e réu, ou seja, são aqueles que detêm interesse com a resolução da causa, portanto parciais, ocupando o autor o polo ativo e o réu o polo passivo da demanda.

Ocorre que, o sócio inúmeras vezes não é parte da ação, no entanto, posteriormente, por meio do incidente deixará de ser terceiro com interesse jurídico e com a desconsideração da personalidade jurídica passará a ser parte.

Ocupando tal posição na demanda, se em fase de conhecimento vir a ser condenado, tendo participado do processo, não terá apenas mera responsabilidade patrimonial, mas será devedor, o que influencia diretamente na maneira que se dará a execução, uma vez que o credor poderá atacar seu patrimônio antes do patrimônio da sociedade, bem como terá o socio responsabilidades com as custas processuais, entre outros encargos.

Quanto a causa de pedir, podemos entender que é o porquê do processo. No Brasil se adota a teoria da substanciação, por ela a causa de pedir é dividida em fatos (causa de pedir próxima) e fundamentos jurídicos (causa de pedir remota).

No *Disregard Doctrine*, a causa de pedir é o elemento que justifica a aplicação da teoria, ou seja, a incidência das hipóteses de direito material, devendo ser fundamentadamente comprovada, uma vez que alegações genéricas não devem ser admitidas. Incumbe ao requerente a demonstração detalhada dos fatos que o levam a pedir a desconsideração e fundamentar em que qual das hipóteses se encontra seu direito.

O último elemento da ação é o pedido, uma vez que o fundamento da provocação ao judiciário se dá para pedir. A doutrina divide o pedido em imediato (direto) ou mediato (indireto), o primeiro é a pretensão processual almejada, ou seja, é a tutela jurisdicional que o autor busca por meio do processo, já o segundo é aquele que diz respeito ao mundo dos fatos, qual seja, o bem da vida pretendido.

Para que seja possível a desconsideração é imprescindível que o credor além de detalhar os fatos de fundamentos jurídicos, faça o pedido de maneira

certa e determinada, especificando qual dos sócios será alcançado pela teoria e qual o valor do patrimônio que se busca.

Ainda, é possível vislumbrar a possibilidade de cumulação de pedidos, seja simples ou condicional. No tocante a desconsideração, teremos a cumulação simples, quando o credor pretende atingir o patrimônio de mais de um socio, então no pedido deverá os sócios e seus patrimônios, porém o juiz poderá aceitar a desconsideração para ambos ou não, uma vez que os pedidos são independentes entre si.

Será caso de cumulação condicional, nas hipóteses de cumulação sucessiva, eventual e alternativa. Teremos a cumulação sucessiva quando um pedido depender do outro, ou seja, o segundo pedido depende do primeiro, exemplo disso, quando o credor pede a condenação da pessoa jurídica ao pagamento dos créditos pretendidos e pede a condenação dos sócios por atos fraudulentos que autorize a aplicação do instituto. Sendo assim, a análise da responsabilidade do socio se dará somente após analisada a responsabilidade da sociedade, se essa tem obrigações para com o credor ou não.

Na cumulação eventual, um pedido é subsidiário ao outro, equivale a dizer que o autor não pretende o acolhimento de todos seus pedidos, mas sim que o juiz acolha seu segundo pedido caso rejeito o anterior. Na desconsideração o autor poderá pedir para que o juiz condene a pessoa jurídica a adimplir suas obrigações, e pedir a responsabilidade patrimonial do socio-controlador ou eventualmente a de outro socio que embora não seja controlador tem responsabilidade.

Por fim, a cumulação alternativa é aquela feita para que o magistrado acolha um ou outro pedido, pois a natureza da obrigação possibilita seu cumprimento por mais de uma via, poderá o autor requerer a condenação da sociedade pelo inadimplemento da obrigação e pedir que após a desconsideração seja condenado um sócio ou outro que administravam a pessoa jurídica de maneira individual.

3.4 A aplicação do incidente no processo trabalhista

É fato que, embora se aplique, subsidiariamente, ao processo do trabalho as regras do processo civil, o processo trabalhista tem caráter especial, uma vez que, visa atender na maioria das vezes, o recebimento de verbas de cunho

alimentício, sendo assim, tem como princípios a celeridade e simplicidade da execução.

No entanto, incumbe ao legislador se preocupar também com efetividade da prestação jurisdicional, adotando assim, nas relações de vínculo empregatício a teoria menor no que diz respeito ao direito material discutido. Toda via, a admissão de forma ampla, não autoriza a fazer isso sem as devidas observâncias.

A base legal se encontra no artigo 855-A da Consolidação das leis trabalhista, que a partir da reforma trabalhista passou a fazer menção aos artigos 133 a 137 do CPC. Na área trabalhista sempre se discutiu se a desconsideração seria auto aplicação ou não, o judiciário passou a decidir de forma objetiva, que o instituto seria cabível em sentido amplo, ou seja, tanto seria possível nos casos de má administração da empresa, como nos casos de má-fé por parte do empregador, que acarretaria sua responsabilidade pessoal perante as verbas trabalhistas.

Uma das grandes novidades trazida pela CLT, no parágrafo do artigo 855-A, fala dos pedidos de desconsideração e quais os recursos cabíveis.

Art. 855-A. Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)

§ 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)

I - na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do § 1º do art. 893 desta Consolidação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)

II - na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)

III - cabe agravo interno se proferida pelo relator em incidente instaurado originariamente no tribunal. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)

§ 2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017).

A desconsideração poderá ser requerida em qualquer fase do processo, seja no conhecimento ou execução, bem como na inicial, ainda que seja possibilidade com menor incidência. Feito o pedido se este não é aceito, na fase de cognição não cabe recurso da decisão que concede ou não a desconsideração da personalidade jurídica, no entanto, deve-se pontuar que se a decisão vir a acarretar prejuízo as partes, caberá a parte buscar proteção por meio de mandado de segurança impetrado para o presidente do Tribunal.

Se a aplicação do instituto for requerida na fase de execução, caso o juiz não a conceda, a decisão poderá ser imediatamente atacada por agravo de petição, com base no artigo 897 da CLT.

Art. 897. Cabe agravo, no prazo de 8 (oito) dias: (Redação dada pela Lei nº 8.432, de 1992)

a) de petição, das decisões do Juiz ou Presidente, nas execuções; (Redação dada pela Lei nº 8.432, de 1992)

b) de instrumento, dos despachos que denegarem a interposição de recursos. (Redação dada pela Lei nº 8.432, de 1992)

§ 1º - O agravo de petição só será recebido quando o agravante delimitar, justificadamente, as matérias e os valores impugnados, permitida a execução imediata da parte remanescente até o final, nos próprios autos ou por carta de sentença. (Redação dada pela Lei nº 8.432, de 1992)

§ 2º - O agravo de instrumento interposto contra o despacho que não receber agravo de petição não suspende a execução da sentença. (Redação dada pela Lei nº 8.432, de 1992)

§ 3º Na hipótese da alínea a deste artigo, o agravo será julgado pelo próprio tribunal, presidido pela autoridade recorrida, salvo se se tratar de decisão de Juiz do Trabalho de 1ª Instância ou de Juiz de Direito, quando o julgamento competirá a uma das Turmas do Tribunal Regional a que estiver subordinado o prolator da sentença, observado o disposto no art. 679, a quem este remeterá as peças necessárias para o exame da matéria controvertida, em autos apartados, ou nos próprios autos, se tiver sido determinada a extração de carta de sentença. (Redação dada pela Lei nº 10.035, de 2000)

§ 4º - Na hipótese da alínea b deste artigo, o agravo será julgado pelo Tribunal que seria competente para conhecer o recurso cuja interposição foi denegada. (Incluído pela Lei nº 8.432, 11.6.1992)

§ 5º Sob pena de não conhecimento, as partes promoverão a formação do instrumento do agravo de modo a possibilitar, caso provido, o imediato julgamento do recurso denegado, instruindo a petição de interposição: (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

I - Obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação, das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado, da petição inicial, da contestação, da decisão originária, do depósito recursal referente ao recurso que se pretende destrancar, da comprovação do recolhimento das custas e do depósito recursal a que se refere o § 7º do art. 899 desta Consolidação; (Redação dada pela Lei nº 12.275, de 2010)

II - Facultativamente, com outras peças que o agravante reputar úteis ao deslinde da matéria de mérito controvertida. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

§ 6º O agravado será intimado para oferecer resposta ao agravo e ao recurso principal, instruindo-a com as peças que considerar necessárias ao julgamento de ambos os recursos. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

§ 7º Provido o agravo, a Turma deliberará sobre o julgamento do recurso principal, observando-se, se for o caso, daí em diante, o procedimento relativo a esse recurso. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

§ 8º Quando o agravo de petição versar apenas sobre as contribuições sociais, o juiz da execução determinará a extração de cópias das peças necessárias, que serão autuadas em apartado, conforme dispõe o § 3º, parte final, e remetidas à instância superior para apreciação, após contraminuta. (Incluído pela Lei nº 10.035, de 2000).

Por tal redação, é passível de decisão interlocutória na fase de execução, que não defere, conseqüentemente, o pedido de descon sideração, devendo ser observado os mandamentos elencados pelo referido dispositivo. Insta dizer, que caso o pedido seja feito diretamente no tribunal e não é deferido, o recurso cabível será o agravo interno, objetivando reformar a decisão.

Por fim, é importante ponderar que a propositura do incidente irá suspender o processo, porém não impede a utilização das denominadas Tutelas Provisórias de Urgência, como a cautelar ou antecedente, com base no art.301 do processo civil.

3.5 Desconsideração por meio do processo arbitral

Quanto a descon sideração no âmbito da arbitragem, convém dizer, que é possível, no entanto, deve-se atentar a todas exigências. O terceiro nomeado a solucionar a lide, irá apurar a responsabilidade dos sócios e as hipóteses que o instituto poderá ser aplicado, respeitando o direito do mesmo de produzir provas a seu favor.

Porém, apenas o trâmite será por meio arbitral, ao passo que a execução se dará pelo órgão jurisdicional. Insta salientar que, se o sócio participou do processo arbitral será possível de pronto a execução de seus bens, ao contrário, terá que haver o contraditório, respeitando a ampla defesa, podendo o sócio arguir várias matérias em sua defesa, inclusive a nulidade da arbitragem que determinou a descon sideração.

Se no tempo do processo arbitral, o sócio visando burlar a aplicação do instituto começar a dilapidar seu patrimônio, será decretada fraude à execução. Caso o ato fraudulento seja praticado por algum sócio que não participou do procedimento arbitral, há entendimentos de os efeitos da decisão se estenderiam a este, todavia, hoje, é consolidado que as garantias constitucionais devem ser observadas.

3.6 Contraditório e pronunciamento judicial antes da invasão patrimonial

Ao se analisar a possibilidade de aplicação do instituto da desconsideração, verifica-se a preocupação do legislador em viabilizar que o credor tenha seu crédito satisfeito, seja pela sociedade ou pelo socio responsável, no entanto, antes do ataque patrimonial se faz imprescindível a observância das garantias constitucionais, qual seja, o contraditório, o qual se divide em formal e substancial.

O Código de Processo Civil, assim como todo ordenamento jurídico deve observar as garantias elencadas na constituição, para tanto dedica alguns dispositivos à tratar do assunto.

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Logo no seu primeiro dispositivo o diploma legal se incumbe de estabelecer que todo processo civil deverá ser ordenado pela Carta Magna. Portanto, para fins de desconsideração da personalidade jurídica é indispensável que o contraditório seja considerado e efetivado.

O contraditório formal, por sua vez, se destina a resguarda o procedimento para o exercício do direito de participar do processo, significa dizer que, as partes devem ter conhecimento dos atos processuais e reagir ao que lhes for prejudicial, situação conhecida como bilateralidade de audiência. Convém ressaltar que, audiência nesse contexto se distingue do ato processual no qual as partes e terceiros comparecem em juízo para produzir provas, mas se reduz ao direito de ser ouvido.

Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

O dispositivo estabelece a necessidade do contraditório prévio, ou seja, antes do magistrado proferir qualquer decisão deverá ouvir as partes a quem corresponde os interesses. Insta salientar que o legislador se atentou as demandas de maior complexidade, que não poderão esperar até que o contraditório de fato ocorra, criando assim, exceção.

Já o contraditório substancial resulta de releitura do clássico princípio do contraditório a partir de uma ótica constitucionalizada do direito processual, passa a ser compreendido como um filtro de legitimação dos direitos e não mais como um mero instrumento de jurisdição.

Saindo da visão puramente formalista, cria-se a necessidade de as partes efetivamente participarem da construção do resultado final da demanda e isso faz com que os dispositivos sejam readaptados a um novo modelo. A partir disso o princípio do contraditório sofreu uma ampliação na sua estrutura, além de ciência necessária e a reação possível, dois outros pilares foram inseridos, são eles, o poder de influência e a não surpresa.

As partes não apenas terão a possibilidade de ter conhecimento e arguir o que lhe é prejudicial, mas poderá de fato influenciar decisão do magistrado, não podendo ser surpreendidas com base em decisões sobre as quais não tiveram oportunidade previa de se manifestar e influir, sendo vedada decisões surpresas.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

É notório que a intenção do legislador é evitar a ocorrência de decisões que surpreendam os interessados na demanda. Sendo assim, o ordenamento não mais admite decisões que desconsidera a personalidade jurídica da pessoa jurídica e já partem para a penhora dos bens dos sócios, visto que isso afronta o preceito constitucional do contraditório. Atualmente, antes mesmo da aplicação do *Disregard Doctrine*, o socio será poderá se defender, combatendo as alegações fundadas em direito material que permitem a desconsideração.

O Ilustríssimo Professor Fredie Didier Jr (2016, p.526) pondera que:

Instaurado o incidente, o terceiro será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis, em quinze dias (art.134 CPC). Com essa regra,

concretiza-se o princípio do contraditório. Conforme sempre defendemos neste curso, não é possível desconsiderar a personalidade jurídica sem a observância do princípio do contraditório. O dispositivo encerra, assim, antiga controvérsia.

Já para Marcus Vinicius (2016, p.222)

Além da manifestação do sócio, o pedido de desconsideração poderá ser impugnado, na desconsideração direta, também pela pessoa jurídica, como tem reconhecido o Superior Tribunal de Justiça. Embora as partes do incidente sejam o suscitante e o socio. A pessoa jurídica poderá manifestar-se, postulando o não acolhimento do incidente. Pelas mesmas razões, na desconsideração inversa, embora as partes sejam o suscitante e a pessoa jurídica, o socio poderá manifestar-se, postulando o indeferimento do pedido. Nesse sentido, O RESP 1.2018.852.

Portanto, há correntes jurisprudenciais que permitem que a pessoa jurídica também se manifeste no sentido de combater a incidência da lei material, portanto, assim como na desconsideração inversa à sociedade poderá alegar que não houve desvio de finalidade e nem a confusão patrimonial, visando assim, afastar a responsabilidade patrimonial dos sócios.

Por fim, podemos afirmar que se não houver efetivamente a participação daqueles que tem todo interesse na desconsideração, para identificar quem de fato está praticando atos que vão lhe trazer prejuízos, não teríamos definitivamente a possibilidade de dizer que o Estado Juiz está fazendo justiça as partes.

O direito de defesa é sagrado e indispensável, não o respeitar seria retroceder em garantias fundamentais. Não se admite mais que o patrimônio de pessoa que não participou da relação processual seja atingido. Partindo dessa premissa, também se vislumbra que a parte que requer será beneficiada, mesmo o contraditório não tendo essa finalidade. Pois, é possível identificar que se acolhido o pedido e decretada a desconsideração, caso o sócio transferir esse patrimônio para terceira pessoa, irá praticar um ato absolutamente ineficaz pela fraude de execução e os bens serão levados a praça e leilão.

Outra questão relevante é que no momento que ocorre anotação na distribuição, conforme destaca o art.134, parágrafo primeiro, determina o momento que se encerra a boa-fé de possível terceiro adquirente.

Por outro lado, caso não seja dado ao socio a oportunidade de defesa, poderá o mesmo se opor ao pedido por meio de embargos de terceiro, buscando o não acolhimento do pedido de desconsideração.

4 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA SOB A ÓPTICA JURISPRUDENCIAL

Por muito tempo pairou no ordenamento jurídico algumas questões sobre a possibilidade de desconsideração em determinadas situações, como nos casos de dissolução irregular da pessoa jurídica e a desconsideração frente a coisa julgada.

A dissolução irregular ocorre quando os sócios não cumprem as devidas formalidades para o encerramento da pessoa jurídica, ou seja, os responsáveis pela sociedade não respeitam a devida liquidação e extinção da mesma, o que antemão leva a crer que existe débitos pendentes, como tributário entre outros, ressalvadas as peculiaridades das empresas de pequeno porte.

A consequência de tal inobservância é que os sócios passam a assumir pessoalmente, diretamente a responsabilidade pelos débitos. O Superior Tribunal de Justiça pacificou com enunciado da Súmula 435, que a sociedade dissolvida irregularmente implica na responsabilidade do sócio administrador na época da dissolução irregular e desde que era sócio na época dos débitos.

Súmula 435 STJ. Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

Embora a Súmula vislumbre apenas a possibilidade de responsabilização do sócio administrador, a lei 5.172/1966, Código Tributário Nacional no seu artigo 135, III, prevê outras pessoas que poderiam ser atingidas na situação elencada.

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

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

Sendo assim, a jurisprudência aplica a Súmula de forma mais ampla, baseada no artigo 135 do CTN, criando maior possibilidade de recebimento da dívida quando se tratar de débitos de natureza tributária.

Já quando se tratar de débitos negociais, a segunda turma do STJ tem entendido que a dissolução irregular da sociedade não pode ser o único argumento para o levantamento do véu dos bens do sócio, ou seja, não é caso de desconsideração da personalidade jurídica, não se aplicando a Súmula 435.³

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. INOVAÇÃO EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ART. 50 DO CC/2002. TEORIA MAIOR. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. INSUFICIÊNCIA E INEXISTÊNCIA DE PROVA. AFERIÇÃO DA PRESENÇA DOS ELEMENTOS AUTORIZADORES DA TEORIA DA DISREGARD DOCTRINE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...)

3. **A mera demonstração de insolvência da pessoa jurídica ou de dissolução irregular da empresa sem a devida baixa na junta comercial, por si sós, não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica. Precedentes.**

(...)

(AgRg no AREsp 550.419/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 19/05/2015)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESCABIMENTO. ART. 50 DO CCB.

1. A desconsideração da personalidade jurídica de sociedade empresária com base no art. 50 do Código Civil exige, na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, o reconhecimento de abuso da personalidade jurídica.

2. **O encerramento irregular da atividade não é suficiente, por si só, para o redirecionamento da execução contra os sócios.**

3. **Limitação da Súmula 435/STJ ao âmbito da execução fiscal.**

4. Precedentes específicos do STJ.

5. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(AgRg no REsp 1386576/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 25/05/2015)

Em 2017 o Superior Tribunal de Justiça ao analisar o Recurso Especial 1.526.287/SP e o RESP nº 1729554 / SP, pacificou por decisão unânime que na mera dissolução irregular não estaria presentes os requisitos que permitem a desconsideração, não devendo o patrimônio dos sócios ser atingido fora das situações vislumbradas pela teoria maior, deste modo, é indispensável a demonstração de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

³ Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/11/18/jurisprudencia-comentada-dissolucao-irregular-de-sociedade-e-desconsideracao-da-personalidade-juridica/>> acesso em 15.10.2018

Por fim, mostra-se de suma relevância a análise da desconsideração da personalidade jurídica frente a coisa julgada.

Coisa julgada é a autoridade de recai sobre a decisão judicial que põe fim ao processo, nela recai a imutabilidade, visando efetivar a segurança jurídica do ordenamento, uma vez que feito coisa julgada a questão não poderá voltar a ser discutida. A coisa julgada se divide em coisa julgada formal e material.

Coisa julgada formal, causa uma imutabilidade apenas no processo que a decisão foi proferida, não impede que questão volte a ser rediscutida em outro processo, pois não houve análise do mérito. Já a coisa julgada material, cria uma imutabilidade dentro e fora do processo que surgiu, sendo assim, a questão não poderá ser discutida novamente, pois pressupõe análise de mérito e sua imutabilidade impede que a questão já resolvida volte a ser apreciada pelo judiciário.

Muito se discutiu na doutrina e jurisprudência se a desconsideração da personalidade jurídica poderia ser aplicada contra coisa julgada, em especial a material. Ou seja, se seria possível em fase de execução modificar a decisão proferida na fase de conhecimento que entendeu não estar presente os requisitos ensejadores da aplicação da teoria.

Para parte da doutrina que acreditava na mitigação da coisa julgada, seria possível alcançar os bens dos sócios de uma sociedade após o trânsito em julgado, mesmo que no momento anterior em sede de conhecimento o magistrado tivesse excluído a responsabilidade dos sócios.

Há algum tempo a discussão passou a ser menos elucidada, pois a 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça afastou a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em situações que a execução se funde em sentença que excluiu a responsabilidade dos sócios da empresa. Conforme se verifica no trecho do acordo⁴.

Portanto, não é viável a modificação de tal entendimento, quando do cumprimento da sentença, para se aplicar ao caso a Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Código de Defesa do Consumidor, afastados no título judicial, sob pena de ofensa à coisa julgada.

⁴ Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74968025&num_registro=201401998569&data=20170831&tipo=51&formato=PDF> acesso em 15 out.2018

Pelo exposto, configurada a violação ao art. 467 do CPC/73, dá-se provimento ao recurso especial, reformando-se o v. acórdão recorrido, reconhecendo-se a inviabilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em face da coisa julgada.

Sendo assim, a coisa julgada é soberana e não deve ser violada, ou seja, se na fase de conhecimento a desconsideração foi afastada por não haver comprovação dos motivos elencados pela lei, na execução o magistrado deverá seguir o que já fora decidido.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, verificou-se que a pessoa jurídica é ente importante para fomentar a economia, visto que sua característica principal é a separação patrimonial, pois incentiva o empreendedorismo e auxilia no desenvolvimento da sociedade. No entanto, a utilização errônea e fraudulenta de uma pessoa jurídica, que fora criada com finalidade diversa, não deve ser prestigiada, mas sim coibida. Partindo disso houve a necessidade da criação da intitulada teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Sendo assim, a desconsideração é um mecanismo utilizado para retirar o véu que separa o patrimônio de determinada pessoa jurídica de seus sócios e administradores. No entanto, por ser altamente invasiva, permitindo adentrar o patrimônio de pessoa distinta, deve-se estar estritamente amparada na legislação, não devendo a possibilidade ser usada de forma genérica, como inúmeras vezes se verifica na justiça do trabalho entre outras áreas do direito.

O Novo Código de Processo Civil traz logo no seu primeiro dispositivo a necessidade do processo civil ser ordenado, disciplinado e interpretado conforme as normas fundamentais estabelecidas a Constituição Federal, partindo de tal imposição não é difícil de se entender a motivação do legislador em criar um instrumento próprio para invasão patrimonial, uma vez que o contraditório valor constitucional tão estimado deve ser respeitado em todas as suas faces, seja formal ou substancial.

O magistrado ao analisar o caso concreto deve se valer dos mandamentos legais que disciplinam o instituto, bem como as noções doutrinárias, que apontam para natureza jurídica da pessoa jurídica e as mudanças e avanços jurisprudências. O direito brasileiro sai da mera construção jurisprudencial e doutrinária e positiva as normas que visam resguardar os direitos do sócio em uma eventual aplicação da teoria da desconsideração, incluindo no processo civil procedimento que visa efetivar garantias já elucidadas na constituição, como o contraditório efetivo. Pois a aplicação do instituto deve ser de caráter excepcional, uma vez que o ordenamento jurídico, primordialmente, deve visar a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de bens dos sócios**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

BASTOS, Mariana Candini. Breves apontamentos acerca da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o art. 50 do Código Civil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9500>. Acesso em: 26 abr. 2018.

CRUZ, André Santa. **Dissolução irregular de sociedade e desconsideração da personalidade jurídica**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/11/18/jurisprudencia-comentada-dissolucao-irregular-de-sociedade-e-desconsideracao-da-personalidade-juridica/>> acesso em 15 out. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Sociedades – 17ª. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.**

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil comentado (Lei nº13.105 de 16 de março de 2015): Análise comparativa entre o CPC e o CPC/1973**. São Paulo. Editora Atlas, 2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Incidente Processual: Questão incidental, procedimento incidental**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral e Processo de Conhecimento (1º parte)**. São Paulo. Editora Saraiva, 2016.

LINS, Daniela Storry. **Aspectos Polêmicos da Desconsideração da Personalidade Jurídica no código de defesa do consumidor e na Lei Antitruste**. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2002.

MACHADO, Hugo de Britto. **Responsabilidade de Sócios e Dirigentes de Pessoas Jurídicas e Redirecionamento da Execução Fiscal**. Ed. Dialética, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado (Livro Eletrônico)**. São Paulo: Ed. RT, 2015

MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo. Editora RT, 2010

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, volume I - introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil**. Rev. e atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Forense, 1998.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, volume 01 - parte geral. 34ª edição, 6ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil: teoria geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; **Recurso Especial 702232**; RS; 2005/0088818-0; Publ. 26/9/2005.

Disponível em:

<[http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI132634,31047-](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI132634,31047-Execucao+fiscal+o+patrimonio+dos+socios+sob+analise+jurisprudencial)

[Execucao+fiscal+o+patrimonio+dos+socios+sob+analise+jurisprudencial](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI132634,31047-Execucao+fiscal+o+patrimonio+dos+socios+sob+analise+jurisprudencial)>. Acesso em: 26 abr. 2018.

_____ Conflito De Competência: CC 61274 SP 2006/0049992-0.

Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8989041/conflito-de-competencia-cc-61274-sp-2006-0049992-0?ref=serp>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

_____ Recurso especial nº 1.473.782 - mg (2014/0199856-9) relator: ministro Raul Araújo.

Disponível:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74968025&num_registro=201401998569&data=20170831&tipo=51&formato=PDF> acesso em 15 out.2018.

TARTUCE, Flávio. **A desconsideração da personalidade jurídica e suas aplicações ao Direito de Família e das Sucessões - parte II**. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/525944996/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-e-suas-aplicacoes-ao-direito-de-familia-e-das-sucessoes-parte-ii?ref=topic_feed>. Acesso em: 28 ago. 2018.

TOMAZETTE, Marlon. **Desconsideração da personalidade jurídica: A teoria**. Ed. Revista dos tribunais, 2001.

VADE MECUM. Obra coletiva de autoria de Editora Saraiva. 3ed. Atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.