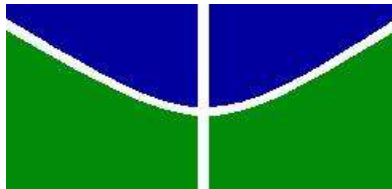


UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
MATHEUS AMARAL GUIMARÃES



**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Brasília/DF

2016

MATHEUS AMARAL GUIMARÃES

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Trabalho apresentado à banca examinadora da Universidade de Brasília – UNB, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor

Guilherme Fernandes Neto

Brasília/DF

2016

MATHEUS AMARAL GUIMARÃES

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Trabalho apresentado à banca examinadora da Universidade de Brasília – UNB, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em 29/01/2016

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Guilherme Fernandes Neto

Professor Doutor Henrique Araújo Costa

Professora Doutora Daniela Marques de Moraes

Brasília/DF

2016

Dedico este trabalho à memória de meu pai, que tanto ansiava por esta conquista. Dedico também a minha família, especialmente minha mãe, que sempre me incentivou a trilhar os caminhos do estudo. Por fim, dedico aos meus amigos, que me impulsionaram a buscar vida nova a cada dia.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo da desconsideração da personalidade jurídica, ou *disregard doctrine*, no novo código de processo civil brasileiro. Para tanto, analisa-se inicialmente a personalidade jurídica em si, sendo esta um instituto essencial para o Direito moderno, uma vez que estimula a prática da atividade comercial e conseqüentemente o desenvolvimento econômico. Perpassa-se pelo contexto evolutivo da personalidade jurídica, bem como pelas principais teorias desenvolvidas para conceituá-la. Feita essa introdução, passa-se ao estudo da desconsideração da personalidade jurídica, instituto criado para coibir o uso irregular da personalidade jurídica, prática que teve grande crescimento nos últimos anos e colocou em risco o instrumento da pessoa jurídica. Analisa-se a parte histórica da *disregard doctrine*, destacando o seu surgimento jurisprudencial, e a sua inserção no direito estrangeiro e no brasileiro. Após passa-se a análise do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, novidade trazida pelo novo código de processo civil, de grande relevância para nosso ordenamento jurídico. Esse novel instituto supre a lacuna existente em nossa legislação, positivando os aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica, coibindo, assim, os abusos oriundos da aplicação meramente jurisprudencial. Por fim, analisam-se os principais focos de discussão na elaboração do incidente, apresenta-se uma síntese procedimental e uma breve conclusão.

Palavras-chave: Pessoa jurídica, Desconsideração da personalidade jurídica, Novo código de processo civil, Incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

ABSTRACT

This work aims the study of piercing the corporate veil, or disregard doctrine, in the new Brazilian Code of Civil Procedure. For this, first it analyzes the legal personality itself, which is an essential institution for the modern law, as it stimulates the practice of commercial activities and hence economic development. Permeates up through the evolutionary context of legal personality as well as the main theories developed to conceptualize it. Made this introduction, goes to the study of piercing the corporate veil, created institute to curb irregular use of the legal personality, a practice that had great growth in recent years and put at risk the instrument of the entity. It analyzes the historical part of the disregard doctrine, highlighting their jurisprudential emergence, and their inclusion in the foreign law and the Brazilian. After passing the analysis of the incident disregard the legal personality, novelty introduced by the new Code of Civil Procedure, of great importance to our legal system. This novel institute fills the gap in our legislation, affirming the procedural aspects of piercing the corporate veil, curbing thus abuses arising from the merely judicial application. Finally, it analyzes the main focus of discussion in the development of the incident, presents a procedural synthesis and a brief conclusion.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. Pessoa Jurídica	11
1.1 Teoria da ficção legal	13
1.2 Teoria da realidade objetiva ou orgânica	14
1.3 Teoria da realidade técnica	15
1.4 Teoria institucional	17
1.5 Aquisição da personalidade jurídica	18
1.6 Efeitos da personalização	18
1.7 Responsabilidade civil da pessoa jurídica	21
2. A desconsideração da personalidade jurídica	23
2.1 Histórico	23
2.2 Do direito material	25
2.3 Teoria maior e teoria menor	28
3. Posituação no Brasil	30
3.1 Desconsideração na Lei 8.078/1990	30
3.2- Desconsideração no código civil	33
4. Do direito processual	37
4.1 Do momento ou procedimento processual em que é cabível a desconsideração.	39
4.2 Da necessidade de provocação pela parte ou pelo Ministério Público	41
4.3 Do devido processo legal, contraditório e ampla defesa: uma nova ação ou incidente?	42
4.4 A desconsideração inversa	45
4.5 Breve síntese procedimental do novo incidente de desconsideração da personalidade jurídica	46
5. Conclusão	49
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo discutir o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, uma novidade trazida pelo novo código de processo civil, analisando suas peculiaridades, os principais focos de discussão em sua elaboração e ao final apresentar uma síntese procedimental.

A escolha do presente tema dá-se, principalmente, pela grande relevância que a *disregard doctrine* possui na sociedade contemporânea, tratando-se de um instituto de suma importância para o Direito moderno tendo em vista que busca coibir o uso irregular da personalidade jurídica, prática que ganhou grande crescimento e colocou em risco toda uma teoria criada para fomentar a atividade empresarial.

Cumpr e ressaltar que a criação da teoria da personalidade jurídica representou uma grande revolução no direito empresarial, atendendo às necessidades da realidade social, uma vez que confere aos entes criados a titularidade de direitos e também deveres, da mesma forma que confere às pessoas naturais.

Desse modo, com a possibilidade de separação de responsabilidade entre sócios e sociedade, torna-se a atividade empresarial mais convidativa e factível, estimulando sua prática, já que se minimizam os riscos do negócio e limita-se a responsabilidade pessoal dos sócios pelas dívidas da sociedade, fomentando consequentemente o crescimento econômico.

Após ter alçado a condição de contrair direitos e obrigações, a pessoa jurídica enfrentou um período de crise marcado por abusos cometidos em seu nome. Lamartine Corrêa, cuja obra serviu de base para esse trabalho, realizou um dos estudos mais completos acerca da personalidade jurídica, e analisou sua crise sobre dois aspectos, o primeiro chamado de crise orgânica, o qual consiste na negação formal da condição de pessoa jurídica a vários agrupamentos humanos, ainda que o ordenamento jurídico assim os considerasse. Já o segundo ângulo da crise, intitulado crise de função, está associado à incompatibilidade entre os fins do direito e a conduta de sócios que

utilizam dos benefícios conferidos pelo ordenamento às pessoas jurídicas para praticarem fraudes.¹

Exatamente no enfoque da crise de função que se consagrou a aplicação da *disregard doctrine*. Diante dessa grande liberdade conferida aos empresários, abrem-se brechas para que a pessoa jurídica seja utilizada como meio para prática de fraudes. Nesse ponto, surge a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista que a finalidade primordial da sociedade, a qual justifica sua própria existência, foi desvirtuada, exigindo-se uma providência do Estado, o qual atuando como juiz deve analisar o caso concreto para suspender a separação patrimonial entre sócio e sociedade, possibilitando que se alcance o patrimônio pessoal do sócio que utilizava a personalidade jurídica como meio de realização de atividades fraudulentas.

Importante ressaltar que, no Direito brasileiro, a aplicação da *disregard doctrine* deve ocorrer de forma excepcional, uma vez que a intenção não é a de expulsar do ordenamento pátrio o instituto da pessoa jurídica, mas tão somente anular o mau uso praticado, preponderando o princípio da autonomia patrimonial e da livre iniciativa. Ou seja, consiste tão somente em uma sustação episódica da separação patrimonial entre sócios e empresa.

A teoria em análise é disciplinada na legislação extravagante bem como no código civil de 2002. Contudo, tais normas não tratam sobre os aspectos processuais da teoria, motivo pelo qual existe grande divergência na jurisprudência pátria acerca do procedimento a ser adotado ao se desconsiderar a personalidade jurídica. Não é raro verificarmos o nosso poder judiciário aplicando a *disregard doctrine* de modo excessivo, tratando-a como regra geral e desconsiderando a personalidade jurídica sem muito rigor técnico e científico, contrariando sistematicamente a idéia do instituto e colocando em risco o instrumento da pessoa jurídica, criada para dar sequência lógica ao desenvolvimento econômico.

¹OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa - A dupla crise da pessoa jurídica. p.203.

Inegavelmente são frequentes os casos de abuso e ilegalidade praticados por gestores e administradores de empresa, o que precisa ser combatido pelo Estado para não deixar quem está de boa-fé desamparado. No entanto, também é muito comum a utilização ampla e excessiva da *disregard* pelos magistrados, os quais motivados pelo princípio da celeridade e, ante a ausência de parâmetros e limites legais, superam o véu da personalidade jurídica sem ao menos exigir a demonstração do abuso da personalidade, o que não pode ser aceito de forma alguma, pois instaura insegurança em relação à autonomia patrimonial das sociedades.

Por tais motivos, o novel incidente de desconsideração da personalidade jurídica possui tanta importância. O novo código de processo civil finalmente disciplina a parte processual da *disregard doctrine* em nosso ordenamento, buscando determinar parâmetros e limites da aplicação do instituto pelos operadores do direito, ao mesmo tempo em que visa combater o uso irregular das empresas por parte de empresários mal intencionados.

Portanto, esse trabalho tem como desafio esclarecer e discutir de forma crítica as principais características do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, buscando-se atingir a correta aplicação da *disregard doctrine* em nosso sistema processual. Serão analisados os principais argumentos levantados pela doutrina, bem como as posições adotadas pela jurisprudência, de modo a permitir que o leitor se posicione a respeito da problemática.

Para tanto, o trabalho foi dividido em cinco capítulos, sendo o primeiro uma breve introdução teórica a respeito da conceituação da personalidade jurídica, apresentando sua evolução histórica e como ela é tratada pela doutrina e pelo ordenamento brasileiro, bem como pelo alienígena, quando considerado importante para o trabalho. O segundo capítulo adentra no tema da *disregard doctrine*, trazendo o aspecto material e breve histórico de seu desenvolvimento. Já o capítulo terceiro, apresenta como a *disregard* foi positivada em nosso ordenamento. O capítulo quarto adentra no tema principal do nosso trabalho, qual seja o aspecto processual da desconsideração da

personalidade jurídica. E por fim, o quinto capítulo faz uma síntese procedimental do novo incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Cumpramos ressaltar que o trabalho jamais teve o objetivo de resolver todos os questionamentos que o tema suscita, sendo motivo de grande satisfação abordar o tema de forma correta e eficaz, proporcionando ao leitor um enfoque novo e questionador.

1. Pessoa Jurídica

Inicialmente, deve-se destacar que, desde os primórdios da humanidade, os homens buscavam se reunir em grupos para possibilitar o alcance de objetivos comuns.² Nesse sentido, como bem ressaltam Rosenvald e Chaves, a pessoa natural se une a outras pessoas humanas, formando grupos com objetivos próprios, para exercer atividades e atingir finalidades que não conseguiriam individualmente.³

A esses grupos, o ordenamento jurídico concede autonomia, independência e personalidade jurídica distinta das pessoas naturais que a formaram, possibilitando assim, que atuem praticamente como se fossem uma pessoa natural, com algumas ressalvas, claro.⁴

Seguindo os ensinamentos de Rubens Requião, esse grupo passa a ser um novo ser, que não se confunde com a individualidade dos membros que o constituem, possuindo patrimônio próprio, além de órgãos de deliberação e execução, os quais determinam e colocam em prática a vontade do grupo.⁵

Considera-se importante analisar o processo histórico perpassado até se chegar à atual conceituação da pessoa jurídica, o qual se pode dizer que é recente. Embora no período do Direito Romano já se falasse em agrupamentos, universalidades, herança jacente entre outros, não se considerava esses grupos como sujeitos de direitos, detentores de personalidade jurídica própria.

²Nesse sentido, Paulo KHOURI “é imperativo da própria ordem econômica, que deseja o crescimento, o desenvolvimento econômico” - KHOURI, Paulo R. Roque A.. *Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor e Juízo*, p. 194.

³FARIAS, Cristiano Chaves de & ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*. p. 284.

⁴Nesse sentido, “Sempre entendemos ser a pessoa jurídica realidade analógica ao ser humano. Como a pessoa humana, é um ser, dotado de individualidade, permanente, pois que a entrada e saída de sócios ou associados ou de administradores não lhe altera o ser, dotado de independência externa, porém não substancial, como a pessoa humana, que existe per se, mas acidental, pois que depende, para existir, dos seres humanos, que estão sob (sub stant) sua existência. Ser, pois que o acidente é, que existe para complemento do ser humano substancial que, sendo ser social, deseja os grupos associativos e societários e recebe utilidade das fundações. OLIVEIRA, José Lamartine Correia. *Conceito da Pessoa Jurídica*. (tese), 1962. P. 164 e 165.

⁵REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial – 2º volume*. p.180.

Superado o período Romano, chega-se ao período Medieval, com ascendência do Direito Canônico, o qual contribui de forma considerável para a evolução do conceito de pessoa jurídica.

Segundo Paulo Nader, os canonistas necessitaram realizar algumas distinções básicas entre a natureza da igreja e a dos fiéis, distinguindo-as, o que levou ao conceito de pessoa jurídica.⁶

Ratifica Francisco Amaral, que considera o verdadeiro início da teoria da pessoa jurídica com os canonistas, os quais compreendiam os *corpora* e as *universitas*, possibilitando, assim, tornar independente na ciência jurídica os conceitos de pessoa física, ou homem, e o de pessoa jurídica, coletividade dotada de individualidade própria e com responsabilidade independente da de seus membros.⁷

Percebe-se, assim, o início da construção da teoria da pessoa jurídica, diferenciando-a dos indivíduos que a formam, conferindo individualidade e autonomia própria. No entanto, somente se chegou ao significado atual da pessoa jurídica com os estudos de correntes alemãs dos séculos XVIII e XIX, integrando-se o conceito na terminologia jurídica.

Não foi uma tarefa fácil implantar tal conceito na terminologia jurídica, uma vez que a pessoa jurídica era considerada uma ficção, sendo necessário grande esforço de abstração dos juristas da época para convencer outros estudiosos da sua existência. Tal fato suscita muitas divergências até os dias de hoje, existindo doutrinadores que inclusive negam a existência da pessoa jurídica. Por tal motivo, considera-se de grande importância o aprofundamento nas principais teorias formadas para explicar a existência da pessoa jurídica.

Frisa-se que todas as teorias originaram-se de duas correntes de pensamento formadas a partir da natureza jurídica do instituto, desde a sua concepção moderna.

Para a primeira corrente, denominada realista, a pessoa jurídica é uma realidade preexistente ao direito, ou seja, a personalidade da pessoa jurídica

⁶NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Parte Geral - 1º Volume. p. 201.

⁷AMARAL, Francisco. Curso de Direito Civil: Introdução, 4ª ed. rev. atual. p.175.

decorre da sua própria estrutura orgânica. Já a segunda corrente considera que a pessoa jurídica é uma ficção ou construção jurídica, a qual para existir necessita do reconhecimento estatal.

Nesse sentido, foram desenvolvidas várias teorias com objetivo de exemplificar e justificar a existência da pessoa jurídica. Contudo, destacaremos apenas quatro, consideradas as principais, quais sejam: Teoria da ficção legal, Teoria da realidade objetiva, Teoria da realidade técnica e Teoria institucional.

Posto isso, podemos adentrar nas quatro teorias.

1.1 Teoria da ficção legal

A teoria em análise defende que a pessoa jurídica é uma ficção, não passando de um conceito ou mera abstração. Segundo os estudiosos dessa teoria, apenas o homem, no sentido de pessoa humana, pode ser considerado sujeito de direito.

Nesse sentido, consideram que o Estado concede personalidade jurídica aos entes somente para exercer direitos patrimoniais e facilitar o exercício de certas funções, de modo que se possa justificar a imputação de relações jurídicas a um grupo de pessoas ou conjunto de bens.

O grande idealizador e defensor dessa teoria foi Savigny. O pensador nega vontade própria à pessoa jurídica, afirmando que esta não tem existência concreta, não podendo ser considerada um sujeito real. Ainda segundo ele, a personalidade jurídica só existe por conta da lei, sendo um artifício utilizado pelo Estado.⁸ Conforme assinala MIGUEL REALE, "preferiu Savigny ver no conceito de pessoa jurídica mais um exemplo de *fictio juris*, existente apenas como artifício técnico imposto pelas necessidades da vida em comum".⁹

Tal teoria despertou interesse dos políticos, ganhando grande notoriedade na época, já que sendo a pessoa jurídica uma ficção decorrente da lei, o

⁸Savigny *apud* REALE, Miguel – Lições preliminares de direito. p.230.

⁹*Idem, ibidem.*

Estado de onde a lei se originava acabava possuindo o poder de controlar o reconhecimento e a criação dos referidos entes.

Existia, no fundo, um receio por parte dos políticos de que essas pessoas jurídicas pudessem crescer demais a ponto de significar uma ameaça real ao poder estatal, de modo que, possuindo o controle por meio das leis, os políticos se garantiam.¹⁰

Contudo, levando em consideração nosso ordenamento jurídico atual, considerar a pessoa jurídica uma mera ficção não seria o mais adequado, uma vez que diversas previsões, como por exemplo, a de responsabilidade penal da pessoa jurídica, seriam incompatíveis com a citada doutrina.

A grande crítica que se faz a essa teoria é que, como considera que a pessoa jurídica não passa de uma criação abstrata, sem existência real, acaba-se por afirmar que o Estado, pessoa jurídica de onde emanam as leis, também é uma simples ficção. Assim, as leis seriam uma ficção, dado que provenientes de um ente fictício, o que poderia levantar inúmeros questionamentos.

1.2 Teoria da realidade objetiva ou orgânica

Diferentemente da teoria da ficção, a teoria da realidade objetiva defende a existência da pessoa jurídica, sendo esta um ente concreto, com existência no plano real e apresentando vontade própria.

Pode se chamar também de teoria da realidade orgânica, uma vez que defende que a pessoa jurídica deve ser considerada um organismo vivo, equivalente à pessoa natural, não dependendo de nenhuma interferência estatal para sua existência.

Essa teoria tem origem germânica, cujos principais idealizadores foram Gierke e Zitelmann, os quais afirmam que a vontade, tanto pública como privada, são capazes de dar vida a um organismo, que passa a ter existência

¹⁰AMARAL, Francisco, *op. cit.* p. 176.

própria, distinta da de seus membros, portanto, capaz de tornar-se sujeito de direito real e verdadeiro.¹¹

Nesse sentido, a vontade assume papel importante na teoria, uma vez que seria suficiente para a criação de uma pessoa jurídica.

No entanto, o grande diferencial da teoria é o papel secundário atribuído ao Estado em relação à existência da pessoa jurídica. Verifica-se que o Estado é dispensado para o reconhecimento da pessoa jurídica como sujeito de direito, já que ela seria uma realidade existente antes de qualquer ação estatal.

A função do Estado seria tão somente declaratória, ou seja, de reconhecer a existência de um sujeito de direito autônomo, independente e com vida própria, assim como se faz com as pessoas naturais.

Contudo, a crítica que se faz à teoria, como destaca Carlos Roberto Gonçalves, é que ela não deixa claro como que os grupos sociais que não possuem vida própria, característica do ser humano, podem adquirir personalidade e se tornarem sujeitos de direitos e obrigações. Acrescenta ainda que tal teoria retira o poder criador do Estado, reduzindo-o a mero conhecedor de realidades existentes.¹²

1.3 Teoria da realidade técnica

A teoria da realidade técnica, assim como a teoria da realidade orgânica, considera a pessoa jurídica como uma realidade, que possui autonomia, vontade própria, existência real e verdadeira.

No entanto, para a teoria da realidade técnica, a vontade não é suficiente para a criação ou constituição de uma pessoa jurídica, conforme defende a teoria da realidade objetiva. Além da vontade humana, considera-se necessário também a observância dos requisitos legais para a criação do novo sujeito de direitos, como condição para ter autonomia, independência entre outros.

¹¹Gierke e Zitelmann *apud* Washington de Barros Monteiro. Curso de Direito Civil, p. 101.

¹²GONÇALVES, Carlos Roberto – Direito Civil Brasileiro – Parte Geral. p. 210.

Nesse sentido, a lei traz certos requisitos considerados essenciais para que a pessoa jurídica seja considerada regular e apta a ser um sujeito de direito autônomo. Observa-se, contudo, que para a teoria em análise, a lei como materialização do papel do Estado, não seria indispensável para criação da pessoa jurídica, sendo apenas para o reconhecimento da pessoa jurídica como tal.

Portanto, para essa teoria, as pessoas jurídicas representam uma realidade, mas desde que sigam os requisitos legais exigidos pelo Estado. A essência das pessoas jurídicas não consiste em existir por si como ocorre na teoria da realidade orgânica, mas sim em uma forma jurídica.

Arrebata Carlos Roberto Gonçalves que a personalidade jurídica é um atributo que o Estado concede a determinados grupos, que preencheram os requisitos estabelecidos pela lei, sendo merecedores desse benefício. Segundo ele, a outorga de tal benefício não pode ser vista como uma arbitrariedade do Estado, sendo seu dever concedê-lo quando verificado no caso concreto a observância dos requisitos.¹³

Tal teoria recebe a crítica de ser positivista, e conseqüentemente, desvinculada de pressupostos materiais. Contudo “é a que melhor explica o fenômeno pelo qual um grupo de pessoas, com objetivos comuns, pode ter personalidade própria, que não se confunde com a de cada um de seus membros e, portanto, a que melhor segurança oferece”, nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves.¹⁴

Ao analisar o artigo 45 do código civil, fica evidente que nosso ordenamento jurídico adotou a teoria da realidade técnica. Vejamos:

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.”

¹³Gonçalves, Carlos Roberto, op. cit. p 211.

¹⁴*Ibidem.* p. 211.

Ora, o código civil condiciona a existência das pessoas jurídicas a um ato exigido pela lei, não bastando a mera vontade humana. Como afirmado por Francisco Amaral, a pessoa jurídica é a conjugação da vontade e da lei. Nesse caso, a vontade seria manifestada no estatuto social ou no contrato social. Já a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro representaria os requisitos traçados pela lei.¹⁵

1.4 Teoria institucional

Tal teoria, que teve como expoente o sociólogo e advogado francês Maurice Hauriou, não ganhou muitos adeptos no direito brasileiro. Segundo ela, uma instituição preexiste ao momento em que a pessoa jurídica nasce. Ou seja, o organismo social concreto se impõe ao reconhecimento do direito.

Francisco Amaral conclui que:

“(...) a teoria constata a existência de grupos organizados para a realização de uma idéia socialmente útil, as instituições, sendo estes grupos sociais dotados de ordem e organização próprias. Seu elemento básico é a instituição, sendo a personalidade jurídica o ponto de conexão entre o ordenamento estatal e as instituições, estas como ordenamentos autônomos. Por tal razão, a crítica que se faz a essa teoria decorre da valorização demasiada do elemento sociológico, que não corresponde integralmente ao processo do legislador, assim também como da sua unilateralidade”.¹⁶

Assim, quando a idéia de empresa se firma na consciência dos indivíduos, estes passam a atuar com consciência e responsabilidade dos fins sociais, de modo que a instituição adquire personalidade moral. E quando essa atuação dos indivíduos passa a ser vista como exercício de poder juridicamente reconhecido, a instituição adquire personalidade jurídica.

¹⁵AMARAL, Francisco, op. cit. p. 177.

¹⁶*Idem*, p. 178.

1.5 Aquisição da personalidade jurídica

Como afirmado acima, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria da realidade técnica. Nesse sentido, são dois os requisitos necessários para que uma pessoa jurídica efetivamente exista como sujeito de direitos em nosso ordenamento.

O primeiro deles é a vontade humana, ou seja, uma manifestação de vontade voltada para a instituição ou criação de um novo sujeito de direito, conforme defendido por Caio Mario.¹⁷ O segundo elemento é a conformidade com os requisitos ou prescrições da lei.

Analisando o artigo 45 do código civil, pode-se dizer que a pessoa jurídica adquire personalidade após a inscrição de seus atos constitutivos no registro competente. Encaixando tal prescrição nos requisitos da teoria, presume-se que a inscrição seria a observância dos requisitos legais enquanto a elaboração do ato constitutivo seria a manifestação da vontade humana.

1.6 Efeitos da personalização

São inúmeros os efeitos adquiridos pela pessoa jurídica a partir do momento em que ela adquire personalidade. Contudo, trataremos de alguns a título ilustrativo, considerados os mais importantes.

a) Capacidade

Com aquisição da personalidade, a pessoa jurídica adquire capacidade, tanto de direito como de fato. A capacidade de direito é a possibilidade da pessoa jurídica ser capaz de titularizar relações jurídicas, direitos e deveres na ordem civil. Já a capacidade de fato representa a possibilidade desse novo

¹⁷PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Parte geral. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. p..227.

centro de direitos e deveres de, pela sua própria vontade, praticar atos da vida civil, independentemente de assistência ou representação.

Ademais, a capacidade da pessoa jurídica é restrita. Nesse sentido, Daniel Eduardo Carcchioni sustenta que:

“A restrição da capacidade da pessoa jurídica tem relação com sua finalidade ou objetivo social. A pessoa jurídica somente pode manifestar a sua vontade naquilo que está relacionado aos seus fins e objetivos sociais, sendo que sua atuação é limitada ao objeto constante no contrato ou estatuto social. Tal restrição da capacidade é denominada pela doutrina de princípio da especialização”.¹⁸

A violação ao citado princípio da especialização configura desvio de finalidade e pode levar a desconsideração da personalidade jurídica, tema do presente trabalho, o qual será analisado de forma mais aprofundada no próximo capítulo.

b) Existência distinta dos membros que a compõe

A pessoa jurídica passa a ser um centro autônomo de interesses, distinto das pessoas que a compõe, sendo possível imputar a ela direitos e obrigações.¹⁹ Ora, se a pessoa jurídica forma um ente autônomo e independente dos membros que a compõe, conseqüentemente constituirá um patrimônio autônomo, que não se confunde com o de seus membros.

Assim, tal efeito representa a solução jurídica encontrada para solucionar alguns problemas da economia, tendo em vista que incentiva ou até mesmo viabiliza a atividade econômica, permitindo o desenvolvimento econômico almejado.

¹⁸CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. Curso de direito civil: parte geral. Institutos fundamentais. v.Únicop. 248.

¹⁹“As pessoas jurídicas tem existência distinta da dos seus membros como uma conseqüência imediata da personificação da sociedade, que passa a ser uma unidade, não obstante a pluralidade de membros; havendo, portanto, uma individualidade, de uma lado, e muitas outras individualidades isoladas, de outro lado; as quaes congregadas formam aquella outra unidade.” - SANTOS, J.M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, p. 389-390.

Ademais, esse efeito também tem grande ligação com a *disregard doctrine*, tendo em vista que a grande liberdade conferida aos empresários por meio deles abriu espaço para o cometimento de uma série de abusos, desvirtuando as empresas de seus fins iniciais.

c) Nome e Domicílio

Outro efeito importante é o nome. Ao se tornar sujeito de direito, a pessoa jurídica passa a ter direito a uma identidade, atributo decorrente da personalização. Confirma, assim, o efeito da existência distinta dos membros que a compõe, analisado acima.

Quanto ao domicílio, em que pese haver doutrinadores contrários à aplicação do conceito às pessoas jurídicas, como Savigny e Antonio Chaves, os quais defendem que a nomenclatura mais adequada seria a de sede social, concordamos com Paulo Nader, o qual destaca que: “Penso que a questão não possui profundidade, uma vez que o ânimo definitivo da pessoa jurídica é representado pela decisão de seus fundadores, que é ato intelectual revestido ainda do componente psicológico vontade”.²⁰

Complementando seu pensamento, Paulo Nader cita Roberto Ruggiero, o qual afirma que a vontade em que pese representada pela vontade humana, se tornou própria da entidade, não se confundindo mais com a vontade dos indivíduos que a compõe.

O domicílio das pessoas jurídicas é tratado expressamente em nosso código civil, em seu artigo 75. Tal dispositivo prescreve que:

Art. 75. “Quanto as pessoas jurídicas, o domicílio é: I – da União é o Distrito Federal; II - dos Estados e Territórios as suas respectivas capitais; III - do Município, o local onde funciona a administração municipal; IV - das demais pessoas jurídicas, em especial as com personalidade de direito privado, é o lugar onde funcionar as respectivas diretorias e administrações ou onde se eleger domicílio especial no respectivo estatuto ou ato constitutivo.”

²⁰NADER, Paulo, *op. cit.* p.214.

e) Autonomia Patrimonial

Outro efeito importante da personalização é a aquisição de patrimônio próprio, distinto do de seus membros componentes e que vai responder pelos atos praticados pela pessoa jurídica. Esse patrimônio próprio permite que a pessoa jurídica atue no mundo jurídico, podendo atender as finalidades e objetivos sociais para os quais foi instituída.

Vale ressaltar que dos efeitos listados, o mais atingido pela desconconsideração da personalidade jurídica é o da autonomia patrimonial, que será tratado no próximo capítulo do presente trabalho.

f) Titularidade processual

Por fim, como a pessoa jurídica passa a ser titular de direitos e obrigações, evidentemente ela pode atuar em juízo na defesa dos seus interesses, tanto no pólo ativo como no pólo passivo.

Decorre desse efeito grande discussão doutrinária a respeito da responsabilidade civil e penal da pessoa jurídica. A responsabilidade penal é prevista na Lei n. 9.605 de fevereiro de 1998, que trata dos crimes ambientais. Tal lei responsabiliza administrativa, civil e penalmente as pessoas jurídicas nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual com intuito de beneficiar a entidade.

Contudo, interessa ao trabalho a responsabilidade civil, que trataremos no tópico em seqüência.

1.7 Responsabilidade civil da pessoa jurídica

Como vimos acima, ao adquirir personalidade jurídica, a nova entidade se torna um sujeito de direito independente e autônomo, passando a responder civilmente pelos próprios atos. Desse modo, conclui-se que a responsabilidade civil da pessoa jurídica deriva da sua condição de sujeito de direitos.

A responsabilidade civil das pessoas jurídicas engloba tanto os deveres jurídicos negativos, ou seja, aqueles impostos a todos os sujeitos de direito pelo ordenamento jurídico de não lesar outrem, também conhecidos como responsabilidade extracontratual. Bem como engloba os deveres jurídicos positivos, ou seja, aqueles de adimplemento específicos, também conhecidos como responsabilidade contratual

Na órbita contratual, a responsabilidade, de caráter eminentemente patrimonial, emerge do artigo 389 do código civil de 2002. Já o código de defesa do consumidor, em seus artigos 12 e seguintes e 18 e seguintes, responsabiliza as pessoas jurídicas de forma objetiva pelo fato e por vício do produto.²¹

No campo extracontratual, a responsabilidade delitual possui previsão nos artigos 186, 187, 927, 932, III e 933, todos do código civil. Tais artigos reprimem a prática de atos ilícitos e impõe ao autor a obrigação de reparar os prejuízos causados. Cumpre destacar que o artigo 932, III do código civil, o qual tem aplicação direta para as pessoas jurídicas, prevê a responsabilidade por fato de terceiro, segundo o qual responsabiliza o empregador pelos atos de seus empregados, serviçais e prepostos quando cometidos no exercício do trabalho que lhes competir. Complementa, ainda, o artigo 933 do código civil, que essa responsabilidade é objetiva, ou seja, independe de culpa do empregador.

Ademais, arrebatada Caio Mário que toda pessoa jurídica de Direito privado responde pelos danos causados a terceiros, independentemente que tenha ou não fins lucrativos. Desse modo, a pessoa jurídica responde civilmente pelos atos de seus dirigentes ou administradores, bem como de seus empregados ou prepostos que, nessa qualidade causem dano a outrem.²²

Com essas noções iniciais acerca da personalidade jurídica, podemos adentrar no tema principal do presente trabalho, qual seja a desconsideração da personalidade jurídica.

²¹GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil esquematizado; coordenador Pedro Lenza . p. 216.

²²PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil, p. 129.

2. A desconsideração da personalidade jurídica

2.1 Histórico

Como uma alternativa para reduzir o uso abusivo, irregular e até mesmo ilegal da personalidade jurídica, surgiu nos tribunais ingleses e estadunidenses, expoentes do *common law*, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista que o objetivo do instituto estava sendo distorcido.

Foi no ordenamento inglês que a teoria do *disregard* foi pela primeira vez positivada, o que ocorreu com o Companies Act de 1929, o qual conforme Fabio Ulhoa ressalta, previa em sua seção 279 que se fosse constatada a prática de fraude contra credores ou qualquer outro tipo de fraude, a Corte, a pedido do liquidante, poderia declarar a pessoa que participou conscientemente da operação fraudulenta direta e ilimitadamente responsável pela obrigação, ou até mesmo pelo passivo total da empresa.²³

Ademais, outro marco importantíssimo para a teoria do *disregard* foi o caso *Salomon vs. Salomon & Co.*, o qual alçou a última instância da justiça britânica, a House of Lords. Tal caso se refere a um pequeno empresário que decidiu limitar sua responsabilidade pessoal incorporando sua empresa, nos termos do Companies Act de 1844.

Para isso, o Sr. Salomon registrou como sócios da empresa seus cinco filhos e sua esposa, tendo em vista a exigência de no mínimo sete sócios para o regime adotado. Ademais, ele também emprestou uma quantia de vinte mil libras para que a empresa pudesse começar suas atividades, no entanto fez com que a empresa assinasse um termo reconhecendo-o como credor preferencial em caso de insolvência.

Pouco tempo depois, a empresa enfrentou uma forte crise e logo entrou em liquidação. Foi aí que o liquidante observou que os credores não receberiam suas devidas quantias, uma vez que o patrimônio da empresa era

²³COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de direito comercial, Volume II, p. 77.

insuficiente para quitar todos os débitos, e o próprio Sr. Salomon era o credor primário. O caso foi levado para Corte Britânica e sob o fundamento de que a empresa fundada não passava de uma forma encontrada por Salomon para tirar proveito de seus credores, tendo em vista que a atividade exercida pela empresa era a mesma que ele exercia anteriormente, passou-se a discutir a desconconsideração da personalidade jurídica, tornando o caso emblemático e aquecendo a discussão sobre o tema.

Já no sistema romanista, o grande expoente da desconconsideração da personalidade jurídica foi Rolf Serick, o qual com a tese “Forma jurídica e realidade das pessoas jurídicas – contribuição de direito comparado à questão da penetração destinada a atingir pessoas ou objetos situados atrás da pessoa jurídica”, conseguiu alcançar certa sistematização da teoria.

Serick apontou como pressuposto para desconconsideração da personalidade jurídica o abuso de direito, considerado este sempre quando, através da proteção da personalidade jurídica, buscava-se frustrar a incidência de lei, descumprir obrigações contratuais ou causar danos a terceiros. Ressalta-se que, confirmando sua posição subjetivista em relação ao instituto, Serick considerava essencial que os atos acima referidos fossem praticados de forma intencional pelo agente.

No Brasil, considera-se que Rubens Requião foi o precursor do estudo da desconconsideração, tendo como inspiração os estudos de Serick. Em conferência realizada na Universidade do Paraná, publicada pela Revista dos Tribunais em 1969, Requião defendeu a aplicação da teoria sempre que a sociedade fosse utilizada com um meio para realização de fraude ou abuso de direito, considerando que a separação entre a pessoa jurídica e o sócio era uma mera simulação.²⁴

Além de Requião, merece grande destaque Lamartine Corrêa, o qual elaborou uma das obras mais completas acerca do tema, intitulada “A Dupla Crise da Pessoa Jurídica”. Corrêa estudou a fundo doutrina e jurisprudência alemãs, entendendo, assim, que existiam duas vertentes acerca da

²⁴REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica – **RT**, ano58, vol. 410. p.57.

desconsideração. A vertente ampla, designada *Durchgriff*, englobaria todos os casos de desconsideração da personalidade, por motivos de responsabilidade, patrimônio, nacionalidade entre outros. Já a vertente estrita, designada *Haftungsdurchgriff*, se consubstanciando apenas nos casos de desconsideração por responsabilidade, destacando que se aplicaria também para a desconsideração inversa, ou seja, atingindo o patrimônio da sociedade através de ato praticado pelo sócio.²⁵

Ademais, Lamartine analisou também o período de crise marcado por abusos cometidos em nome da pessoa jurídica. Para o mestre, havia duas perspectivas sobre essa crise, a primeira chamada de crise orgânica, a qual consiste na negação formal da condição de pessoa jurídica a vários agrupamentos humanos, ainda que o ordenamento jurídico assim os considerasse. E a segunda, intitulada crise de função, associada à incompatibilidade entre os fins do direito e a conduta de sócios que utilizam dos benefícios conferidos pelo ordenamento às pessoas jurídicas para praticarem fraudes.²⁶

2.2 Do direito material

A autonomia patrimonial da pessoa jurídica é o princípio que a torna sujeito autônomo de direito e obrigações, distinta das pessoas que a integram, de modo que o patrimônio pessoal dos sócios não responde pelas obrigações sociais. Quando concebida essa separação de patrimônios, ela era considerada absoluta, como nos ensinamentos de Requião, em que afirma que o “véu” da pessoa jurídica era impenetrável.²⁷

No entanto, esse caráter absoluto e intransponível da personalidade jurídica acabou propiciando a prática de atos abusivos por parte dos empresários. A pessoa jurídica e sua autonomia patrimonial passaram a ser utilizados para encobrir fraudes, abuso de direito ou desvio de finalidade social,

²⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Correia. A dupla crise da pessoa jurídica.p.283.

²⁶ *Idem*, p. 607.

²⁷ REQUIÃO, Rubens.*op. cit.*, p.62.

contrariando severamente os objetivos do ordenamento jurídico ao conceder tal benefício. Conforme Lamartine ressalta, a pessoa jurídica se tornava uma mera fachada, funcionando como escudo protetor de seus sócios.²⁸

Além do mais, com o capitalismo moderno, disseminaram-se as sociedades por ações e os grandes conglomerados, que juntamente com a forte expansão dos entes personificados, enfatizaram o uso condenável das empresas, resultando na crise da pessoa jurídica.

Diante desses fatos, houve a necessidade de se criar uma ferramenta jurídica capaz de combater o mau uso das sociedades e evitar a perpetuação de injustiças, bem como garantir a existência da personalidade jurídica, instrumento imprescindível para o Direito hodierno.

Por esse motivo, surgiu o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, o qual autoriza o Poder Judiciário a ignorar a separação existente entre sócios e sociedades, sempre que a sociedade tiver sido utilizada como mero meio para consecução de fraudes. Com isso, possibilita-se responsabilizar direta, pessoal e ilimitadamente o sócio, por obrigação que, em tese, caberia à pessoa jurídica.²⁹

Fábio Ulhoa destaca que a desconsideração da pessoa jurídica não atinge a validade do ato constitutivo, mas tão somente a sua eficácia episódica. Ou seja, caso se desconsidere a autonomia patrimonial de uma sociedade, ela continuará válida, assim como todos os atos por ela praticados. O que, no entanto, não produzirá nenhum efeito será a separação patrimonial em relação aos sócios referente ao específico caso de fraude.³⁰

Nesse mesmo sentido, Juan Dobson frisa que a desconsideração é um remédio jurídico que permite ignorar a personalidade da associação de pessoas, negando sua existência autônoma de sujeito de direitos frente a uma situação jurídica particular, em que tal medida se faz necessária.³¹

²⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *op. cit.* p. 613.

²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa.* p.153.

³⁰ COELHO, Fábio Uhoa. *op. cit.* p.153.

³¹ DOBSON, Juan. *El Abuso de la personalidad jurídica*, p. 11 .

Deve-se ressaltar, contudo, que a doutrina majoritária considera essencial para a desconsideração a ocorrência de fraude, não sendo suficiente a mera insolvência da sociedade, uma vez que o instituto estudado é instrumento de coibição do mau uso da pessoa jurídica, pressupondo, assim, o uso indevido da autonomia patrimonial. No entanto, veremos que no campo do Direito do consumidor, bem como no Direito ambiental, tal pensamento não se encaixa, existindo a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em casos de simples insolvência.

Já Fábio Konder Comparato levanta a bandeira diferente da desconsideração, em que os pressupostos para realizá-la são objetivos, como a confusão patrimonial ou o desaparecimento do contrato social. A partir daí, passou-se a chamar a primeira concepção de subjetivista e a segunda, apresentada por Konder, de concepção objetivista da desconsideração da personalidade jurídica.³²

O mestre destaca ainda que a grande vantagem da desconsideração em relação aos outros institutos de coibição de fraude, como a anulação ou dissolução da sociedade, é que ela apenas suspende a eficácia do ato constitutivo, no episódio em que houve a fraude, sem invalidá-lo, preservando, assim, a empresa e os demais interesses que ela proporciona como os empregados, a comunidade e os sócios que não participaram do ato fraudulento.³³

Nos dizeres do insigne Lamartine Corrêa, a *disregard doctrine* não visa anular a pessoa jurídica, mas sim suspender seus efeitos no caso concreto, com objetivo de proteger “boa-fé e à prevenção do abuso de direito”.³⁴

³²COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima.p.432.

³³Nesse mesmo sentido, Alexandre Ferreira Assumpção ALVES discorrendo sobre a desconsideração da personalidade jurídica reforça a idéia de que esse instituto não busca acabar com a personalidade jurídica e sim suspendê-la em casos excepcionais: “Faz-se mister sublinhar que em momento algum é suprimida a personalidade, apenas procura-se imputar aos sócios os resultados negativos que caberiam à pessoa jurídica ou ficariam irresarcidos, (...)” (ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: Um estudo de direito civil constitucional, p. 259.)

³⁴OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *op. cit.* p. 609.

Já Guilherme Fernandes Neto afirma que o instituto não objetiva “exterminar a pessoa jurídica, mas aprimorar o instituto, concedendo a segurança necessária para a sociedade e para aqueles que contratarem com a sociedade comercial”.³⁵

2.3 Teoria maior e teoria menor

Com o desenvolvimento dos estudos da *disregard*, notou-se o surgimento de duas diferentes vertentes admitidas pela doutrina brasileira, conhecidas como teoria maior e teoria menor da desconsideração da personalidade.³⁶

A teoria maior, regra geral no sistema jurídico brasileiro, exige além da prova da insolvência, a demonstração do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial para que se levante o véu da pessoa jurídica, atingindo, assim, o patrimônio dos sócios. A teoria maior, por sua vez, divide-se em objetiva e subjetiva.

A linha objetiva considera que a confusão patrimonial constitui o pressuposto necessário e suficiente da desconsideração, não importando o elemento anímico. Nesse sentido, basta a constatação de existência de bens de sócios registrados em nome da sociedade ou vice-versa, bem como que a sociedade paga dívidas do sócio ou que este receba créditos dela, para que se autorize a desconsideração da personalidade jurídica.

Já a linha subjetiva considera inafastável a presença do elemento subjetivo para que se concretize a desconsideração da pessoa jurídica, sendo necessária a demonstração do abuso da personalidade, seja através do desvio de finalidade ou da fraude.

Por outro lado, a teoria menor, acolhida em áreas específicas do nosso ordenamento jurídico, como o Direito do consumidor e o Direito ambiental, não

³⁵ FERNANDES NETO, Guilherme. Cláusulas, práticas e publicidade abusivas. p. 218.

³⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Volume 2, p. 35.

exige o elemento subjetivo referido acima, podendo ser aplicada com a mera demonstração de insolvência da pessoa jurídica para o cumprimento de suas obrigações.

Essa teoria utiliza como fundamento a idéia de que o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas sim pelos sócios ou administradores dela, ainda que tenham demonstrado conduta administrativa proba, ou seja, mesmo que não tenha havido utilização fraudulenta do princípio da autonomia patrimonial ou abuso da personalidade.

Desse modo, entendem que se a sociedade não possui patrimônio, mas o sócio é solvente, é o bastante para responsabilizá-lo por obrigações da empresa.

3. Positivção no Brasil

3.1 Desconsideração na Lei 8.078/1990

O código de defesa do consumidor foi o primeiro a positivizar a teoria do *disregard* em nosso ordenamento, sendo, portanto, de suma importância analisar o seu artigo 28, para que assim possamos discutir as inovações trazidas pelo projeto do novo código de processo civil. Vejamos:

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

Verifica-se que o caput do artigo mencionado apresenta grande preocupação em tutelar os interesses do consumidor, considerado a parte mais frágil da relação de consumo. Tal fato se comprova com a parte final da redação, na qual se abre mão de qualquer elemento subjetivo, bastando haver falência, insolvência ou fim da pessoa jurídica por motivo de má administração, dolosa ou não.

Importante ressaltar que quando o código se refere a abuso de direito, interpreta-se como a prática de atos que contrariam a finalidade social a que se destina a pessoa jurídica. Nesse sentido, Guilherme Fernandes Neto destaca que a desnecessidade de fraude para desconsiderar a personalidade jurídica não foi uma inovação trazida pela legislação consumerista, sendo ela já realizada em casos em que se verificava o uso abusivo da entidade, considerando tal fato uma “punição da disfunção”.³⁷

Analisando o parágrafo 5º do artigo 28, Claudia Lima Marques conclui nesse mesmo sentido, afirmando que a previsão ampla de promover a desconsideração sempre que a personalidade jurídica for obstáculo ao

³⁷FERNANDES NETO, Guilherme. O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor: cláusulas, práticas e publicidade abusivas. p.188.

ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo consumidor deixa bem claro o viés protetivo adotado pelo código.³⁸ Vejamos:

§ 5º “Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculos ao ressarcimento de prejuízos causados ao consumidor.”

Dessa forma, pode-se afirmar que a Lei consumeirista adotou a teoria menor da desconsideração, abarcando todas as hipóteses detectadas no direito comparado e na experiência jurisprudencial brasileira sobre o tema, exigindo pouquíssimos requisitos para tanto. Sendo o parágrafo 5º totalmente genérico, sua interpretação leva a deduzir que, ainda que não praticado nenhum ato ilegal elencado no caput do artigo por parte da pessoa jurídica, a desconsideração deve ser aplicada.

Claudia Lima Marques defende que a desconsideração da personalidade jurídica deve ser estendida a toda e qualquer situação em que a pessoa jurídica não disponha de patrimônio para satisfazer suas obrigações perante os consumidores.

A doutrinadora fundamenta seu ponto de vista no inciso IV do artigo 6º do código de defesa do consumidor, o qual garante ao consumidor o direito a efetiva reparação aos danos sofridos, bem como no princípio da confiança, o qual não deve somente garantir a qualidade dos produtos colocados no mercado, mas também assegurar a efetiva reparação dos danos decorrentes da relação de consumo.³⁹

Destaca-se também o posicionamento de Paulo Khouri, o qual adota um posicionamento mais cauteloso. Segundo ele, a desconsideração da personalidade jurídica não deve ser aplicado a todos os casos em que a pessoa jurídica não disponha de patrimônio para garantir as reparações, mas

³⁸ MARQUES, Claudia Lima - *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. p.637.

³⁹ É o princípio da confiança, instituída pelo CDC, garantindo não só a qualidade dos produtos colocados no mercado, mas assegurando também, como dispõe o art. 6º, VI, a efetiva reparação dos danos sofridos pelos consumidores, mesmo que, para isto, casuisticamente, se deva desconsiderar um dos maiores dogmas do direito comercial e civil. - MARQUES, Cláudia Lima (*et alli*). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 442.

somente quando se verificar um acidente de consumo e a respectiva pessoa jurídica não possuir patrimônio para cobrir os danos causados.⁴⁰

Por fim, apresenta-se o ponto de vista de Fabio Ulhoa e Zelmo Denari, o qual ousamos discordar. Tais doutrinadores sustentam que o veto realizado no parágrafo 1º deveria recair sobre o parágrafo 5º, uma vez que toda a argumentação jurídica do veto, no sentido de evitar o alargamento exagerado da *disregard*, foi dirigida a ele.⁴¹

Nesse sentido, Fabio Ulhoa afirma que o parágrafo 5º torna o caput totalmente inútil e praticamente elimina a autonomia patrimonial das sociedades empresárias, uma vez que qualquer dano sofrido pelo consumidor autorizaria a responsabilização dos sócios por meio da desconsideração da personalidade jurídica.⁴²

No entanto, consideramos que tal entendimento está equivocado. A Constituição da República estabelece a defesa do consumidor como um princípio, que deve prevalecer na interpretação e até mesmo na elaboração das leis. Considera o consumidor hipossuficiente, vulnerável, devendo ser prestada a ele integral e incondicionada proteção do ordenamento jurídico.

Destacamos o escólio de Rizzato Nunes, segundo o qual o parágrafo 5º tem como objetivo deixar claro que as hipóteses que permitem a desconsideração da personalidade jurídica estampadas no caput são meramente exemplificativas, levando em conta que o objetivo da Lei é garantir o ressarcimento do consumidor.⁴³

⁴⁰KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor e Juízo*, p. 198-199.

⁴¹“De fato, não há referibilidade alguma entre as razões de veto e a disposição contida no parágrafo vetado, que se limita a indicar quais administradores deverão ser pessoalmente responsabilizados na hipótese de acolhimento da *desconsideração*.” (DENARI, Zelmo (*et alli*). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do anteprojeto*, p. 213.

⁴²COELHO, Fabio Ulhoa *op.cit.* p.51.

⁴³ NUNES, Luis Antonio Rizzato. *Curso de direito do consumidor*, p. 787.

No mesmo sentido, Guilherme Fernandes Neto aponta que a lei consumerista não se preocupa em verificar a ocorrência de qualquer elemento subjetivo, mas tão somente em garantir o ressarcimento ao consumidor.⁴⁴

Nesse sentido também tem se posicionado a jurisprudência, aplicando o parágrafo 5º do artigo 28 do código de defesa do consumidor sempre que a pessoa jurídica se tornar um obstáculo ao ressarcimento dos danos por ela causados ao consumidor. Destacamos parte do acórdão de relatoria do Ministro Paulo de Tarso de Sanseverino⁴⁵, segundo o qual:

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

Ademais, Guilherme Fernandes Neto afirma que inexistente suporte jurídico para defender uma tipologia taxativa do caput do artigo 28 do código de defesa do consumidor para as hipóteses ensejadoras da aplicação da teoria da *disregard*, em função da amplitude que o parágrafo 5º do mesmo artigo confere ao tema.⁴⁶

3.2- Desconsideração no código civil

Somente com o código civil de 2002 que foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro uma regra geral acerca da *Disregard Doctrine*. Antes somente se tinha previsão nos microsistemas, como o Direito do consumidor acima analisado, na Lei de crimes ambientais e na Lei do CADE.

Nesse sentido, o enunciado n.º 51 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, determinou que a positivação da teoria da desconsideração pelo novo código civil, este como regra geral do direito

⁴⁴ FERNANDES NETO, Guilherme. *op. cit.* p. 189.

⁴⁵ REsp 737.000/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 12/9/2011.

⁴⁶ FERNANDES NETO, Guilherme. Cláusulas práticas e publicidade abusivas. p. 222.

privado, não alteraria as previsões contidas nos microssistemas e nem as construções jurídicas existentes sobre o tema.

“Enunciado 51 do CJF – Art. 50: a teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard doctrine* – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema.”

Em sede do código civil, não há que se falar em relação entre desiguais. Diferentemente do campo consumerista, no qual realmente se tem uma parte muito mais poderosa que a outra, na área do Direito civil as relações se dão entre iguais em força de interesses, o que possibilita que cada um produza a prova que considere necessária mais facilmente. Por tal razão, a demonstração do abuso da personalidade jurídica se torna essencial para aplicação da *disregard* nas causas de direito privado.

Inicialmente, a desconsideração foi positivada no artigo 49 do Anteprojeto de Lei referente ao atual código civil. Tal artigo foi duramente criticado pela doutrina pátria, tendo em vista que impunha a dissolução da pessoa jurídica. Vejamos o comentário de Lamartine Corrêa a respeito do anteprojeto enviado ao Congresso:

“O que não se concebe, porém, é que, para se sanar a lesão de que a pessoa jurídica foi vítima, pois seu nome foi utilizado, em proveito próprio, por sócios ou administradores desonestos, seja a pessoa jurídica dissolvida. E é isso, nada mais, nada menos, que é autorizado pelo ‘caput’ do mencionado artigo 49, que permite a dissolução da pessoa jurídica de que se abusou, a requerimento do lesado ou do Ministério Público, e por decisão judicial. Cura-se a doença cortando-se a cabeça do doente. Acode-se ao lesado tirando-se-lhe a vida. Urge retirar ao Anteprojeto o perigoso radicalismo dessa sanção da dissolução”.⁴⁷

Diante das severas críticas, abandonou-se a idéia de dissolução da sociedade empresária e deu-se nova redação ao artigo encarregado de

⁴⁷A parte geral do anteprojeto de Código Civil, Revista dos Tribunais n.º 466, ano 63, agosto de 1964, p. 276.

discorrer sobre o tema, o qual foi relacionado com o número 50 em sua redação final do código civil de 2002.

Assim, analisando o artigo 50 do código civil, verifica-se que este claramente adotou a teoria maior da desconsideração, exigindo como requisito para desconsideração da personalidade jurídica o abuso da personalidade, que se materializa através do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial.

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.”

Analisando o artigo acima exposto, Guilherme Fernandes conclui que o código civil adotou o abuso como essencial para desconsideração, em consonância com a vertente doutrinária que defende que a *disregard* é “um capítulo do abuso do direito e dentro desse sistema deve ser investigado e invocado, positivando como principal critério o desvio da finalidade, princípio fundamental que se contrapõe a essa manifestação antissocial do direito”.⁴⁸

A confusão patrimonial, nos ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias ocorre nas hipóteses em que o sócio utiliza o patrimônio da empresa para realizar pagamentos pessoais ou vice-versa, violando a separação de atividades entre empresa e sócio. Já o desvio de finalidade seria uma fuga dos objetos sociais da pessoa jurídica, causando direta ou indiretamente prejuízo a terceiros.⁴⁹

Ademais, cumpre ressaltar que o código civil exige o requerimento da parte para se aplicar a desconsideração da personalidade jurídica, não podendo esta ser aplicada de ofício pelo juiz. O requerimento deve ser feito pela parte interessada ou pelo Ministério Público nas causas em que ele atua como *custus legis*.

⁴⁸FERNANDES NETO, Guilherme. Cláusulas, práticas e publicidade abusivas. p. 30.

⁴⁹FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. Direito civil : teoria geral. p.386.

Restou clara, então, a diferença entre o artigo 28 do código de defesa do consumidor e o artigo 50 do código civil. Como já analisado, o primeiro se identificou mais com a teoria objetivista, também chamada de teoria menor, enquanto o código civil adotou posicionamento da teoria subjetivista, também conhecida como teoria maior. Contudo, o código civil é a regra geral do Direito privado, sendo aplicado, portanto, de forma subsidiária e complementar às relações de consumo.

4. Do direito processual

Chegamos agora à parte principal do nosso trabalho, qual seja analisar os aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica, apresentando as características atuais e as inovações trazidas pelo novo código de processo civil.

Inicialmente, cumpre destacar que a parte processual utilizada hoje em dia é puramente doutrinária e jurisprudencial, não havendo nenhuma positivação acerca da *disregard doctrine*. Por tal motivo, a positivação do tema, como forma de incidente, bandeira defendida por Freddie Didier, o qual participou ativamente da elaboração do novo código, ganhou grande destaque entre as mudanças trazidas pela referida compilação.

Ademais, a ausência de parâmetros e limites legais quanto à aplicação da *disregard* abriu margem para a prática de abusos por parte dos operadores do direito. Não é raro verificarmos o nosso poder judiciário aplicando a *disregard doctrine* de modo excessivo, tratando-a como regra geral e desconsiderando a personalidade jurídica sem muito rigor técnico e científico, contrariando sistematicamente a idéia do instituto e colocando em risco o instrumento da pessoa jurídica, criado para dar seqüência lógica ao desenvolvimento econômico.⁵⁰

Assim, com o intuito de evitar uma futura e potencial fraude e motivados pelo princípio da celeridade, magistrados frequentemente se antecipam a Lei e acabam desconsiderando a personalidade jurídica sem verificar a ocorrência dos requisitos para tanto, causando grande insegurança em relação à autonomia patrimonial concedida às entidades empresariais, fundamental para expansão da economia.

⁵⁰Nesse sentido: “O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, ao tempo da legislação processual anterior, admitia a desconsideração da personalidade jurídica sem prévia citação daqueles que seriam atingidos pelos efeitos da decisão, diferindo-se o contraditório (STJ, Resp 1266666/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09.08.2011) Esse entendimento, porém, contraria frontalmente o modelo constitucional de processo brasileiro, já que admite a produção de uma prova que afeta diretamente os interesses de alguém sem que lhe seja assegurada a possibilidade de participar com influência na formação do aludido pronunciamento judicial...”, Alexandre Freitas Câmara *in Breves comentários ao novo código de processo civil – WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et al)*. p.425.

Por outro lado, a ausência de regras procedimentais sobre a desconsideração causa insegurança aos cidadãos de bem, uma vez que não possuem parâmetros legais para se apegarem ao propor a desconsideração de uma pessoa jurídica que foi utilizada como instrumento para prática de fraudes, bem como não possuem embasamento para recorrer de uma decisão judicial injusta.

Verifica-se, desse modo, a grande necessidade de uma legislação procedimental sobre o tema, fundamental para garantir a segurança da autonomia patrimonial das empresas e conferir credibilidade, fomentando o desenvolvimento comercial, sem deixar de proteger também terceiros de boa-fé que eventualmente sejam prejudicados por atos fraudulentos cometidos sob a proteção da personalidade jurídica.

Ressalta-se que a decisão que desconsidera a personalidade jurídica não desconstitui, não se tratando de uma tutela jurisdicional constitutiva negativa, mas tão somente declaratória. Tal dispositivo jurisdicional declara o principal efeito da aquisição da personalidade jurídica, qual seja autonomia patrimonial, ineficaz no caso concreto analisado.⁵¹

Deve-se buscar adequar a *disregard doctrine* às especificidades da nossa sociedade, bem como ao ordenamento em vigor, evitando-se uma generalização do instituto, o qual não pode perder sua característica de excepcionalidade. O novo código de processo civil, atento a essa necessidade positivou o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Nesse sentido, consideramos importante analisar alguns dos principais pontos controvertidos acerca da *disregard doctrine* e que foram levados em consideração na elaboração do projeto do novo código de processo civil, representando a preocupação do legislador em tutelar de forma correta e coerente a autonomia patrimonial das empresas. Apresentaremos o posicionamento adotado pelo novo código de processo civil, o posicionamento divergente, caso exista, e a singela opinião de quem escreve esse trabalho.

⁵¹FERNANDES NETO, Guilherme. Cláusulas, práticas e publicidade abusivas. p.32.

4.1 Do momento ou procedimento processual em que é cabível a desconsideração.

Um tema que certamente foi alvo de discussão durante a elaboração do novo incidente de desconsideração da personalidade jurídica foi em relação aos procedimentos em que se permitiria instaurar esse incidente e também o momento processual adequado.

Nesse sentido, restou clara a existência de três correntes doutrinárias. A primeira defendendo que somente seria possível aplicar a desconsideração nos processos de conhecimento, de forma autônoma, ou seja, exigindo-se uma ação autônoma para obtenção de um título executivo judicial. Já a segunda vertente, defendendo a aplicação por meio de incidente processual, sustenta a possibilidade de aplicar a desconsideração no processo de conhecimento, execução e cumprimento de sentença, excetuando-se somente os procedimentos cautelares. Por fim, a terceira corrente, sob o argumento de se tratar de mero incidente, defende o cabimento da desconsideração também nos procedimentos cautelares, tendo em vista que este poderia ser resolvido por despacho.

Frisa-se que o incidente pode ser arguido em qualquer tipo de processo, seja ele contencioso ou não contencioso.⁵² Ademais, não há prazo prescricional para arguição da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que se trata de um direito potestativo.⁵³

Ao analisar a redação final da Lei 13.105, em seu artigo 134, observa-se a clara limitação das situações processuais em que se admite a instauração do incidente. Verifica-se que o código adotou a segunda corrente acima explanada, admitindo a desconsideração em todas as fases do processo de

⁵² Souza, Artur César de. *op. cit.* p. 748.

⁵³ De acordo, o seguinte julgado: (...) 3. Correspondendo a direito potestativo, sujeito a prazo decadencial, para cujo exercício a lei não previu prazo especial, prevalece a regra geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade, segundo a qual os direitos não se extinguem pelo não-uso. Assim, à míngua de previsão legal, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, quando preenchidos os requisitos da medida, poderá ser realizado a qualquer tempo. (...). (REsp) 1312591/RS Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, quarta turma, julgado em 11/06/2013, DJe 01/07/2013).

conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título extrajudicial.

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

Analisando este artigo, Nelson Nery acrescenta que “a descon sideração pode ser pedida praticamente em qualquer momento processual – e a possibilidade se estende tanto ao processo de conhecimento quanto ao processo de execução”.⁵⁴

O projeto original do novo código nada dispunha sobre os procedimentos ou fases processuais em que se poderia instaurar o incidente em tela. Contudo, na proposta em que foi aprovado, o legislador fez questão de mencionar expressamente as hipóteses admitidas, como o cumprimento de sentença, por exemplo, e, a nosso ver, propositalmente deixou de mencionar os procedimentos cautelares.

Tudo bem que o processo cautelar deixa de ser uma espécie processual autônoma no novo código, contudo, as medidas cautelares quando tratadas em conjunto com as medidas de urgências satisfativas continuam existindo, e muitas das vezes como objeto de uma fase antecedente ao processo de conhecimento.

Assim, como não foram mencionadas as situações de urgência acima referidas, consideramos que o entendimento adotado pelo código não foi o mais correto. Deve-se considerar que muitas das vezes a medida urgente necessária é a própria descon sideração da personalidade e o bloqueio de bens do sócio que fez mal uso da sociedade. Por tal motivo, acreditamos que o código deveria prever, mesmo que com regras específicas para as situações de urgência, a possibilidade de descon sideração da personalidade em medidas cautelares.

⁵⁴ NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. Novo CPC. Lei 13.015/2015. p. 574.

4.2 Da necessidade de provocação pela parte ou pelo Ministério Público

Outro tema bastante discutido foi a necessidade de provocação pela parte ou Ministério Público quando couber sua intervenção no processo, ou se seria possível o juiz instaurar *ex officio* o incidente de desconconsideração. O novo código de processo civil adotou claramente o posicionamento da necessidade de provocação pela parte ou pelo Ministério Público, retirando a possibilidade de instaurar o incidente de ofício pelo juiz, o que pode ser comprovado pelo caput do seu artigo 133.

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

O artigo 50 do código civil realmente faz menção à necessidade do requerimento pela parte ou pelo Ministério Público acerca da desconconsideração. Os defensores dessa teoria utilizam como argumento para embasar sua linha de raciocínio o artigo 2º do código de processo civil ainda em vigor, o qual exige o requerimento pela parte interessada para que o juiz preste a tutela jurisdicional. Nesse sentido, afirmam que desconsiderar a personalidade jurídica de ofício pelo juiz feriria o princípio da inércia judicial, sendo inadmissível.⁵⁵

Por outro lado, o artigo 28 do código de defesa do consumidor, já analisado, não exige a provocação pela parte ou pelo Ministério Público. Nesse sentido, a possibilidade de o juiz instaurar de ofício o incidente de desconconsideração representa uma maior proteção à parte vulnerável da relação de consumo, efetivando o princípio da isonomia. Além disso, o código consumerista é uma norma de ordem pública, o que permitiria a desconconsideração de ofício, sem falar que a proteção do consumidor pelo Estado é um comando constitucional. Dessa forma, a provocação pela parte ou pelo Ministério Público como um requisito essencial para aplicação da *disregard* pode prejudicar a defesa dos interesses dos consumidores.

⁵⁵FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson, *op. cit.* p.289 e 290.

Segundo Artur César de Souza os pressupostos para desconconsideração devem ser aqueles previstos na legislação material. Logo, ao código de processo civil seria mais prudente apenas regular o procedimento para desconconsideração.⁵⁶

Analisando todos esses argumentos, consideramos que o mais adequado teria sido que o novo código pelo menos abrisse a possibilidade de se aplicar o *disregard ex-officio*, mesmo que apresentasse como exigência para tal o tratamento por lei específica.

Nesse mesmo sentido, o escólio de Luiz Guilherme Marinoni, segundo o qual “a lei só alude ao incidente feito a requerimento da parte ou do Ministério Público. Nada impede, porém, que o juiz dê início ao incidente também de ofício sempre que o direito material não exigir a iniciativa da parte para essa desconconsideração”.⁵⁷

Ademais, vale ressaltar que existe posicionamento doutrinário contrário. Dentre eles, destacamos Nelson Nery⁵⁸, que entende pela impossibilidade da aplicação da desconconsideração *ex officio*, considerando necessária a provocação pela parte ou pelo Ministério Público.⁵⁹

4.3 Do devido processo legal, contraditório e ampla defesa: uma nova ação ou incidente?

⁵⁶ Souza, Artur César de. Código de processo civil: anotado, comentado e interpretado: parte geral (arts 1 a 317), v.I. p. 730.

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. p.208.

⁵⁸ NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit. p. 571.

⁵⁹ Nesse sentido, “O dispositivo esta em plena consonância com o que dispõe o art. 50 do CC/2002, que expressamente exige provocação da parte (ou do Ministério Público) para a desconconsideração da personalidade jurídica, mas vem eliminar o risco de que, nas causas regidas pela legislação consumista, se desse ao art. 28 do CDC interpretação no sentido de que ali seria possível desconsiderar-se *ex officio* a personalidade jurídica. Fica claro, então, que a desconconsideração da personalidade jurídica jamais poderá ser decretada de ofício, dependendo sempre de provocação”, Alexandre Freitas Camara *in Breves comentários ao novo código de processo civil – WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et al)*. p.426.

Outro tema que gera grande discussão na doutrina foi a forma que o *disregard* deveria ser aplicado. Duas grandes correntes se destacaram nesse tema, a primeira defendendo que seria necessária uma ação autônoma para desconsiderar a personalidade jurídica e a segunda defendendo que ela poderia ser realizada por mero incidente processual.

Ora, nem precisamos comentar qual corrente foi adotada pelo novo código de processo civil. Contudo, convém analisar os principais argumentos de cada teoria, para que possamos ao fim entender o motivo pelo qual o código adotou a forma incidental e quais as peculiaridades desse novo incidente que passará a vigorar em nosso ordenamento.

Inicialmente, cumpre destacar que raríssimas vezes se consegue visualizar a necessidade de desconsideração da personalidade jurídica no momento em que surge a obrigação por parte da pessoa jurídica, ou mesmo ao longo de um processo de conhecimento manejado contra essa sociedade. O credor, via de regra, somente vai constatar a necessidade da desconsideração nos processos de execução ou cumprimento de sentença, quando descobre que houve abuso da personalidade jurídica, sendo de seu interesse alcançar os bens dos sócios ou administradores.

Surge então o questionamento a respeito de qual modelo garantiria maior possibilidade de defesa por parte dos sócios, os quais seriam afetados pela desconsideração: aplicá-la de modo incidente, por decisão interlocutória ou aplicá-la em uma ação autônoma, com sentença e tudo mais?

Defensores da primeira vertente sustentam a impossibilidade de aplicar a *disregard* através de mero despacho ou decisão interlocutória, alegando que tal prática feriria o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Por esse motivo, afirmavam que a desconsideração devia ser realizada através de uma nova ação de conhecimento, autônoma à ação de execução, na qual seria necessário haver a citação dos sócios e da própria pessoa jurídica, propiciando amplo contraditório.

Nesse sentido, Osmar Vieira da Silva, cujo entendimento segue a linha de que a responsabilização do sócio deve decorrer de sentença judicial

condenatória, proferida em ação de conhecimento, na qual o sócio ou administrador seja parte ou litisconsorte.⁶⁰ Fabio Ulhoa Coelho possui orientação similar, afirmando que a desconsideração não pode ser decidida pelo juiz por simples despacho em ação de execução.⁶¹

A segunda vertente, por outro lado, entende que a *disregard* pode ser aplicada na forma de incidente, bastando a intimação dos sócios ou administradores para se instaurar o contraditório. Invocando os princípios da efetividade e da instrumentalidade, os defensores desse posicionamento alegam que a necessidade de suspender uma execução por não encontrar bens suficientes para quitar a dívida no patrimônio da pessoa jurídica, e assim, ajuizar uma nova ação de conhecimento para formar um título jurídico desconsiderando a personalidade jurídica, seria extremamente moroso, colocando em risco a efetividade do processo e causando uma possível descrença no Poder Judiciário.

Nesse sentido, temos grandes doutrinadores, como Gilberto Gomes Bruschi, o qual sustenta a desnecessidade de uma ação de conhecimento autônoma para a desconsideração.⁶² Bem como Gladstone Mamede, o qual entende ser possível a desconsideração por meio de uma ação de conhecimento, no entanto não a considera um requisito essencial para que se atinja esse objetivo.⁶³

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão reconhecendo a desnecessidade de uma ação de conhecimento própria para a desconsideração da personalidade jurídica.⁶⁴

Ao analisar a redação final do novo código de processo civil, observa-se que foi adotada a forma de incidente para se desconsiderar a personalidade jurídica. Contudo, verifica-se que o legislador levou em consideração as críticas impostas pela primeira vertente, de modo que apesar de adotar a forma de incidente, apresentou como requisito a citação das partes e não mera

⁶⁰SILVA, Osmar Vieira - Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais. p. 204.

⁶¹COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.* p.55.

⁶²BRUSCHI, Gilberto Gomes. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. p. 39.

⁶³MAMEDE, Gladstone. Direito empresarial brasileiro. p. 271 – 273.

⁶⁴STJ- RESP 228357 – Relator Ministro Castro Filho, DJ de 02/02/2004.

intimação, sendo resolvida por meio de decisão interlocutória, passível de ser desafiada por Agravo de Instrumento.

Destaca-se que a exigência de citação dos sócios garante o devido processo legal e a ampla defesa mesmo àquele que tenha agido de má-fé, respeitando a própria essência do processo jurisdicional moderno, que é o contraditório.⁶⁵

Desse modo, concordamos com o posicionamento recepcionado pelo código, que, apesar de inovar, acolheu os melhores argumentos de cada vertente analisada, de forma a preservar os diversos princípios constitucionais envolvidos, quais sejam: contraditório, ampla defesa, devido processo legal, efetividade, celeridade entre outros.

4.4 A desconsideração inversa

Ao analisar o parágrafo segundo do artigo 133 do novo código de processo civil, verifica-se que o legislador positivou a chamada desconsideração inversa da personalidade jurídica, que recebe esse nome em função da alteração do pólo de interesse na aplicação da *disregard*. Enquanto na desconsideração que ousamos chamar de tradicional busca-se atingir o patrimônio pessoal dos sócios em razão de atos praticados pela sociedade, na desconsideração inversa objetiva-se atingir o patrimônio da sociedade em razão de atos praticados pelo sócio, em sua esfera pessoal.

Apesar da inversão, a fundamentação para aplicar a desconsideração inversa é a mesma da tradicional, necessitando da demonstração de abuso da personalidade jurídica, seja por meio de desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

O instituto da desconsideração inversa da personalidade jurídica representa uma tentativa por parte do legislador de confirmar o aspecto moral no ordenamento jurídico, coibindo uma prática que vinha crescendo

⁶⁵Souza, Artur César de. *op. cit.* p. 751.

exageradamente, qual seja a transferência de bens particulares dos sócios para o patrimônio da sociedade, com a finalidade de prejudicar credores e, mais imoral ainda, frustrar uma herança, ou mesmo a partilha de bens num eventual dissociação conjugal.

Em que pese grande parte da doutrina citar que a inversão somente seria cabível no direito de família ou sucessões como Farias e Rosenvald, Guilherme Fernandes Neto, em sua obra acrescentou que a inversão também deve ser aplicada na seara consumista, quando o consumidor for lesionado por um ato praticado por um dos sócios da empresa.⁶⁶

Ademais, a jurisprudência, em consonância com a doutrina, também já havia aprovado a desconsideração inversa, conforme restou claro na respeitável decisão proferida no Recurso Especial nº 948.117/MS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a qual afirmou que a partir de uma interpretação teleológica do artigo 50 do código civil poder-se-ia atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, desde que observados os requisitos previstos na norma.

Assim, entendemos que a positivação da desconsideração inversa da personalidade jurídica pelo novo código de processo civil representa grande avanço em nosso ordenamento, uma vez que acolhe orientação tanto da doutrina como da jurisprudência, bem como fortalece o combate a prática imoral de empresários, impugnada pelo direito e pela moral.

Nelson Nery alerta que o instituto da desconsideração inversa deve ser aplicado com moderação e cuidado, “sendo cabível apenas nos casos em que, pela participação do devedor, a sociedade se torna uma mera extensão da pessoa física”.⁶⁷

4.5 Breve síntese procedimental do novo incidente de desconsideração da personalidade jurídica

⁶⁶FERNANDES NETO, *op. cit.* p. 185.

⁶⁷ NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *op. cit.* p. 572.

De acordo com o novo código de processo civil, sempre que requerida a desconsideração da personalidade jurídica, esta deve ser recebida como forma de incidente processual, exceto quando o pedido for realizado na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica. Ressalta-se que o incidente é cabível nas fases de conhecimento, cumprimento de sentença e execução de título extrajudicial, inclusive nos processos de competência dos juizados especiais, conforme previsão do artigo 1.062 do diploma em comento, *in verbis*: “O incidente de desconsideração da personalidade jurídica aplica-se ao processo de competência dos juizados especiais.”

A partir da instauração do incidente, o processo principal será suspenso, uma vez que ele possui característica prejudicial, devendo ser julgado antes do mérito, e a pessoa jurídica será citada para apresentar sua defesa, bem como requerer a produção de provas que entender cabíveis e relevantes no prazo de quinze dias.

Finalizada a instrução, se houver necessidade, o incidente será finalizado por meio de uma decisão interlocutória, a qual poderá ser atacada através de agravo de instrumento. Destaca-se a hipótese do parágrafo único do artigo 136, em que caso o incidente tenha sido apreciado pelo relator, em segunda instância, o recurso cabível será o agravo interno.

Ademais, vale ressaltar que o incidente não pode ser conhecido de ofício pelo juiz, devendo ser provocado pela parte ou pelo Ministério Público, quando este tiver que intervir no processo. Outra previsão importante é a do artigo 137, que prevê que a alienação ou oneração de bens havida em fraude a execução será ineficaz em relação ao requerente da desconsideração, caso esta seja acolhida. Destaca-se que nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução passa a existir a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar, conforme o parágrafo terceiro do artigo 792 do novo código.

Art. 137. “Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.”

Art. 792. “A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

§ 3º Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar.”

Por fim, caso uma pessoa não tenha feito parte do incidente de desconsideração, mas mesmo assim sofrer constrição de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica poderá requerer seu desfazimento por meio de embargos de terceiro, conforme previsão do inciso III do artigo 674.

5. Conclusão

Dentre as inúmeras criações do Direito, ousamos afirmar que a personalidade jurídica foi uma das mais relevantes e louváveis. Revolucionando o Direito empresarial e atendendo às necessidades da realidade social, principalmente dos comerciantes, que clamavam por uma forma de unir esforços para viabilizar suas atividades de maneira reconhecida pelo ordenamento jurídico, criou-se o instituto da pessoa jurídica.

A autonomia e independência conferidas às sociedades através do instituto da pessoa jurídica permite que elas possuam personalidade distinta, que não se confunde com a individualidade dos membros que a constituem, bem como patrimônio próprio, tornando-as pessoalmente responsáveis pelas obrigações que vierem a contrair. Nesse ponto, extrai-se a importância do referido instituto para o Direito, uma vez que ele torna a atividade empresarial mais convidativa e factível, estimulando sua prática.

Com a garantia de que não terão o patrimônio pessoal afetado por algum eventual infortúnio, típico das atividades de risco, os empresários ou potenciais empresários se encorajam a investir, expandindo ou criando novas empresas, fomentando, assim, o desenvolvimento econômico do país.

Contudo, com o passar do tempo começou-se a verificar a má utilização do instituto, sendo este aplicado para a prática de atos fraudulentos ou abusivos. Empresários passaram a esconder sob o “véu” da personalidade jurídica objetivos incongruentes com a respectiva finalidade social, manuseando as sociedades como meio de adquirir benefícios pessoais e não responder por eventuais dívidas. Conforme salientado, Lamartine Corrêa trata o fenômeno como a crise de função da pessoa jurídica, associando-o a incompatibilidade entre os fins do direito e a conduta de sócios que utilizam dos benefícios conferidos pelo ordenamento às pessoas jurídicas para cometerem fraudes.

Ora, por mais que o instituto da pessoa jurídica seja imprescindível para nossa sociedade, não se pode aceitar a perpetuação de práticas fraudulentas e abusivas como as acima expostas, as quais violam todas as bases

princípios do ordenamento jurídico. Surge aí a necessidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como uma forma de impor limites e reprimir o desvio de função das empresas, praticado através de fraudes e abuso de direito.

Ressalta-se que o objetivo da desconsideração não é expungir do ordenamento a figura da pessoa jurídica. Pelo contrário, tal teoria visa justamente garantir a existência e preservação da pessoa jurídica, evitando que ela seja deturpada de seu escopo inicial e evitando também que credores das sociedades não levem prejuízos por atividades ilícitas praticadas pelos sócios. Dessa forma, a desconsideração consiste tão somente em uma sustação episódica da separação patrimonial entre sócios e empresa, se aplicando ao caso concreto levado ao judiciário.

Em que pese haver positividade da parte material da *disregard doctrine* em nosso ordenamento, tanto em legislações especiais a exemplo do código de defesa do consumidor e da Lei de crimes ambientais, como no código civil, não havia nenhuma norma processual sobre o tema, provocando inúmeras divergências jurisprudenciais, e em muitas vezes certo excesso ao aplicar o instituto, desvirtuando-o do seu fim primordial.

A relevância do instituto juntamente com o fato de não haver nenhuma positividade referente a parte processual da *disregard* em nosso ordenamento antes do novo código de processo civil, despertou interesse em analisar esse tema de forma mais detalhada e elaborar o presente trabalho.

O novo incidente de desconsideração da personalidade jurídica supre uma grande lacuna existente no Direito brasileiro, definindo os procedimentos e regras a serem seguidas ao se desconsiderar a personalidade jurídica, impondo limites tanto aos operadores de direito como aos empresários, que eventualmente estariam dispostos a praticar fraudes.

Ao longo do trabalho, apresentamos os pontos que mais provocaram debates entre os doutrinadores e a jurisprudência ao elaborar o novel Incidente, mostrando ao leitor como que o legislador chegou à forma final positivada no novo código e emitindo uma singela crítica.

Verifica-se que de forma geral o novel incidente conseguiu atender de forma satisfatória aos apelos doutrinários e jurisprudenciais, regrado o instituto da maneira que melhor se encaixa ao nosso sistema jurídico.

Dessa forma, consideramos importante destacar os casos em que não concordamos com a opção escolhida pelo legislador. Primeiramente, acreditamos que impedir a desconsideração da personalidade em medidas cautelares foi um pequeno erro, pois muitas das vezes a medida urgente necessária é a própria desconsideração da personalidade e o bloqueio de bens do sócio que fez mau uso da sociedade.

Além disso, a exigência de provocação pela parte ou pelo Ministério Público como requisito para desconsideração da personalidade jurídica, foi, a nosso ver, certo excesso por parte do legislador. Em nossa opinião, dever-se-ia deixar esse assunto para parte material, sendo regrada por cada área, de forma geral pelo código civil, bem como de maneira especial pelo código de defesa do consumidor ou por qualquer outra lei extravagante.

Ademais, tais críticas não retiram os créditos do novo incidente, o qual deve ser considerado um importante passo dado pelo nosso ordenamento no sentido de assegurar o devido processo legal e a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: Um estudo de direito civil constitucional. In TEPEDINO, Gustavo (coord.) Problemas de Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARAL, Francisco. Curso de Direito Civil: Introdução, 4ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARBOSA, Andrea Carla. FUX, Luiz. O novo processo civil brasileiro. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2011.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil: parte geral. Institutos fundamentais*. vol. único. 2ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa. 22ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2010.

_____.Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa.16. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

DENARI, Zelmo; et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do anteprojeto: comentados pelos autores do antiprojeto, 7. ed., Rio de Janeiro. Editora Forense Universitária, 2001.

DIDIER, Fredie Jr. no artigo: Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica.

DOBSON, Juan. El Abuso de la personalidad jurídica. Depalma, 1985.

FARIAS, Cristiano Chaves de & ROSENVALD, Nelson. Direito Civil. Teoria Geral. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2009.

FERNANDES NETO, Guilherme. O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor: cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

_____. Cláusulas, práticas e publicidade abusivas. São Paulo: Atlas, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Parte Geral. 10 ed. São Paulo, Saraiva 2012.

_____. Direito civil esquematizado; coordenador Pedro Lenza. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor e Juízo*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MAMEDE, Gladstone. Direito empresarial brasileiro, v.2. São Paulo: Atlas, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. 1. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor -3º edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; e MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2.ed. São Paulo: RT, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, 34 ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Parte Geral. 1º Volume. 9ª edição. São Paulo. Editora Forense, 2013.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil – Novo CPC – Lei 13.015/2015. 1. ed. São Paulo: RT, 2015.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo. Editora Saraiva, 1979.

_____.A parte geral do anteprojeto de Código Civil, Revista dos Tribunais n.º 466, ano 63, agosto de 1964.

_____.Conceito da Pessoa Jurídica. (tese), 1962.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Parte Geral. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____.Responsabilidade civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27 ed . São Paulo, Saraiva 2002.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. RT, ano58, vol. 410, dez. 1969.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 2º volume. 29ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

SANTOS, J.M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Volume I. 3 ed, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937.

SILVA, Leonardo Toledo da. Abuso da desconsideração da personalidade jurídica. São Paulo. Editora Saraiva, 2014.

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

SOUZA, Artur César de. Código de processo civil: anotado, comentado e interpretado: parte geral (arts 1 a 317), v.I. São Paulo, Editora Almedina, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno, coordenadores. Breves comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: RT, 2015.