

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
LLM EM DIREITO**

JÚLIO CÉSAR MELO KRUEGER

**O INSTITUTO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A
SUA UTILIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao curso de Pós-graduação *lato sensu*, nível
especialização, LLM – Direito Empresarial
da FGV DIREITO RIO.

Turma nº 1/17, da cidade de Curitiba – Paraná.

Nº da Matrícula: 2004141207

Abril de 2019.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

Escola de Direito FGV DIREITO RIO

LLM em Direito Empresarial

O Trabalho de Conclusão de Curso

O Instituto de Desconsideração da Personalidade Jurídica e a sua Utilização no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Elaborado por Júlio César Melo Krueger

Data: 12/04/2019

Coordenador da Pós-graduação Lato Sensu do FGV Law Program – Rafael Alves de Almeida

Escola de Direito FGV DIREITO RIO

LLM em Direito Empresarial

Compromisso de Originalidade

A presente declaração é termo integrante de todo trabalho de conclusão de curso (TCC) a ser submetido à avaliação da Coordenação Acadêmica da FGV DIREITO RIO como requisito necessário à conclusão do curso de LLM em Direito Empresarial, sem a qual o referido trabalho não produzirá quaisquer efeitos.

Eu, Júlio César Melo Krueger, brasileiro, advogado, na qualidade de aluno(a) do LLM em Direito Empresarial da Escola de Direito FGV DIREITO RIO, declaro para os devidos fins estar apresentando, em anexo, meu Trabalho de Conclusão de Curso, para fins de avaliação, como parte integrante da nota do curso de Pós-graduação lato-sensu, nível especialização da FGV DIREITO RIO e que o mesmo se encontra plenamente em conformidade com os critérios técnicos, acadêmicos e científicos de originalidade.

Nesse sentido, declaro, para os devidos fins, que:

O referido TCC foi elaborado com minhas próprias palavras, ideias, opiniões e juízos de valor, não consistindo, portanto, em PLÁGIO, por não reproduzir, como se meus fossem, pensamentos, ideias e palavras de outra pessoa;

As citações diretas de trabalhos de outras pessoas, publicados ou não, apresentadas em meu TCC, estão sempre claramente identificadas entre aspas e com a completa referência bibliográfica de sua fonte, de acordo com as normas estabelecidas pela FGV DIREITO RIO.

Todas as series de pequenas citações de diversas fontes diferentes foram identificadas como tais, bem como as longas citações de uma única fonte foram incorporadas suas respectivas referências bibliográficas, pois fui devidamente informado(a) e orientado(a) a respeito do fato de que, caso contrário, as mesmas constituiriam plágio.

Todos os resumos e/ou sumários de ideias e julgamentos de outras pessoas estão acompanhados da indicação de suas fontes em seu texto e as mesmas constam das referências bibliográficas do TCC, pois fui devidamente informado(a) e orientado(a) a respeito de que a inobservância destas regras poderia acarretar alegação de fraude.

Atesto meu compromisso de não praticar quaisquer atos que possam ser entendidos como plágio na elaboração de meu TCC, razão pela qual declaro ter lido e entendido todo o conteúdo deste compromisso de originalidade e submeto o documento em anexo para apreciação da FGV Direito Rio como fruto de meu exclusivo trabalho.

Data:

Assinatura do Aluno: _____

Nome do Aluno: _____

Identidade do Aluno: _____

Matrícula: _____

RESUMO

O presente trabalho tem a finalidade de demonstrar como ocorreu o surgimento do instituto de desconsideração da personalidade jurídica, o qual foi criado como forma de coibir o “mau uso” da personalidade jurídica, que normalmente ocorre mediante fraude, abuso de direito, desvio de finalidade e confusão patrimonial. Também será objeto de estudo, a maneira como se deu o uso deste instituto ao longo do tempo nos mais diversos ramos do direito brasileiro e de como a doutrina e a jurisprudência abrangem o tema, divergindo amplamente acerca dos seus contornos e das suas hipóteses de aplicação. Apesar das hipóteses já mencionadas, consideradas como a correta aplicação do instituto, a desconsideração é aplicada em hipóteses que não as mencionadas acima, razão pela qual foram criadas duas teorias de utilização do instituto: a teoria maior e a teoria menor. A teoria menor, considerada como a teoria equivocada, acaba acarretando prejuízos ao instituto da personalidade jurídica. Portanto, a aplicação da teoria maior é a que representa a sua correta utilização, de modo que deve ser protegida. Além das origens, razões e hipóteses de cabimento do instituto, também serão analisadas algumas das inovações trazidas com o advento do Novo Código de Processo Civil que trouxe novidades para a utilização processual, eis que a lei processual era omissa quanto à maneira de utilização deste, sendo que seus contornos eram delimitados somente pela jurisprudência anteriormente, tudo no intuito de adequar a aplicação à correta utilização do instituto, reforçando tal entendimento.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 A PERSONALIDADE JURÍDICA, SUA ORIGEM E SUAS CONSEQUÊNCIAS	7
3 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA ORIGEM.....	12
3.1 Conceito.....	13
3.2 Diferenciação entre Teoria Maior e Teoria Menor.....	17
3.3 Desconsideração Inversa.....	20
4 UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO ATUALMENTE NO DIREITO BRASILEIRO	21
5 INOVAÇÕES DO INSTITUTO COM O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	24
5.1 Surgimento do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica.....	25
6 CONCLUSÃO.....	29
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	31

1. INTRODUÇÃO

A autonomia patrimonial, principal consequência da personalização das pessoas jurídicas, institui a separação entre o patrimônio das sociedades e dos membros que a compõem e possui o condão de incentivar o exercício da atividade empresarial, diminuindo o risco dos investidores caso o empreendimento não apresentasse os resultados almejados.

Como se sabe, o insucesso do empreendimento econômico é acontecimento corriqueiro na atividade empresarial, tendo em vista que a atividade econômica é considerada atividade de risco e, assim sendo, pode se tornar extremamente bem sucedida, gerando lucro, como também pode se tornar excessivamente onerosa à sociedade e aos seus sócios, causando prejuízos.

Tais acontecimentos podem ser verificados desde o surgimento da atividade comercial, onde os empreendedores constataram que diante da oportunidade e eficiência, poderiam gerar enorme quantidade de lucro, mas também, que a profissão era eivada de riscos. Assim sendo, ao se juntarem com a finalidade única de exercer uma atividade comercial, o risco poderia ser suportado, simultaneamente, por mais de uma pessoa física, surgindo assim, as sociedades, que posteriormente obtiveram a concessão da personalidade jurídica para atuar de maneira mais segura, e assim, incentivar cada vez mais o surgimento destas.

Ocorre que essa personalidade jurídica também pode ser usada para a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico, mediante a utilização da pessoa jurídica de maneira contrária a finalidade para a qual ela foi criada, usufruindo da autonomia patrimonial para realizar atos contrários ao direito, eivados de fraude e abuso de direito, que geram prejuízos ao ordenamento jurídico e podem gerar sérios prejuízos a terceiros.

Com base nessas atitudes, que levaram a um “mau uso” da personalidade jurídica das sociedades empresárias, surgiu a necessidade de se criarem limitações a esse privilégio. O meio utilizado para coibir e limitar a concessão da personificação a entidades que a utilizem de maneira contrária aos objetivos que levaram a sua concessão foi a criação do instituto de desconsideração da personalidade jurídica.

O objetivo do presente trabalho é desvendar a história por trás da criação deste instituto, fazendo uma análise de como ocorreu o surgimento da personalidade jurídica, quais suas origens, suas consequências e o motivo pelo qual foi necessária a criação de um instituto para limitar a autonomia patrimonial, já que o instituto de desconsideração da personalidade

jurídica visa relativizar a autonomia patrimonial das sociedades em determinadas hipóteses, mas também como se deu a sua utilização ao longo do tempo.

Existe uma grande divergência doutrinária a respeito do tema, em virtude da existência de duas maneiras de aplicação deste instituto. Essa divergência instaurou um clima de insegurança jurídica ao longo do tempo, já que a utilização do instituto nunca foi pacificada na jurisprudência pátria, tendo até mesmo o Superior Tribunal de Justiça do nosso país, instância superior para julgamento de contrariedades aos dispositivos de leis federais, adotado diversas posições desde os anos 70, data em que o instituto apareceu no Brasil, mesmo que de maneira tímida, através da doutrina e da jurisprudência.

Atualmente este clima de insegurança jurídica tem perdido força, em virtude de ter se iniciado um processo de unificação da jurisprudência, iniciada pelos Tribunais Superiores, ocasionando maior segurança jurídica.

Por fim, animadoras são as disposições do Código de Processo Civil de 2015 acerca do instituto, principalmente na sua utilização processual, eis que durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973 não havia lei expressa que determinasse qual seria o procedimento adotado para utilização do instituto. O “novo” Código instituiu as diretrizes para instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, que corrobora com a segurança jurídica daqueles que podem ter o seu patrimônio afetado, possibilitando a estes, o exercício do contraditório e da ampla defesa, o que diminuirá as ocorrências de utilização descabida do instituto.

2. A PERSONALIDADE JURÍDICA, SUA ORIGEM E SUAS CONSEQUÊNCIAS

É imprescindível para o estudo da desconconsideração da personalidade jurídica que se entenda a maneira e as razões pelas quais surgiu, no direito comercial, a necessidade da personificação das pessoas jurídicas. A origem do tema remonta aos tempos longínquos da Idade Média, quando se iniciou a realização das práticas comerciais, com o objetivo de se obter lucro através do comércio, que era uma enorme fonte de lucro para as pessoas que o exerciam, nos tempos em que a inércia das classes sociais imperava.

Com o passar do tempo, a atividade comercial foi tomando forma, sendo cada vez mais amplamente utilizada pelas pessoas, que começaram a exercer uma vasta gama de atividades econômicas com o objetivo único de obter lucro através das transações comerciais.

Com a expansão da atividade comercial, logo começou a emergir uma nova classe social: a burguesia, tendo em vista o lucro que a atividade concedia àqueles que a exerciam com primazia. O lucro era tanto, que se percebeu que não somente os comerciantes podiam gera-lo através desta atividade, como também o Estado, ao regularizar e tributar a atividade econômica.

Por meio da regularização estatal, o comércio explodiu pela Europa, e através desta expansão, logo os indivíduos perceberam que apesar da possibilidade de lucro, a atividade também apresentava a possibilidade de enormes prejuízos, tendo em vista o risco inerente da atividade comercial.

Diante da possibilidade de se obter tanto lucro como prejuízo, a atividade foi tomando diversas formas, visando o aumento do lucro e a diminuição do prejuízo, foi aí que começaram a surgir as corporações (que se comparavam às sociedades comerciais que possuímos atualmente, porém formas arcaicas), que foram crescendo, e tomando formas cada vez mais distintas.

Tal acontecimento pode ser explicado pelo fato de que nem sempre o homem consegue, sozinho, atingir seus objetivos, sejam eles econômicos, recreativos, religiosos, ou quais forem. Dessa forma, é extremamente frequente que ele se una a outros homens para atingir tais objetivos.

Assim se deu a criação das sociedades arcaicas, que eram formadas por uma pluralidade de indivíduos que se reuniam com o objetivo de explorar a atividade comercial, e, para tanto, formavam uma organização para a realização da prática comercial de modo a atingir, de maneira mais rápida e eficiente, os objetivos que eram almejados, simultaneamente, por estes indivíduos.

O direito logo se tratou a regular as corporações e sociedades que iam surgindo, definindo os traços que elas possuíam, quais eram as suas características, procedendo ao consequente registro para que pudessem atuar como maneira de permitir o controle do Estado perante as sociedades empresárias, facilitando a tributação desses institutos.

Através da ampla utilização do modelo de comércio por meio das sociedades, surgiu a necessidade de aprimoramento, o que levou à diferenciação entre o patrimônio da sociedade e de seus sócios, com o objetivo de limitar a existência do risco inerente à atividade econômica, com a criação da personalidade jurídica concedida às sociedades.

O desenvolvimento da ciência jurídica com o objetivo de regular a prática mercantil possibilitou os grandes avanços das sociedades antigas naquele período, determinando como

se daria o exercício dessas, as quais tiveram ampla importância no desenvolvimento do exercício econômico atual.

Posteriormente, eis que no intuito de coibir atos contrários aos objetivos com os quais as sociedades foram criadas, apareceu a necessidade de desenvolvimento da tese da desconsideração.

A noção de personalidade que possuímos atualmente, diz respeito aos direitos da personalidade que possuem as pessoas naturais ou pessoas físicas, que são dotadas de direitos da personalidade desde o seu nascimento com vida, sendo que, alguns desses direitos, só podem ser exercidos após o alcance de uma determinada idade. O estudo do Direito é utilizado para estabelecer quais são esses direitos e como eles podem ser utilizados. Segundo Gladston Mamede, são ideias distintas as de ser humano e de pessoa. Ser humano é um conceito biológico. Já a pessoa, para o direito, é o sujeito capaz de titularizar direitos e deveres¹.

Ocorre que não é apenas a pessoa física que pode ser sujeito de direitos, pois existe a pessoa jurídica que, da mesma maneira, também pode ser titular de direitos e obrigações, assim como a pessoa física.

Trata-se da ideia de titularizar a pessoa jurídica como um ente com seus próprios direitos e obrigações, distintamente das pessoas físicas que delas fazem parte, tendo como objetivo principal estabelecer a formação de uma coletividade de pessoas com finalidades comuns no âmbito do desenvolvimento econômico.

Essa diferenciação entre pessoas físicas e jurídicas pode ser facilmente verificada², visto que é impossível a existência de uma identidade entre a condição humana e a condição de pessoa. Os seres humanos são pessoas físicas biológicas, pois quando nascem já adquirem os direitos da personalidade, alguns ainda, anteriores ao nascimento e que não podem ser renunciados nem por expressa vontade desses. Em oposição, às pessoas jurídicas, ou também chamadas pessoas morais, reconhece-se a personalidade jurídica dessas, que são entes jurídicos não-biológicos.

Os grupos, corporações ou sociedades surgiram, no princípio, com a intenção das pessoas físicas de se organizarem e fundarem tais entes com a finalidade precípua de exercer a atividade econômica.

¹ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: direito societário: sociedades simples e empresárias**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. 2. p. 20.

² Idem.

Ao longo do tempo estas sociedades evoluíram de sobremaneira, chegando ao conceito brasileiro de hoje em dia, trazido para nós por Gladston Mamede, o qual afirma que:

No estágio atual do Direito Brasileiro, a pessoa jurídica está vinculada à ideia de coletividade: a *universitates personarum*, ou seja, a coletividade de pessoas, que podem estar organizadas para fins econômicos (sociedades; art. 981 do Código Civil atual) ou não (associações; art. 53 do Código Civil atual), além da *universitates bonorum*, isto é, a coletividade de bens (fundações; artigos 62 a 69).³

Nosso direito atualmente reconhece às várias espécies de sociedades, atribuindo-lhes em geral a condição de pessoas jurídicas, desde que atendidos os requisitos legais exigidos para que possa ser reconhecida a personalidade geral a essas sociedades. Apesar de não dizer respeito a todas as sociedades, é certo que a personalidade é inerente a boa parte delas, sendo importantíssima no estudo do direito comercial.

Segundo a concepção de Clóvis Bevilacqua, “a personalidade jurídica é a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações”⁴

O surgimento das pessoas jurídicas ocorre em virtude da função que elas possuem, já que os homens nem sempre conseguem sozinhos atingirem seus objetivos, de modo que é frequente a união entre indivíduos para que se possam atingir finalidades em comum. O que ocorre nesses casos é a constituição de um organismo capaz de alcançar o fim pretendido, comumente para o exercício de atividade econômica, o que é mais vantajoso do que se aventurar em exercer a atividade no nome de apenas uma pessoa física.

A personalidade jurídica, portanto, nada mais é que um instrumento, uma técnica jurídica, com o objetivo de alcançar determinados fins práticos. Nas palavras de Francesco Ferrara, “a personalidade jurídica não é outra coisa senão uma armadura jurídica para realizar de modo mais adequado os interesses dos homens”⁵.

Para alcançar tal finalidade, o direito reconhece às pessoas jurídicas uma série de atributos, que são considerados fundamentais para possibilitar a consecução da finalidade para a qual elas foram criadas.

³ MAMEDE, 2012. p. 21.

⁴ BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria Geral do Direito Civil**. Campinas: RED Livros, 1999, p. 147.

⁵ FERRARA, 1921 apud TOMAZETTE, Marlon. **A desconsideração da personalidade jurídica**. **Jus Navigandi**. Teresina. ano 7. nº. 58. 01 ago. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3104>>. Acesso em: 09 abr. 2019.

Entre estes atributos concedidos às pessoas jurídicas, podemos destacar a existência de dois deles que são de suma importância para o estudo do instituto de desconsideração da personalidade jurídica: a existência de distinção entre a sociedade e seus sócios e a autonomia patrimonial.

A existência distinta que há entre a pessoa jurídica e seus sócios, que já se encontrava presente no art. 20 do Código Civil de 1916, é o reconhecimento da sociedade como um centro autônomo de imputação de direitos e obrigações. Ou seja, os atos praticados pela sociedade são atos da sociedade e não de seus membros, produzindo efeitos na órbita jurídica da sociedade, e apenas em caráter excepcional, podem chegar a afetar os sócios. Contudo, a mais importante consequência trazida pela personificação de uma sociedade é a autonomia patrimonial. A existência de um patrimônio próprio à pessoa jurídica, independente do patrimônio dos sócios, responsável pelas suas próprias, e somente suas, obrigações. Dessa consequência, decorre que o patrimônio da pessoa jurídica é a única garantia de seus credores, e de que os mesmos não possuem pretensão sobre os bens dos sócios. Nesse mesmo diapasão, o patrimônio social da empresa, é imune às dívidas particulares dos sócios.

A autonomia significa que as obrigações da pessoa jurídica não se confundem com as obrigações dos sócios, não havendo que se falar em compensação. Nesse sentido, é importante destacar que essa autonomia não significa um distanciamento completo do patrimônio da sociedade em relação às pessoas dos sócios, pois o surgimento e utilização do instituto de desconsideração da personalidade jurídica é justamente o que permite a mitigação da autonomia patrimonial dos sócios, desde que atendendo a certos pressupostos exigidos pelo legislador como aptos a suspender a autonomia patrimonial. Com mais força isso tem ocorrido com os débitos trabalhistas, fiscais e para com o consumidor.

Entretanto, a regra trazida pela autonomia, é clara, no sentido de que há diferenciação entre o patrimônio da sociedade e dos sócios, explicitada no princípio da *societas distat a singulis*, o qual preleciona que as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.

No Brasil, já era reconhecida a autonomia patrimonial das sociedades através do art. 350 do Código Comercial de 1850⁶, mesmo antes de se reconhecer expressa e legalmente a personificação das sociedades comerciais.

Deve-se ressaltar que essa autonomia é que torna a sociedade comercial um dos mais importantes instrumentos do desenvolvimento da moderna economia de mercado, na medida

⁶ Art. 350 - Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados todos os bens sociais.

em que se permite a redução dos riscos no exercício da atividade empresarial, assegurando o destaque de determinada, e limitada parcela patrimonial, para o exercício da atividade.

Assim sendo, podemos afirmar que, como consequência da personalidade jurídica, a sociedade assegura aos sócios uma distinção entre seu patrimônio pessoal e o patrimônio empregado para o exercício da atividade, entretanto, tal distinção não pode ser considerada em caráter absoluto, podendo ela ser mitigada em determinados casos que ocorram algumas das hipóteses que ensejam a aplicação do instituto de desconsideração da personalidade jurídica.

3. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ORIGEM

Incertas são as origens exatas acerca do surgimento do instituto de desconsideração da personalidade jurídica. Contudo, sabe-se que suas primeiras aparições foram no século XIX e remontam ao âmbito da *common law*, primeiramente em 1809, na justiça norte americana, no caso que ficou conhecido como *Bank of United States x Deveau*.

Apesar do aparecimento mais antigo conhecido ser oriundo da justiça americana, o primeiro aparecimento real da teoria da desconsideração foi na Inglaterra, no caso *Solomon vs Solomon CO.*, no ano de 1897. Neste, chamado de *leadindg case* pela doutrina, um comerciante individual atuante no ramo de calçados, resolveu constituir uma sociedade anônima, transferindo seu fundo de comércio a tal sociedade.

Ocorre que, nesta companhia ele detinha 20 mil ações, e os outros seis sócios que a compunham, que eram todos membros de sua família, possuíam apenas uma ação cada um. Além das ações que detinha, ele recebeu várias obrigações e garantias que o tornaram credor privilegiado da própria companhia.

Após um ano de atuação, a sociedade entrou em liquidação, na qual os credores sem garantia não receberam um tostão, pelo fato de que Aaron era credor privilegiado de sua própria empresa, tendo adquirido para si todo o capital social, sem deixar nada aos credores quirografários, que pleitearam na justiça a desconsideração da personalidade jurídica da companhia, alegando abuso da personalidade jurídica, para atingir os bens pessoais do sócio.

Ao final do caso, se prestigiou a autonomia patrimonial da empresa, porém mesmo assim, foi aí que surgiu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, conhecida no

direito inglês e norte americano como “*disregard doctrine*” ou “*disregard of legal entity*”, contudo não foi somente nos Estados Unidos e na Inglaterra, ambos pertencentes à ao sistema da *common law* que a teoria apareceu.

Também há indícios dessa teoria na Itália, conhecida como “*superamento dela personalità giuridica*”, na Alemanha, como “*durchgriff der juristischen person*”, na França era conhecida como “*mise à l’écart de la personnalité morale*” e também na Argentina, “*teoria de la penetración ou desetimación de la personalidad*”.

No Brasil, conforme ressalta Rubens Requião⁷, em 1969 já haviam determinações legais, com exemplos os arts. 121 e 122 da Antiga Lei das Sociedades Anônimas, que reconheciam a responsabilidade individual dos administradores ao agirem com dolo ou culpa e a responsabilidade solidária, nos casos em que não houvesse o cumprimento das obrigações impostas pela lei, a fim de assegurarem o funcionamento normal da sociedade.

Em decorrência desses preceitos, e como a lei já oferecia exemplos coincidentes com os objetivos da doutrina de desconsideração da personalidade jurídica, no Brasil, anteriormente a 1969, já haviam decisões encontradas na jurisprudência dos Tribunais, que se assemelhavam ao que se chamava da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ou “*disregard of the legal entity*”.

Tal acontecimento afirmou que a jurisprudência brasileira já se utilizava dos preceitos dessas teorias, sem, entretanto, utilizar as nomeações já existentes nos outros países. De qualquer modo, foi Rubens Requião quem trouxe a utilização desta teoria para o Brasil de maneira mais acentuada, sendo essa, posteriormente, amplamente difundida e utilizada pela doutrina e jurisprudência deste então.

3.1 Conceito

Tendo a lei reconhecido a utilização da pessoa jurídica como instrumento usado para viabilizar o exercício da atividade empresarial, sem a existência de riscos excessivos para o empresário, tornou-se necessário a utilização de meios para limitar e coibir o uso indevido deste privilégio.

⁷ REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica. **Revista dos Tribunais**. ano 58. v. 410. dez. de 1969. p. 21.

Para tanto foi criado o instituto de desconsideração da personalidade jurídica, utilizado nos casos em que os propósitos para a concessão da distinção entre o patrimônio dos sócios e dos membros desta sejam desvirtuados.

Nesse sentido, explica Fábio Ulhoa Coelho:

Na medida em que é a sociedade o sujeito titular dos direitos e devedor das obrigações, e não os seus sócios, muitas vezes os interesses dos credores ou terceiros são indevidamente frustrados por manipulações na constituição de pessoas jurídicas, celebração dos mais variados contratos empresariais, ou mesmo realização de operações societárias, como as de incorporação, fusão, cisão. Nesses casos, alguns envolvendo elevado grau de sofisticação jurídica, a consideração da autonomia da pessoa jurídica importa a impossibilidade de correção da fraude ou do abuso. Quer dizer, em determinadas situações, ao se prestigiar o princípio da autonomia da pessoa jurídica, o ilícito perpetrado pelo sócio permanece oculto, resguardado pela licitude da conduta da sociedade empresária. Somente se revela a irregularidade se o juiz, nessas situações, não respeitar esse princípio, desconsidera-lo. Desse modo, como pressuposto da repressão a certos tipos de ilícitos, justifica-se episodicamente a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária⁸.

No mesmo sentido se manifestou Rubens Requião, ao expor que:

[...] quando o conceito de pessoa jurídica se emprega para defraudar os credores, para subtrair-se a uma obrigação existente, para desviar a aplicação de uma lei, para constituir ou conservar um monopólio, ou para proteger velhacos ou delinquentes, os tribunais poderão prescindir da personalidade jurídica e considerar que a sociedade é um conjunto de homens que participam ativamente de tais atos, e farão justiça entre pessoas reais [...] aparece como algo mais do que um simples dispositivo do direito americano de sociedade. É algo que aparece como consequência de uma expressão estrutural da sociedade. E por isso, em qualquer país que se apresente a separação incisiva entre pessoa jurídica e os membros que a compõem, se coloca o problema de verificar como se há de enfrentar aqueles casos em que

⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2. p. 34.

essa radical separação conduz a resultados completamente injustos e contrários ao direito⁹.

Diante destas considerações, chega-se ao entendimento de que a desconsideração da personalidade jurídica visa, especialmente, coibir o uso indevido da personalidade jurídica nas sociedades empresárias, tendo em vista que, constituindo-se como sujeito de direito autônomo em relação aos seus membros, a pessoa jurídica pode ser utilizada como instrumento ardil para perpetuação de fraudes ou abuso de direito.

Desse modo, a teoria da desconsideração surgiu, não com a finalidade de abolir a autonomia da pessoa jurídica, mas sim, como instrumento capaz de evitar o mau uso desta, nos casos em que a pessoa jurídica seja utilizada com a finalidade de realização de atos fraudulentos que caracterizem o abuso do direito concedido, e, principalmente, com o intuito de fraudar terceiros que de boa-fé se relacionam com a pessoa jurídica, causando injustiças.

Cabe ainda, ressaltar que a utilização da desconsideração da personalidade jurídica tem o objetivo de restringir o uso indevido do privilégio, entretanto, sem comprometê-la, ou seja, sem questionar a distinção entre os patrimônios da pessoa jurídica e de seus membros, instaurado pelo princípio da autonomia patrimonial.

Conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho, “a teoria tem o intuito de preservar a pessoa jurídica e sua autonomia, enquanto instrumentos jurídicos indispensáveis à organização da atividade econômica, sem deixar ao desabrigo terceiros vítimas de fraude¹⁰”.

Através da conceituação do instituto, fica claro o objetivo para o qual foi criado, no sentido de regular as hipóteses em que seria possível deixar de lado a separação patrimonial existente entre a pessoa jurídica propriamente dita e seus sócios, sem, contudo, considerar ou declarar nula a personificação, mas somente de torna-la ineficaz para determinados atos, possibilitando a responsabilização do sócio.

O instituto é tratado pela legislação brasileira, e também dos outros países onde é utilizado, como uma exceção à regra. Exceção, pois, a regra é a de que as pessoas jurídicas detêm personalidade distinta da dos seus sócios, conforme a máxima romana *societas distat a singulis* (as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros), consagrada no antigo Código Civil Brasileiro.

⁹ REQUIÃO, 1969, p. 14.

¹⁰ COELHO, 2009, p. 38.

Ocorre que, a desconsideração da personalidade jurídica, sendo exceção e não regra, possibilita relativizar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que ela tiver sido utilizada como expediente para realização de fraude, com desvio de finalidade e abuso de direito. Entretanto, salienta-se que a utilização da exceção, deve atingir somente o ato que é objeto da fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial, devendo permanecer a personalidade jurídica válida para os demais atos realizados.

Para uma melhor compreensão acerca das hipóteses em que é possível a utilização do instituto de desconsideração da personalidade jurídica deve-se levar em consideração o disposto no art. 50 do Código Civil Brasileiro¹¹, o qual trouxe expressamente o princípio.

Referido instituto nos traz as hipóteses de cabimento da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, entretanto, de maneira não exaustiva, visto que outras legislações também tratam do tema, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, a lei que dispõe sobre as sanções derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e a Lei nº 12.529/2011, a qual trata sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Destarte a desconsideração se encontrar positivada em diversos diplomas legais, esta não necessita de prévia disposição legal para ser utilizada, pois, a não utilização do instituto nas hipóteses em que seria cabível levaria a injustiças tremendas.

Seguindo este entendimento, alguns ramos do Direito brasileiro, como o Direito do Trabalho, Direito Tributário e Direito Falimentar, utilizam-se da desconsideração da personalidade jurídica mesmo sem que haja prévia disposição legal, para atingir os fins que deles se esperam. Podendo ainda ressaltar que esses ramos, aliados ao Direito do Consumidor, são as hipóteses de maior ocorrência da aplicação do instituto aqui em estudo, pois nesses casos os requisitos de aplicação possuem algumas diferenças, em decorrência na natureza jurídica das relações que nesses ramos se enquadram.

Entretanto, não havendo disposição legal e mesmo havendo requisitos diferenciados de aplicação, que possibilitam uma maior amplitude de aplicação, esses ramos ainda ficam sujeitos à correta aplicação do instituto, que não pode ficar à mercê da arbitrariedade da doutrina e da jurisprudência e não pode divergir amplamente acerca das hipóteses de aplicação.

¹¹ 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.

Independentemente dos outros ramos do direito, o art. 50, do Código Civil Brasileiro, que é o precursor da correta aplicação da teoria da desconsideração no Brasil, é claro ao determinar que a desconsideração somente deve ser utilizada nos casos em que ocorrer, desvio de finalidade (perpetrado através de fraude, abuso de direito) ou confusão patrimonial, diferentemente do que ocorre em outros ramos de direito, os quais desvirtuam o instituto.

3.2. Diferenciação Entre Teoria Maior e Teoria Menor

Diante da possibilidade de relativizar o princípio da autonomia patrimonial, a doutrina é pacífica acerca da existência de duas teorias existentes para se apurar em quais casos é possível a utilização deste instituto.

Primeiramente, há de se ressaltar que a hipótese de ocorrência da desconsideração da personalidade jurídica depende de requisitos que prescindem de disposição legal para sua aplicação. Anteriormente à existência de prévia disposição legal sobre a aplicação do instituto, já existiam casos de sua aplicação, como meio de coibir o mau uso da personalidade jurídica. Ou seja, o Estado é autorizado a verificar se o privilégio da personificação, e consequentemente, a autonomia patrimonial, estão sendo devidamente utilizados, possibilitando a relativização nos casos em que seja necessário, mesmo que não haja disposição legal.

A doutrina faz diferenciação entre as chamadas “teoria maior” e “teoria menor” da desconsideração, sendo que as duas possuem distinções significativas e princípios diferentes acerca das hipóteses de desconsideração, sendo uma mais restrita e outra mais ampla, conforme explica Fábio Ulhoa Coelho:

Há duas formulações para a teoria da desconsideração: a maior, pela qual o juiz é autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela, e a menor, em que o simples prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia patrimonial¹².

¹² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 35.

A chamada “teoria maior” da desconsideração, nos leva a aplicar a desconsideração com cautela, somente em casos excepcionais, ou seja, a regra é a de que deve prevalecer o princípio da autonomia patrimonial. Apenas em casos excepcionais é que se pode utilizar da teoria da desconsideração.

Segundo as palavras de Marlon Tomazette:

Para a chamada teoria maior, não basta o descumprimento de uma obrigação por parte da pessoa jurídica [...]. Por isso, há que se ter cautela sempre, não considerando suficiente o não cumprimento das obrigações da pessoa jurídica. Assim, já se pronunciou o 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, afirmando que percalços econômicos financeiros da empresa, tão comuns na atualidade, mesmo que decorrentes da incapacidade administrativa de seus gerentes, não se consubstanciam por si sós, em comportamento ilícito e desvio da finalidade da entidade jurídica. Do contrário, seria banir completamente o instituto da pessoa jurídica¹³.

Ou seja, para que haja a aplicação da teoria maior da desconsideração, faz-se estritamente necessária a existência de “desvio de finalidade”, “fraude”, “abuso de direito” ou “confusão patrimonial”.

Do outro lado da moeda, existe a chamada “teoria menor” da desconsideração, na qual, segundo Fábio Ulhoa Coelho, é onde:

[...] adota-se o pressuposto de que o simples desatendimento de crédito titularizado perante uma sociedade, em razão da insolvabilidade ou falência desta seria suficiente para a imputação de responsabilidade aos sócios ou acionistas. De acordo com esta distorção, se a sociedade não possui patrimônio, mas o sócio é solvente, isso basta para responsabilizá-lo por obrigações daquela¹⁴.

Ainda sobre a teoria menor, Alexandre Couto Silva explica que a teoria menor (menos elaborada), amplia os casos em que caberia a desconsideração da personalidade jurídica para

¹³ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 1., p. 246.

¹⁴ COELHO, 2009, p. 48.

o simples prejuízo do credor, o que na verdade, acabaria destruindo por completo o instituto da pessoa jurídica¹⁵.

Diante disso, a utilização da teoria menor, compreende-se em uma utilização errada do instituto de desconsideração, errada não no sentido de desconstituir a pessoa jurídica, mas no sentido de abolição absoluta da autonomia patrimonial, visto que a utilização da teoria menor possibilita a superação da personalidade jurídica simplesmente em razão de mera insolvência.

Seria inviável pensar que o instituto de desconsideração da personalidade jurídica, criado com o intuito de fortalecer e regular a concessão da autonomia patrimonial às sociedades, permitisse a relativização da autonomia patrimonial para que se atingissem os bens dos sócios toda vez que a sociedade deixasse de cumprir com as suas obrigações em razão do insucesso do empreendimento econômico, afastando a análise de existência de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial.

Portanto, apesar de existirem duas teorias de desconsideração da personalidade jurídica, apenas uma delas, ou seja, a teoria maior, pode ser entendida como a real teoria, que busca concretizar os objetivos com os quais este instituto foi criado, ou seja, de fomentar o exercício da atividade econômica, fundamental para o crescimento de qualquer sociedade.

Assim sendo, esta não pode ocorrer sem a concessão da autonomia patrimonial às sociedades, pois, os sócios por trás destas, ao empreenderem e destacarem uma parte de seu patrimônio para o exercício financeiro, necessitam da limitação do patrimônio da sociedade, diferenciando-o dos seus próprios, já que não podem ficar à mercê da arbitrariedade do Poder Judiciário, que se utiliza de meios indevidos para alcançar uma “ideia precoce” de justiça.

Ora, entendimento diverso, segundo palavras da Ministra Maria Isabel Galotti, (julgamento do EREsp 1.306.553-SC, julgado em 10/12/2014, DJe 12/12/2014)¹⁶, conduziria, no limite, em termos práticos, ao fim da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, ou seja, regresso histórico incompatível com a segurança jurídica e com o vigor da atividade econômica.

Corroborando este entendimento leciona César Fiuza:

Para a correta aplicação do instituto devem ser mesclados os seguintes objetivos: coibir a fraude, o desvio de finalidade da pessoa jurídica, a

¹⁵ SILVA, Alexandre Couto. **A Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. 2 ed. Rio De janeiro: Forense, 2009, p. 138.

¹⁶ **Informativo de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 25/02/2015. DIREITO CIVIL. LIMITES À APLICADABILIDADE DO ART. 50 DO CC.

confusão patrimonial, garantir o direito de receber dos credores e proteger o instituto da pessoa jurídica¹⁷.

Andando em sentido oposto à maioria da doutrina, que se posiciona de maneira contrária à aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, e que, segundo alguns doutrinadores nem mesmo deveria ser considerada uma teoria, ao longo do tempo, ela foi amplamente utilizada pelos tribunais brasileiros para ensejar a desconsideração de pessoas jurídicas, atingindo, indevidamente e de forma equivocada, o patrimônio dos sócios.

No entanto, atualmente, a jurisprudência evoluiu muito e é quase que majoritária em aplicar os corretos contornos do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, com exceções, é claro, de alguns ramos específicos do direito, principalmente no direito do consumidor e trabalhista, cuja aplicação, apesar da existência de disposições legais nesse sentido, dificilmente será corrigida.

3.3. Desconsideração Inversa

Destarte a ideia de desconsideração da personalidade jurídica restar atrelada a ideia de superação da pessoa jurídica para atingir patrimônio de algum dos membros desta, também é possível no ordenamento jurídico, a hipótese de ocorrência da desconsideração inversa da personalidade jurídica.

A desconsideração inversa caracteriza-se pelo inverso da desconsideração, ou seja, desconsiderar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica com o objetivo de responsabilizá-la por obrigação de sócio. Fábio Ulhoa Coelho¹⁸ define a desconsideração inversa como “afastamento do princípio da autonomia patrimonial para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio”.

Segundo Marlon Tomazette¹⁹, a finalidade da ocorrência desta modalidade de desconsideração é coibir o desvio de bens. Isto ocorre nos casos em que o sócio da pessoa jurídica se utilize desta para esconder o seu patrimônio pessoal dos credores, transferindo-o por inteiro à pessoa jurídica – o que ocorre, geralmente, em situações envolvendo ações de

¹⁷ FIUZA, César. **Direito civil**: Curso Completo. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 191.

¹⁸ COELHO, 2009, p. 47.

¹⁹ TOMAZETTE, 2014, p. 286.

família, em que um dos cônjuges pretende esconder o patrimônio do outro – e, dessa maneira, evitando com que os credores tenham acesso a seus bens pessoais. Nesses casos, também se verifica o desvio de finalidade e a confusão patrimonial, de modo que é utilizado o mesmo raciocínio, ou seja, evitar o mau uso da pessoa jurídica, para coibir a ocorrência destas situações.

Em que pese a desconsideração inversa ser aceita, já utilizada pela jurisprudência brasileira e, expressamente prevista no Código de Processo Civil de 2015, alguns autores divergem acerca da sua necessidade de utilização, e em consequência disso, devemos fazer algumas considerações acerca deste instituto. Segundo Alexandre Couto Silva²⁰, a primeira delas acerca de que em qualquer sociedade que seja, os sócios possuem quotas ou ações em seu nome, que integram o seu patrimônio, as quais podem ser penhoradas para garantia de dívida deste perante a sociedade. A segunda consideração salienta que, havendo a prática de um negócio jurídico fraudulento, este deveria ser anulado, e não a pessoa jurídica ser desconsiderada.

4. UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO ATUALMENTE NO DIREITO BRASILEIRO

Devido à enorme diversidade de relações existentes nos mais diversos ramos do direito, há distintas hipóteses de cabimento para a aplicação do instituto de desconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista que o bem jurídico tutelado em cada um dos ramos do direito não é o mesmo, e necessita de uma proteção maior ou menor de acordo com a natureza da relação nele tratada.

Como exemplo, a forma que se utiliza a desconsideração da personalidade jurídica no direito civil difere da integralmente da sua aplicação no direito do consumidor, eis que no direito civil, as relações ocorrem entre particulares, tidos como iguais pelo ordenamento jurídico.

Essa utilização, serve, por exemplo, para possibilitar a satisfação de credores de empresas que deixaram de exercer as suas atividades e, em razão de atos fraudulentos, geraram enorme passivo. Serve também para alcançar o patrimônio de sócios que não integralizaram o capital social de empresas. Serve também para hipóteses de simulação, em

²⁰ SILVA, 2009, p. 93.

que apenas uma pessoa seja a real sócia de uma empresa, sendo os demais meros números para formação de uma pluralidade de indivíduos.

Observe-se, portanto, que se trata de um importante instrumento do direito civil para evitar injustiças e, principalmente, o mau uso da personalidade jurídica.

Porém, não pode ser confundido com a intenção de ressarcimento de valores sempre que houver inadimplemento, pois, como exposto, esse não é o real objetivo do instituto, embora seja um deles. Essa confusão, é justamente o que ocasiona a utilização indevida do instituto e que resultou na criação da teoria menor, que por um longo tempo foi utilizada pelo direito civil – e que ainda continua sendo utilizada, mesmo que em menor quantidade – mas também nos demais ramos do direito.

Uma das teses que vigorou no direito civil por um longo tempo e que, agora, esta praticamente superada, foi a de que o encerramento irregular das atividades da empresa, aliado ao inadimplemento de obrigações, acarretaria na automática desconsideração da personalidade jurídica. Isso porque, atualmente, se exige que esses requisitos estejam presentes juntamente com o intuito fraudulento, para que ela seja aplicada, que é o entendimento correto.

Já no caso dos consumidores, estes, na maioria das vezes, encontram-se em situação de fragilidade e hipossuficiência em relação ao fornecedor, nos termos do que preconiza a legislação consumerista.

Contudo, cabe ressaltar aqui, que a referida diferença não pode ser utilizada como uma regra absoluta, pois, desse modo, haveria uma desvirtuação do instituto, eis que as hipóteses extremamente restritas de cabimento estariam sendo ampliadas para casos em que os requisitos de aplicação não estão presentes, e, portanto, seriam incabíveis.

De qualquer forma, um exemplo da incorreta aplicação do instituto, advém da disposições contida no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor²¹, que utiliza-se de uma premissa que se aproxima da teoria menor da desconsideração, pois estabelece que poderá ser

²¹ Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

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

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

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

desconsiderada a pessoa jurídica, sempre que a sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores.

Nesse ponto, há que se ressaltar que, apesar da necessidade de se conferir tratamento diferenciado aos consumidores, esse entendimento não é plausível, pois, embora a proteção consumerista constitua princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, esse dispositivo contraria a ideia da personificação, instituto de extrema importância no âmbito do direito comercial e que não pode ser relativizado.

Nas palavras de Marlon Tomazette, “a prevalência de tal interpretação representaria a revogação da autonomia patrimonial no âmbito do direito do consumidor, objetivo que não parece ter sido visado pelo legislador pátrio, dada a importância do instituto”²².

Assim sendo, há hipóteses em que a aplicação do instituto pode ser relativizada, visando expandir as ocasiões de utilização da teoria quando há real necessidade de fazê-lo, com objetivo de coibir o mau uso da personalidade jurídica, mediante fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial. Contudo, se não evidenciados esses requisitos, tidos como obrigatórios pela doutrina e pela legislação, não se pode estender essa aplicação há todos os casos, como se faz, por exemplo, na justiça do trabalho.

Neste mesmo sentido, é possível a aplicação do instituto da desconsideração nos mais diversos ramos do direito, seja no direito tributário, direito do meio ambiente, legislação anti-truste, direito do consumidor, direito civil, direito falimentar e direito do trabalho, mesmo que alguns deles não possuam legislação expressa acerca do tema, eis que a sua aplicação prescinde de expressa disposição legal.

No direito do trabalho também há a utilização equivocada do instituto da desconsideração, uma vez que, da mesma maneira que ocorre com a matéria consumerista, se pretende relativizar o princípio da autonomia patrimonial em detrimento dos direitos trabalhistas.

Cabe ressaltar que para que a teoria da desconsideração seja utilizada, é necessário que haja obstáculo à responsabilização de sócios, gerentes ou administradores de uma sociedade, pois, caso não haja, não haverá necessidade de se utilizar a desconsideração, e sim a mera responsabilização dos sócios por atos ilegais, mediante a utilização de legislações específicas ou da teoria *ultra vires*.

Ou seja, há casos em que em vez de se falar em desconsideração, o que realmente ocorre é a mera responsabilização direta dos responsáveis pelos atos praticados com excesso,

²² TOMAZETTE, 2014. p. 261.

sendo desnecessária a relativização da autonomia patrimonial para atingir o patrimônio destes, tendo em vista que há legislações específicas que já atingem essa finalidade.

Entretanto, conforme informa Fábio Ulhoa Coelho, apesar das divergências jurisprudenciais existentes ao longo do tempo, animadoras são as perspectivas, pois cada vez mais, desde a introdução do instituto no direito brasileiro, juízes e tribunais tem compreendido os exatos contornos da teoria da desconsideração, só aplicando-a nas hipóteses justificáveis e excepcionais²³.

5. INOVAÇÕES DO INSTITUTO COM O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Antes da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, o ordenamento jurídico brasileiro não dispunha de expressa regra processual quanto à disciplina da desconsideração. O que havia era a existência de uma grande lacuna que dava ensejo a divergências e dúvidas que pairavam na doutrina e na jurisprudência.

Ou seja, além das divergências existentes acerca da parte material do instituto de desconsideração, na parte processual também havia divergências, principalmente pelo fato de que não existia expressa determinação legal acerca da utilização. Isso mudou com a entrada em vigor no Código de Processo Civil de 2015, o qual trouxe, de maneira expressa, os contornos e a forma de utilização do instituto.

Dentre esses aspectos, sem dúvida que o maior deles é a necessidade de exercício do contraditório e da ampla defesa pelos sócios que têm o seu patrimônio afetado através da utilização do instituto de desconsideração da personalidade jurídica, eis que, conforme consagrado pela jurisprudência, anteriormente ao “novo” Código de Processo Civil, esta necessidade não existia.

Portanto, ao longo do tempo de utilização da desconsideração esta foi aplicada sem que houvesse a necessidade de se permitir aos sócios responsáveis, o exercício do contraditório. Este é o principal ponto que o Código de Processo Civil de 2015 veio alterar, tendo em vista que, anteriormente se incluíam os sócios dentro do próprio processo executório sem prévia oitiva destes, contudo, o “novo” Código altera esse panorama.

²³ COELHO, 2009, p.48.

Já visualizamos que a falta de legislação acerca da parte de direito material do instituto de desconsideração fazia com que surgissem, na doutrina e na jurisprudência, diferentes hipóteses de cabimento e diversas hipóteses de utilização, sendo que o Poder Judiciário se utilizava, sobremaneira, dessas diversas hipóteses, proferindo decisões divergentes em inúmeros casos.

Com o direito processual não era diferente.

A principal inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, a criação do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, nos permite identificar a necessidade de utilização das disposições já tratadas ao longo desse trabalho, que são caracterizadas pela necessidade de fiel atendimento aos requisitos necessários à decretação da desconsideração, que agora se dá mediante a observância ao devido processo legal, com atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, permitindo um exaurimento da análise de existência dos requisitos, possibilitando maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

5.1. Surgimento do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica

Uma das maiores alterações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, senão a maior, foi a criação do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, o IDPJ.

Esta criação veio disposta em capítulo próprio do “novo” Código de Processo Civil, propriamente no capítulo IV, nomeado “do incidente de desconsideração da personalidade jurídica”, presente no título III, que trata da intervenção de terceiros, modalidade que não existia no Código de Processo Civil de 1973, englobando os artigos 133²⁴, 134²⁵, 135²⁶, 136²⁷ e 137²⁸ do novo diploma legal.

²⁴ Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

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

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

²⁵ Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

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

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

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

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

²⁶ Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Com a criação do incidente de desconconsideração surge a necessidade de criação de um incidente cognitivo dentro do processo executório, ou até mesmo no processo de conhecimento, em atendimento aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, uma vez que ao ser instaurado o referido procedimento, o processo principal ficará suspenso aguardando o desfecho do incidente, já que o polo passivo será modificado, de modo que não se pode esperar que o processo siga enquanto houver pendência de decisão do incidente.

Instaurado o incidente, o sócio ao qual se requer a inclusão no polo passivo da lide, deverá ser previamente citado para apresentar resposta, em atenção ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Conforme procedimento civil corriqueiro, o ônus da prova no caso da desconconsideração da personalidade jurídica é de quem a alega, ou seja, da parte que requereu a aplicação do instituto, cabendo ao réu alegar fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor, contudo, com a possibilidade de instauração do ônus dinâmico da prova, que pode ser repassada ao réu em decorrência da verossimilhança dos argumentos despendidos pelo autor, que se encontra presente no Código de Processo Civil de 2015, esta incumbência pode ser repassada ao réu, que então deverá provar o contrário.

Ressalta-se que deve haver observância aos pressupostos legais, ou seja, as hipóteses de direito material que autorizam a utilização do instituto de desconconsideração da personalidade jurídica (Código Civil, CDC, Lei Antitruste e etc.), sob pena de desvirtuação da finalidade do instituto, conforme já demonstrado, e também como afirmam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao determinarem que:

O requerimento de desconconsideração da personalidade deverá demonstrar que os pressupostos materiais para tanto estão devidamente preenchidos, esclarecendo a presença do abuso da personalidade jurídica por desvio de finalidade ou confusão material²⁹.

²⁷ Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

²⁸ Art. 137. Acolhido o pedido de desconconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

²⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 574.

Quanto aos momentos processuais, o referido incidente poderá ser proposto em todas as fases do processo.

Quanto ao procedimento executório fundado em título executivo judicial e também em título executivo extrajudicial, nessas hipóteses é que o incidente de desconsideração será amplamente utilizado, pois não existia a possibilidade de apresentação de defesa e produção de provas, assegurando o exercício dos princípios do contraditório e da ampla defesa pelo sócio que era incluído no polo passivo da lide. Sem essa observação, restava caracterizado o cerceamento do direito de defesa, contudo, esta tese era praticamente impossível de ser reconhecida em instâncias superiores, de modo que na maioria das vezes, a decisão era confirmada, desconsiderando a personalidade jurídica da empresa para atingir o patrimônio dos sócios, sem a devida observância dos princípios constitucionais.

Portanto, o incidente de desconsideração surge, nesses casos, não para afetar a celeridade da aplicação processual da teoria, mas sim para conceder aos sócios que tem ajuizados contra si, pedidos para permitir a incursão em seu patrimônio, a oportunidade de oferecer defesa, oportunizando o exercício do contraditório e da ampla defesa, mediante a utilização de um devido processo legal.

Surge assim, para aumentar a segurança jurídica dos jurisdicionados, que não poderão ser surpreendidos com a notícia de afetação ao seu patrimônio sem que tenham sido previamente notificados.

Conforme explicado por Gilberto Gomes Bruschi:

A criação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica é uma das várias provas da extrema importância dada pelo Código de Processo Civil de 2015 em relação ao princípio constitucional do contraditório. [...] De um lado, o Código de Processo Civil de 2015 garante o exercício do contraditório antes de se desconsiderar a personalidade jurídica, rompendo com o sistema anterior que havia sido construído pela doutrina e pela jurisprudência no sentido de realizar a desconsideração e a constrição do bem do sócio sem a sua oitiva, postergando-se o exercício do contraditório para eventual processo incidental, com a oposição de embargos de terceiro. De outro lado, o Código dispensa a instauração de um processo inteiramente autônomo com a finalidade de decretar a desconsideração da personalidade jurídica e constituir título executivo judicial contra o sócio, como pretendia a corrente minoritária³⁰.

³⁰ BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 158-159.

Quanto ao posicionamento adotado no Código de Processo Civil de 2015, evidencia-se a adoção de uma figura intermediária através do incidente processual, sem que haja necessidade da instauração de um processo autônomo, o que acarretaria em uma enxurrada de novos processos – indo de maneira contrária aos princípios da celeridade e economia processual inseridos no “novo” Código de Processo Civil – porém, com a observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, possibilitando aos sócios que se defendam de maneira efetiva ante a possibilidade de terem o seu patrimônio afetado.

Ainda, por fim, surgiu a inovação constante do art. 15, do Código de Processo Civil³¹, o qual determina que, ausente normas que regulem os processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, serão aplicadas, supletiva e subsidiariamente, as disposições deste Código.

Ou seja, o “novo” Código de Processo Civil trouxe expressa determinação legal de aplicação de que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica seja utilizado em todos os ramos do direito, uma vez que traz norma específica que trata do tema e que não há, em qualquer outra norma específica, tanto perante a Justiça Comum, quanto perante as Justiças Especializadas, tratamento acerca do tema.

No que tange ao processo trabalhista, este fica, agora, sujeito à utilização do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, pois além do art. 15, do NCPC, foi editada a instrução normativa nº 39 do Tribunal Superior do Trabalho, que, através do seu art. 6º³², determina a utilização do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Assim, tal instrução sedimentou a necessidade de observância dos requisitos legais de tal incidente também no âmbito trabalhista. Apesar disso, a mesma não vem sendo observada pelos juízes trabalhistas, que insistem em continuar beneficiando os trabalhadores em prol da efetiva aplicação da legislação vigente.

Portanto, pode-se concluir que, com a entrada em vigência do Código de Processo Civil de 2015, quando se trata de utilização do instituto de desconsideração da personalidade jurídica, este será condicionado à utilização do incidente de desconsideração, mediante a

³¹ Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

³² Art. 6º Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878).

§ 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:

I – na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do art. 893, § 1º da CLT;

II – na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;

III – cabe agravo interno se proferida pelo Relator, em incidente instaurado originariamente no tribunal (CPC, art. 932, inciso VI).

§ 2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 do CPC.

possibilidade de exercício do contraditório e da ampla defesa, o que certamente trará maior segurança jurídica à aplicação do instituto mediante a adoção de regras que impõem o respeito aos direitos constitucionais consagrados na Constituição Federal e ao direito à separação patrimonial instituído pela concessão do benefício da personalidade jurídica.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, permite-se concluir que a criação do instituto de desconsideração da personalidade jurídica foi medida necessária para coibir a utilização do “mau uso” da personalidade jurídica, privilégio este concedido às pessoas jurídicas com o objetivo de limitar o risco da atividade econômica através da existência de uma separação entre o patrimônio destas e o patrimônio dos sócios que as integram.

O risco inerente ao exercício de atividade econômica sempre existiu, de modo que se fez necessária uma maneira de permitir o exercício dessas práticas, contudo, sem que houvesse risco extremo para quem a exercia.

As maneiras encontradas para limitar o risco da atividade foram a criação das sociedades formadas por uma pluralidade de indivíduos que contribuíam conjuntamente para o crescimento e, conseqüente, a concessão de personalidade jurídica, distinta das pessoas físicas que as integravam, aos entes formados por essa pluralidade. Entre as conseqüências da concessão da personalidade jurídica, a principal foi a criação da autonomia patrimonial que estes possuíam, através da existência de uma separação entre o patrimônio das sociedades e o patrimônio dos sócios.

Essa distinção possibilitou um amplo crescimento econômico das empresas, as maiores responsáveis pelo desenvolvimento da atual economia de mercado, contudo, tal distinção não poderia ser absoluta, sendo necessária a existência de hipóteses em que essa distinção poderia se afastada.

O que possibilitou a relativização da autonomia patrimonial concedida às sociedades foi a criação do instituto de desconsideração da personalidade jurídica.

Levando em consideração que a teoria da desconsideração não precisava de norma expressa para que fosse utilizada, e também que os diplomas legais que surgiram em um primeiro momento não se empenharam em aplicar a teoria de maneira correta, o que

aconteceu foi o surgimento de diversas maneiras de aplicação pela doutrina e pela jurisprudência que instalaram um clima de insegurança jurídica tremendo.

Com o decorrer do tempo e a utilização da teoria em diversos ramos do direito de forma descabida, adveio a necessidade de delimitar quais seriam as corretas hipóteses de aplicação do instituto, o que foi realizado com o advento do Código Civil de 2002, diploma legal que positivou a desconsideração da personalidade jurídica de forma correta e delimitou quais seriam as hipóteses em que essa teoria realmente poderia incidir.

Dessa forma, existem duas maneiras distintas de aplicação da teoria da desconsideração: a teoria maior da desconsideração e a teoria menor. Com relação a estas, a jurisprudência nunca foi homogênea quanto aos requisitos e hipóteses de aplicação das mesmas, pois eram aplicadas a casos distintos.

Com o passar do tempo, a jurisprudência se ocupou de adotar um posicionamento sólido quanto à aplicação do instituto nos diversos ramos do direito, o que parece que vem ocorrendo nos últimos anos, mesmo que ainda haja decisões divergentes, porém agora em menor número.

Diante destas considerações, a uniformização da jurisprudência deveria passar pela utilização da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, visto que é a teoria que melhor representa as hipóteses que autorizam a relativização da autonomia patrimonial, sem desvirtuar o referido instituto e sem acabar com a separação entre o patrimônio das sociedades e dos sócios, princípio extremamente importante para o direito comercial. Já a teoria menor, apesar de pretender o ressarcimento dos que se relacionam com a pessoa jurídica, o faz de uma maneira descabida, em hipóteses que destroem por completo o instituto da pessoa jurídica.

Em consonância com a necessidade de correta aplicação do instituto, surgiram as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, o qual trouxe inovações de extrema importância quanto à maneira de utilização processual deste instituto, em virtude da falta de lei quanto à esse aspecto.

Essas inovações demonstram a necessidade de fiel atendimento aos requisitos legais para decretação da desconsideração da personalidade jurídica, pois esta é medida excepcionalíssima e deve ser utilizada somente em casos extremamente excepcionais. Por essa razão o “novo” Código instituiu o devido processo legal, que deve ser agora obrigatoriamente obedecido, para análise do pedido de desconsideração, mediante a observância da ampla defesa e do contraditório.

Portanto, as disposições do Código de Processo Civil e 2015 surgiram para reforçar a necessidade de proteção da autonomia patrimonial que possuem as pessoas jurídicas, mediante a possibilidade de defesa daqueles que correm o risco de ter o seu patrimônio afetado, tudo objetivando o combate às injustiças, que também é a uma das finalidades da criação do instituto de desconsideração da personalidade jurídica.

Por fim, a entrada em vigor do “novo” Código de Processo Civil, também trouxe modificações de extrema importância quanto a uniformização da jurisprudência nacional, aproximando o nosso sistema do *Common Law*, por meio do sistema de precedentes, a fim de proporcionar maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

7. REFERÊNCIAS

BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria Geral do Direito Civil**. Campinas: RED livros, 1999.

BRASIL. Lei n. 10.406. **Código Civil**. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 10 abr. 2019.

BRASIL. Lei n. 556. **Código Comercial**. Rio de Janeiro, 25 jun. 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.078. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.105. **Código de Processo Civil**. Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Instrução Normativa n. 39. **Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, 15 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Julgamento do EREsp nº 1.306.553 – SC**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401768552&dt_publicacao=19/05/2015>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de Direito Comercial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

FERRARA, Francesco. **Trattato di diritto civile italiano**. Roma: Athenaeum. 1921.

FIUZA, César. **Direito civil: Curso Completo**. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: direito societário: sociedades simples e empresárias**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v.2.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica. **Revista dos Tribunais**. ano 58. v. 410. dez. de 1969.

SILVA, Alexandre Couto. **A Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. 2 ed. Rio De janeiro: Forense, 2009.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1.