

UNIMAR - UNIVERSIDADE DE MARÍLIA
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO
MÉTODO DE ALTERAÇÃO DOS LIMITES OBRIGACIONAIS**

MARCELO FRANÇA DE SIQUEIRA E SILVA

MARÍLIA-SP
2023

MARCELO FRANÇA DE SIQUEIRA E SILVA

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO
MÉTODO DE ALTERAÇÃO DOS LIMITES OBRIGACIONAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em
Direito da UNIMAR - Universidade de Marília, como
requisito final para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração em Empreendimentos Econômicos,
Desenvolvimento e Mudança Social, com Linha de
Pesquisa em Relações Empresariais, Desenvolvimento e
Demandas Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Jefferson Aparecido Dias.

MARÍLIA-SP
JUNHO 2023

S586d Silva, Marcelo França de Siqueira e
A desconsideração da personalidade jurídica como método
de alteração dos limites obrigacionais / Marcelo França de
Siqueira e Silva. - Marília: UNIMAR, 2023.
131f.

Dissertação (Mestrado em Direito – Empreendimentos
Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social –
Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais) –
Universidade de Marília, Marília, 2023.

Orientação: Prof. Dr. Jefferson Aparecido Dias

1. Constitutiva 2. Decisão 3. Desconsideração 4. Obrigação
I. Silva, Marcelo França de Siqueira e

CDD – 341.2

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO MÉTODO DE ALTERAÇÃO DOS LIMITES OBRIGACIONAIS

MARCELO FRANÇA DE SIQUEIRA E SILVA

Defesa da Dissertação de Mestrado intitulada: “A Desconsideração da Personalidade Jurídica como Método de Alteração dos Limites Obrigacionais” para a obtenção do título de Mestre em Direito à Banca Examinadora designada pelo Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR – Universidade de Marília, constituída pelo Prof. Dr. Jefferson Aparecido Dias, Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide, UPO de Sevilha/ESP, Orientador e Presidente, e composta dos seguintes membros titulares: Dr. Rogerio Mollica, Doutor em Direito Processual pela USP/SP e Dr. Tiago Cappi Janini, Doutor em Direito pela PUC/SP, além dos suplentes: Dr. Rafael José Nadim de Lazari, Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP e Dr^a. Valéria Martins Oliveira, Doutora em Direito pela UNIMAR/SP. Marília, 26 de junho de 2023.

Os membros da Banca Examinadora consideraram o candidato_____.

Banca Examinadora:

Dr. JEFFERSON APARECIDO DIAS

Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide

Dr. ROGERIO MOLLICA

Doutor em Direito Processual pela USP/SP

Dr. TIAGO CAPPI JANINI

Doutor em Direito pela PUC/SP

DADOS CURRICULARES

MARCELO FRANÇA DE SIQUEIRA E SILVA – Nascido em 23 de maio de 1966, em São Paulo-SP. Atualmente Advogado e Consultor Jurídico. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba – FADI, no ano 1986. Ingressou na Magistratura Paulista em 1990, tendo desempenhado as funções nas áreas: Cível; Fazenda Pública e Criminal, até a aposentadoria no ano 2007. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura - EPM. Professor da UNIMAR entre os anos de 1995 a 1999, onde lecionou a Disciplina Direito Processual Civil.

Dedico este trabalho a memória dos meus pais: Dalva e José Barreto, que mesmo em meio a dor e sofrimento passaram mensagens de esperança, serenidade, resignação e aceitação, além da percepção de o dever cumprido, até o fim da jornada quando ensinaram o sentido da vida, perpetuando os seus exemplos em minha lembrança.

Também a minha esposa Joyce Anália, incentivadora, parceira, sócia, confidente, e principalmente amiga, com quem divido os frutos dessa conquista, tanto por acreditar na importância dos meus objetivos, como por estimular e incentivar a dedicação aos estudos e ao labor, com toda a compreensão dos desafios, trabalho e tempo necessário. Confesso que mesmo ante às atribulações a jornada se apresenta serena e prazerosa na sua companhia, e as adversidades menos aflitivas e angustiantes.

E aos meus filhos Janaina e Miguel, razão de minha existência, agradeço por compreenderem os diversos momentos em que precisei me ausentar e o tempo que não estive em suas companhias para concluir o labor, todos os méritos dessa conquista também lhes pertencem. Amo a todos.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO MÉTODO DE ALTERAÇÃO DOS LIMITES OBRIGACIONAIS

RESUMO: Este trabalho tem como intuito conclamar à pesquisa e ao estudo para promover o debate acadêmico acerca da desconsideração da personalidade jurídica, como instrumento potencial de materializar princípios constitucionais positivados pelo Código de Processo Civil de 2015, com enfoque nos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do devido processo legal para delinear pontos e possibilidades a serem observadas para o desenvolvimento do instituto e de uma teoria geral convergente às hipóteses de orbitam em torno do tema da desconsideração e da garantia ao crédito e necessidades de alteração da obrigação em razão de diversos fenômenos e vicissitudes que se revelem no curso de uma lide acerca do crédito, de forma a conferir maior segurança e previsibilidade sobre a constituição de novas situações regulamentadas em decisões judiciais de cognição exauriente, que possam acrescer efetividade e celeridade às tutelas destinadas à solver a crise de adimplemento, e ao mesmo tempo buscar uma técnica capaz de reprimir abusos, fraudes e ilícitos utilizados para evitar a insolvência. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo, consubstanciado em pesquisa bibliográfica, em livros, artigos científicos e informações divulgadas em sítios públicos e particulares da internet. Com o intuito de aproximar princípios e programas constitucionais à implantação sistêmica da desconsideração da personalidade jurídica planeou demonstrar a instrumentalidade do instituto como mecanismo eficiente e pontual de coibição de abusos e fraudes para preservar a garantia ao cumprimento de obrigações, em salvaguarda ao bem da vida tutelado. Outrossim, o trabalho objetiva levantar a discussão acerca da utilização do instrumento em outras hipóteses de sucessão de partes e extensão de obrigações a terceiros para as quais o ordenamento não prevê instrumento específico, de forma a utilizar o incidente como método de ampliação dos limites de demanda ajuizada a fim de constituir novas situações jurídicas capazes de agregar efetividade e rapidez à entrega da tutela jurisdicional.

PALAVRAS CHAVES: desconsideração; obrigação; decisão; constitutiva.

THE DISREGARD OF LEGAL ENTITY AS A METHOD OF CHANGING THE LIMITS OF OBLIGATIONS

ABSTRACT: The purpose of this work is to call for research and study to promote the academic debate about the disregard of legal personality, as a potential instrument to materialize constitutional principles positivized by the Civil Procedure Code of 2015, focusing on the principles of proportionality, of reasonableness and due process of law to outline points and possibilities to be observed for the development of the institute and of a general theory convergent to the hypotheses orbiting around the theme of the disregard of legal personality and the guarantee to the credit and needs of alteration of the obligation due to various phenomena and vicissitudes that reveal themselves in the course of a litigation about the credit, in order to confer greater security and predictability on the constitution of new situations regulated in judicial decisions of exauriente cognition, which may add effectiveness and celerity to the remedies intended to solve the crisis of compliance, and at the same time seek a technique capable of repressing abuses, frauds and unlawful acts used to avoid insolvency. To this end, the deductive method was used, based on bibliographic research in books, scientific articles and information disclosed in public and private websites. In order to bring together constitutional principles and programs to the systemic implementation of the disregard of legal personality, it was planned to demonstrate the instrumentality of the institute as an efficient and timely mechanism to curb abuse and fraud to preserve the guarantee to the fulfillment of obligations, safeguarding the good of life protected. Furthermore, the work aims to raise the discussion about the use of the instrument in other cases of succession of parties and extension of obligations to third parties for which the law does not provide a specific instrument, in order to use the incident as a method of expanding the limits of the demand filed in order to constitute new legal situations capable of adding effectiveness and speed to the delivery of judicial protection.

KEY WORDS: disregard; obligation; decision; constitutive.

LISTA DE ABREVIATURAS

AgInst – Agravo de Instrumento
AgInt – Agravo Interno
AgRg – Agravo Regimental
ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
AREsp – Agravo em Recurso Especial
ApCív – Apelação Cível
CADE – Conselho Administrativo de Direito Econômico
CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
CC – Código Civil (Lei nº 10.402/2002)
CDA – Certidão de Dívida Ativa
CDC – Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990)
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei n. 5.452/1943)
COSIT – Coordenação Geral de Tributação
CPC/1973 – Código de Processo Civil revogado (Lei n. 5.869/1973)
CPC/2015 – Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015)
CTN – Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1966)
EDcl – Embargos de Declaração
FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Civil
IN – Instrução Normativa
LREF – Lei de Recuperação de Empresas e Falências (Lei n. 11.101/2005)
LSA – Lei das Sociedades Por Ações (Lei n. 6.404/1976)
MS – Mandado de Segurança
RMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
REsp – Recurso Especial
S/A – Sociedade Anônima (regulada na Lei n. 6.404/1976)
SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TCU – Tribunal de Contas da União
TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal
TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

TRF – Tribunal Regional Federal

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	15
1.1 CONCEITO.....	19
1.2 NATUREZA JURÍDICA.....	25
1.3 PRESSUPOSTOS GERAIS DA DESCONSIDERAÇÃO. “TEORIA MAIOR”	28
1.4 ESPÉCIES DE DESCONSIDERAÇÃO: INDIRETA, EXPANSIVA E INVERSA.....	31
1.5 DA TEORIA MENOR.....	39
2 DA DESCONSIDERAÇÃO NOS DIVERSOS RAMOS DO DIREITO.....	41
2.1 DA DESCONSIDERAÇÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	42
2.2 DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE NO DIREITO AMBIENTAL.....	47
2.3 DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO DO TRABALHO.....	51
2.4 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE ÀS INFRAÇÕES NA ORDEM ECONÔMICA.....	55
2.5 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE NA LEI ANTICORRUPÇÃO.....	59
2.6 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE NA LEI DE ABASTECIMENTO NACIONAL DE COMBUSTÍVEIS.....	62
2.7 DA DESCONSIDERAÇÃO NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.....	65
2.8 DA DESCONSIDERAÇÃO NA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA.....	72
3 DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	79
3.1 DA CONCEPÇÃO À LUZ DA TEORIA GERAL DO PROCESSO.....	79
3.2 DOS ELEMENTOS DA DEMANDA DE DESCONSIDERAÇÃO.....	81
3.2.1 DAS PARTES.....	82
3.2.2 DA CAUSA DE PEDIR.....	84

3.2.3 DO PEDIDO.....	85
3.3 DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO.....	89
3.3.1 DA LEGITIMIDADE.....	89
3.3.2 DO INTERESSE DE AGIR.....	93
3.3.3 DA AÇÃO E PROCESSO AUTÔNOMO DE DESCONSIDERAÇÃO.....	95
3.3.4 DA RELAÇÃO ENTRE AS DEMANDAS. CONTRA O DEVEDOR ORIGINÁRIO NA AÇÃO E DA DESCONSIDERAÇÃO NO INCIDENTE.....	97
4. DO PROCESSO E DO PROCEDIMENTO NO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO.....	100
4.1 DA DESCONSIDERAÇÃO NO PROCESSO DE CONHECIMENTO.....	102
4.2 DA DESCONSIDERAÇÃO NA EXECUÇÃO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.....	104
4.3 DA POSTULAÇÃO E RESPOSTA NO INCIDENTE.....	107
4.4 DA INSTRUÇÃO NO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO.....	111
4.5 DA DECISÃO NO INCIDENTE, HONORÁRIOS E COISA JULGADA.....	113
4.6 DA FRAUDE À EXECUÇÃO.....	118
4.7 DA FUNGIBILIDADE E FUNCIONALIDADE DO INCIDENTE.....	120
NOTAS CONCLUSIVAS.....	124
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	127

INTRODUÇÃO

Este trabalho apresentado como Dissertação na conclusão do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR – Universidade de Marília, área de Concentração em Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, com Linha de Pesquisa em Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais, tem por escopo estudo da desconsideração da personalidade jurídica, com enfoque no procedimento introduzido pelos artigos 133 a 137 da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil, de forma a sistematizar as bases de aplicação do instituto nas diversas áreas do direito, e principalmente a utilização do procedimento incidental como um método de interpretação e aplicabilidade do direito para a modificação dos limites obrigacionais na pendência de demanda ajuizada, mesmo em casos que carecem de regulamentação específica ou indicação precisa do instituto.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, desde a concepção doutrinária estrangeira, introduzida pela dogmática contemporânea pátria, vem sendo aplicada de forma pretoriana em julgados multidisciplinares, o que consolidou jurisprudência crescente e independente de base legislativa.

Aos poucos a teoria foi recepcionada e introduzida em enunciados de diversas áreas do direito positivo, com tratamentos inerentes a atender escopos legislativos próprios (direito civil, código de defesa do consumidor, direito administrativo, ambiental, tributário, trabalhista, etc.), não havendo a preocupação de consolidar uma teoria geral do sistema, que viesse a alinhar os procedimentos necessários à garantia fundamental preconizada no vértice normativo.

A importância do tema é inquestionável por buscar a proteção ao crédito e a coibição de ilícitos diante das crescentes práticas abusivas de manipulações, formas aparentes e reorganizações societárias, simulações e fraudes, tudo com o escopo de desvirtuar a personalidade jurídica e fazer o seu uso de forma indevida, contrária às finalidades naturais e a Lei, de forma a alcançar resultado antijurídico, muitas vezes com prejuízos significativos a terceiros.

Para enfrentar o problema, à luz da construção doutrinária e com base na jurisprudência estrangeira, os Juízes, Tribunais e agentes públicos passaram a aplicar a desconsideração com grande frequência, muitas vezes exorbitando os contornos semânticos justificadores da medida, a ponto de trazer insegurança e incertezas sistêmicas, na medida em que a aplicabilidade se insere no âmbito da cognição subjetiva do construtor da regra matriz de sua incidência.

O estudo tem por objeto aprofundar o tema à origem do problema, buscar a convergência de justificativas e conceitos que possam tornar mais harmônica a utilização nos diversos ramos do direito, inclusive com a utilização do mecanismo processual introduzido, agora com aplicabilidade geral e cogente nas hipóteses em que deva ser observado, inclusive nos âmbitos administrativos, de forma a tornar mais simples, eficiente e previsível a utilização do instituto, inclusive em questões para as quais originalmente não foi concebido, para o aumento de efetividade da tutela e segurança jurídica, bases do fortalecimento da ordem econômica.

Ousando um pouco mais, diante dos benefícios introduzidos pela sistemática do incidente, e considerando a inovação de um instrumento que permite incidentalmente o exercício de cognição exauriente, com as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, para produzir decisão de natureza constitutiva com autoridade de alterar os limites de obrigação anteriormente constituída, pensamos que a metodologia possa ser aplicada em outras hipóteses ainda não contempladas de forma expressa, e que podem resolver problemas que atraiam a necessidade de sucessão, alterem a obrigação ou se direcionem à responsabilidade de terceiros dentro de uma relação processual alheia, sem que se necessite utilizar o processo de conhecimento desde o início, com a repetição de atos e o dispêndio de energia processual.

Longe de ter a pretensão de esgotar o assunto, o estudo se desloca para o debate sobre pontos de convergência capazes de sistematizar a aplicabilidade do instituto, em torno de uma teoria geral compartilhada, de forma a consolidar a sua eficiência e seu instrumento dentro do escopo que lhe é ínsito, além de objetivar o aumento da segurança jurídica e a evolução da proteção ao crédito, para justificar e sedimentar a separação patrimonial em seu contexto natural, dentro do desenvolvimento regular da atividade societária.

A metodologia utilizada parte de uma análise geral sobre a desconsideração da personalidade jurídica conforme concepção originária à luz de julgados e dogmática estrangeira, apenas para situar o tema e seus pressupostos concebidos sob a égide do direito material, avançar em busca de sinergias e convergências capazes de formular os fundamentos materiais da desconsideração, o momento de sua verificação da incidência, assim como a necessidade de nexo causal com o conseqüente que deflui da aplicabilidade da regra, tudo dentro do seu instrumento inovador.

Também abordaremos questões processuais e procedimentais, fundamentais a assegurar a legitimidade do sistema, sua concepção dentro dos primados do contraditório e da ampla defesa e da motivação jurídica apta a embasar a regra matriz de incidência do instituto, o devido processo legal com a autoridade de introduzir a nova realidade de sujeição patrimonial dentro do ordenamento jurídico.

Aprofundaremos os estudos acerca das garantias fundamentais e necessidade dos procedimentos específicos orientados pelo contraditório e ampla defesa para dar azo à decisão fundamentada do construtor da regra matriz de incidência, sob pena de nulidade por afronta ao devido processo legal, o que afeta a base do ordenamento que pode ser sintetizada em efetividade e a segurança jurídica.

Alicerçada sobre a segurança, simplificação e a harmonização convergente em uma teoria geral procuraremos apontar a necessária observância de pressupostos, dentro de uma hermenêutica que resulte na construção ou não da regra matriz de incidência da desconsideração, como síntese legítima de um processo lógico e semântico que se apoia na motivada justificação jurídica.

Fica a expectativa de levantar o debate para o despertar de o senso crítico, que se oriente em premissas harmônicas, de forma a buscar a construção de um raciocínio capaz de solucionar casos práticos com a sedimentação de entendimentos em torno de uma teoria geral, que se afaste da discussão superficial e do subjetivismo de decisões isoladas, de forma a agregar previsibilidade e segurança jurídica, base da atividade econômica e do fortalecimento do mercado.

1. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O primado da autonomia patrimonial e separação dos ativos da empresa e de seus sócios, base de desenvolvimento do capitalismo, fundamento inerente ao empreendedorismo, mecanismo de segurança aos investidores e propulsor da ampliação dos investimentos, pelo mau uso proporcionou uma releitura e correção para coibir abusos justificadores de artificialidades fraudulentas utilizadas para reduzir a solvência e prejudicar terceiros, além de possibilitar a burla à própria Lei e contratos firmados.

Importante observar que a autonomia patrimonial foi e é a mola propulsora de desenvolvimento industrial e econômico, pois estimula o investimento em atividades econômicas com previsão calculada do risco, o que proporciona o desenvolvimento do mercado.

Segundo a dogmática de Tomazette¹ a autonomia patrimonial constitui a consequência mais importante da personificação da sociedade empresária, pois faz exsurgir um patrimônio próprio da pessoa jurídica que deve responder por suas obrigações, sendo a única garantia de suas atividades e obrigações junto a credores, de forma que esses não podem, em princípio, avançar sobre o patrimônio dos sócios para o adimplemento de seus créditos decorrentes de operações com a empresa. A recíproca também se opera, pois, a sociedade empresária não responde por dívidas particulares dos sócios, o que assegura a higidez do capital social e os resultados obtidos com as atividades econômicas, de forma que as obrigações não podem se confundir e nem serem compensadas.

Não se deve perder de mente que existem fatores e variáveis imprevisíveis, que estão fora da disponibilidade e da discricionariedade dos empresários, e que tem o potencial de redundar na inviabilidade da atividade e da empresa, o que pode levar ao insucesso.

Dessa forma, o fundamento jurídico da autonomia patrimonial transcende a esfera subjetiva dos empreendedores e empresas, para atingir a própria sociedade e a economia de mercado como um todo, pois significa a limitação racional das perdas, que não devem suplantar os recursos aportados na atividade.

Não tem sentido sujeitar todo um patrimônio constituído ao longo de anos, por um insucesso que deveria estar limitado ao investimento na atividade, de forma que a limitação das perdas é essencial a economia capitalista, até mesmo para refrear o impulso à lucratividade, que poderia exorbitar o custo e normal retorno da atividade econômica, para uma acumulação

¹ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial. Teoria geral e direito societário*. Vol. 2. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.225.

exacerbada de forma a fazer frente aos riscos, o que elevaria demasiadamente os custos por bens e serviços.

Importante a observação de Coelho sobre o tema:

Em virtude de sua importância fundamental para a economia capitalista, o princípio da personalização das sociedades empresárias e sua repercussão quanto à limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios não podem ser descartados na disciplina da atividade econômica. Em consequência, a desconsideração deve ter necessariamente natureza excepcional, episódica, e não pode servir ao questionamento da subjetividade própria da sociedade. [...]. Quer dizer, não se justifica o afastamento da autonomia da pessoa jurídica apenas porque um seu credor não pode satisfazer o crédito que titulariza. É indispensável tenha havido indevida utilização, a deturpação do instituto.²

Sem embargo da natureza e importância da autonomia patrimonial e das personalidades subjetivas, de fato começaram a haver abusos e práticas fraudulentas, não decorrentes da atividade natural dos empreendimentos, mas artificialidades, formas criadas para burlar a Lei ou contratos de forma a obter um resultado ilícito em prejuízo de terceiros.

Como resposta ao ilícito, a partir de julgamentos das cortes estadunidenses que enfrentaram o tema de abusos e artificialidades em julgamentos de casos pontuais teve origem a *disregard doctrine* segundo a qual a autonomia patrimonial subjetiva da pessoa jurídica era ignorada, para alcançar o patrimônio responsável pelo evento questionado.

O estudo pioneiro da teoria pode ser atribuído a Isaac Maurice Wormser, que entre os anos de 1910 a 1920 se dedicou ao tema e desenvolveu artigos, com destaque para o intitulado *Piercing the veil of corporate entity* (1912)³ e o *Disregard of the corporate fiction – When and why* (1927)⁴ dando origem ao que mais tarde veio a ser concebido como desconsideração da personalidade jurídica.⁵

Interessante observar que nesses estudos foram citadas expressões que vem sendo reproduzidas até a atualidade, como: “*lifting*” ou “*piercing the veil*” (levantando, perfurando o véu), assim como a clássica “*disregard*” (desconsideração).

² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*: Vol. 2. 23. ed. São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021, p. 56.

³ WORMSER, Isaac Maurice. *Piercing the veil of corporate entity*. *Columbia Law Review*, vol. 12, n. 16, junho 1912, p. 496-518, *apud* CHAMBERLAIN, Hector Cavalcanti. *O incidente processual de desconsideração da personalidade jurídica. Atualização da disregard doctrine na perspectiva da responsabilidade patrimonial e reflexos no processo civil brasileiro*: Londrina-PR, Thoth Editora, 2021, p. 26.

⁴ WORMSER, Isaac Maurice. *Disregard of the corporate fiction and allied corporation problems*. Washington: Beard Books, 2000, nota 1, *apud* CHAMBERLAIN, Hector Cavalcanti. *O incidente processual ...* p. 26.

⁵ CHAMBERLAIN, Hector Cavalcanti. *O incidente processual de desconsideração da personalidade jurídica. Atualização da disregard doctrine na perspectiva da responsabilidade patrimonial e reflexos no processo civil brasileiro*: Londrina-PR, Thoth Editora, 2021, p. 26.

A primeira manifestação que se tem notícia foi o julgamento da lide envolvendo o Bank of United States versus Deveaux (ano 1809), onde as cortes levantaram o véu da personalidade jurídica para considerar as características dos sócios individuais. No caso não se analisou propriamente a separação patrimonial inerente à pessoa física e a personalidade jurídica, mas a questão da competência para o julgamento da questão, que restou definida pela Suprema Corte pela atribuição à justiça federal, justificada a decisão no fato de que o conceito de “cidadão” não englobava as pessoas jurídicas, de forma a se preservar a jurisdição federal sobre as corporações.⁶

Como conclusão de suas considerações Wormser procura identificar os pressupostos da desconsideração justificando:

Quando a concepção de entidade empresarial é utilizada para defraudar credores, para fugir a uma obrigação existente, para contornar uma estatuta, para alcançar ou perpetuar um monopólio, ou para proteger a malandragem ou o crime, os tribunais afastarão a teia de entidade, considerarão a empresa empresarial como uma associação de homens e mulheres vivos, e farão justiça entre pessoas reais [tradução livre] ⁷.

Apesar do pioneirismo a dogmática pátria acabou por dar maior crédito à doutrina de Rolf Serick, jurista alemão que se debruçou sobre o tema a partir da década de 1950, e também embasou sua doutrina na análise de casos julgados pela justiça norte-americana, fazendo referências ainda a julgados de cortes alemãs para desenvolver conceito muito semelhante à concepção de Wormser, apesar de ampliar o campo de aplicação do instituto e sintetizou a concepção em quatro proposições genéricas:

1ª Proposição: “Se a estrutura formal da pessoa jurídica é utilizada de maneira abusiva, o juiz poderá descartá-la para que fracasse o resultado contrário ao direito que se persegue, e para tanto prescindirá da regra fundamental que estabelece uma radical separação entre a sociedade e os sócios. Existe um abuso quando com a ajuda da pessoa jurídica se trata de burlar uma lei, de quebrar obrigações contratuais ou de prejudicar fraudulentamente terceiros” ⁸

A primeira proposição trata da hipótese mais relevante, que se funda em condutas praticadas com fraude e abuso da personalidade jurídica, de forma a prejudicar terceiros, como

⁶ BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13.

⁷ WORMSER, Isaac Maurice. *Disregard of the corporate fiction and allied corporation problems*. Washington: Beard Books, 2000, p. 84. No original: “When the conception of corporate entity is employed to defraud creditors, to evade an existing obligation, to circumvent a statute, to achieve or perpetuate monopoly, or to protect knavery or crime, the courts will draw aside the web of entity, will regard the corporate company as an association of live, up-and-doing, men and women shareholders, and will do justice between real persons”.

⁸ SERICK, Rolf. *Aparencia y realidad em las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por médio de la persona jurídica*. Tradução Antonio Polo Diez. Barcelona: Ariel, 1958, p. 241 e ss., *apud* CHAMBERLAIN, Hector Cavalcanti. *O incidente processual ...* ps. 30.

por exemplo: a transferência de bens da sociedade para o sócio ou terceiros a ele vinculados e vice-versa; a provocação deliberada de sinistro para receber o seguro contratado; a criação de empresas para burlar o compromisso de não concorrência assinado pela pessoa física, etc.

Não seria possível a desconsideração sem o abuso, a fraude, a conduta intencional de burlar as finalidades do direito ou dos contratos, ainda que se estive a resguardar a boa-fé.

2ª Proposição: “Não basta alegar que se não se descartar a forma da pessoa jurídica não poderá ser atingida a finalidade de uma norma ou de um negócio jurídico, salvo quando se trate de eficácia de uma regra de direito societário de valor tão fundamental que não deva encontrar obstáculos nem de maneira indireta”⁹

A segunda proposição trata de hipóteses em que a autonomia da personalidade jurídica deveria ser preservada, de forma que afasta a possibilidade de desconsideração subjetiva apenas em razão de não se ter atendido aos escopos de uma norma ou a causa objetivada em um negócio jurídico.

3ª Proposição: “As normas que se fundam em qualidades ou capacidades humanas ou que as consideram valores humanos também devem aplicar-se a pessoas jurídicas quando a finalidade da norma corresponde a desta classe de pessoas. Neste caso poderá penetrar-se até os homens as situações atrás da pessoa jurídica para comprovar se concorrem as hipóteses de que depende a eficácia da norma”¹⁰

A terceira proposição trata de hipóteses relacionadas à qualidade das pessoas como pressuposto de eficácia do negócio jurídico, como por exemplo a vedação de atividades a estrangeiros, de forma que a personalidade jurídica não impede que se verifique a qualidade do sócio, pessoa física.

4ª Proposição: “Se a forma da pessoa jurídica é utilizada para ocultar que de fato existe identidade entre as pessoas que intervém em um ato determinado, poderá ser descartada a forma da pessoa jurídica quando a norma que se deva aplicar pressuponha que a identidade ou diversidade dos sujeitos interessados não seja puramente nominal, senão verdadeiramente efetiva”¹¹

A quarta proposição trata de hipóteses em que a Lei estabelece regulamentação específica para a realização de um negócio jurídico por partes distintas, de forma que a constituição de uma personalidade jurídica para burlar a disciplina pode levar a desconsideração.

São exemplos situações de monopólios, onde se realizam negócios por supostas empresas concorrentes para evitar a arguição de concentração ilícita de mercado. Em tal

⁹ SERICK, Rolf. *Aparencia y ...*, apud CHAMBERLAIN, Hector Cavalcanti. *O incidente ...* p. 30.

¹⁰ Ob. Citada, p. 31.

¹¹ Ob. Citada, p. 31.

situação as empresas ou pessoas são considerados como pertencentes à mesma personalidade jurídica invalidando o negócio jurídico, que contraria o direito positivo.

Conforme se observa nas origens do instituto da desconsideração, existe uma premissa de ilícito antecedente decorrente de condutas praticadas de forma deliberada que giram em torno da fraude e do abuso de direito com o fito de prejudicar terceiros, o que permanece marcante até os dias atuais.

A introdução da teoria no cenário jurídico pátrio coube a Rubens Requião, que influenciado pela dogmática de Serick acabou por posicionar o abuso de direito e a fraude como fundamentos da desconsideração (ou desestimação) da personalidade jurídica, conforme observa no artigo publicado:

Quando propugnamos pela divulgação da doutrina da desconsideração da pessoa jurídica em nosso direito, o fazemos invocando aquelas mesmas cautelas e zelos de que a revestem os juízes norte-americanos, pois sua aplicação há de ser feita com extremos cuidados, e apenas em casos excepcionais, que visem a impedir a fraude ou o abuso de direito em vias de consumação.¹²

Segundo Requião a utilização da teoria não necessita de base legislativa, pois deflui da coibição ao ilícito, de forma que se trata de um instrumento necessário à repressão de atos ilícitos e como tal deixar de aplica-la por ausência de texto legal significaria amparar a fraude o que leva a reflexão no sentido de que “... a personalidade jurídica não constitui um direito absoluto, mas está sujeita e contida pela teoria da fraude contra credores e pela teoria do abuso de direito”.¹³

1.1. CONCEITO

A desconsideração da personalidade jurídica é uma técnica de interpretação e aplicação do direito, utilizada em caráter de exceção no contexto de ilicitude ocultado pelo véu da autonomia patrimonial da personalidade jurídica, de forma que diante de tal evidência se possa ignorar a personalidade jurídica na hipótese, a fim de preservar a Lei, os contratos e as garantias inerentes aos institutos jurídicos envolvidos.

Importante observar que a teoria da despersonalização permite ao interprete, construtor da regra matriz de incidência, deixar de aplicar regras de separação patrimonial entre empresas

¹² REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 410, ano 58, dezembro de 1969, p. 23.

¹³ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. Vol. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 478.

e sócios para ignorar a personalidade subjetiva em uma situação concreta, de forma a coibir e evitar a fraude através da manipulação artificiosa das regras.

A *disregard doctrine* não tem por objeto eliminar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, essencial ao capitalismo e desenvolvimento econômico, mas sim fortalecer e tornar mais eficaz essa autonomia em relação aos protagonistas de tal realidade.

Segundo Coelho¹⁴ a teoria da desconsideração foi concebida para aprimorar a separação dos patrimônios, com a finalidade de coibir a incursão de fraudes e abusos de direito que se possam praticar sob o manto da autonomia da personalidade jurídica, de forma que o escopo da construção tem dupla finalidade, de “preservar o instituto da pessoa jurídica, ao mostrar que o problema não reside no próprio instituto, mas no mau uso que se pode fazer dele”, e de “resguardar a própria pessoa jurídica que foi utilizada na realização da fraude, ao atingir nunca a validade de seu ato constitutivo, mas apenas a sua eficácia episódica”.

Para Salomão Filho a desconsideração não produz “alteração nas esferas coinvoltas”, de forma que não produz efeitos além daqueles que se circunscrevem ao evento desvendado e assevera:

É possível desconsiderar a pessoa jurídica para um determinado fim, preservando-a quanto aos restantes (...). De outro lado, a desconsideração não influi sobre a validade do ato ou atos praticados, o que permite preservar direitos e interesses de terceiros de boa-fé.¹⁵

A desconsideração não atinge a personalidade jurídica, não desfaz o seu ato constitutivo e nem invalida o negócio jurídico em si, tudo permanecendo válido e eficaz, porém suspende os efeitos da separação patrimonial e a autonomia subjetiva, de forma exclusiva e restrita ao episódio relacionado à coibição do abuso, da fraude que se mostre prejudicial a terceiros. No dizer de Coelho:

Em suma, a aplicação da teoria da despersonalização não importa a dissolução ou anulação da sociedade. Apenas no caso específico, em que a autonomia patrimonial foi fraudulentamente utilizada, ela não é levada em conta, é desconsiderada, o que significa a suspensão episódica da eficácia do ato de constituição da sociedade, e não o desfazimento ou a invalidação desse ato.¹⁶

Importante levar em conta que a desconsideração da personalidade jurídica pode operar em diversos momentos e posições, tanto para sujeitar o patrimônio a uma constrição, quanto

¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 13.

¹⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 149.

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso ...*, p. 59.

para agregar pessoas jurídicas e seus sócios a uma normatividade jurídica específica, ou estado, como a falência ou medidas concorrenciais.

Dessa forma, o instituto não guarda similitude dentro da diversidade casuística que envolve a aplicabilidade nos diversos ramos do direito, e hipóteses que reclamam e atraem a aplicabilidade para reprimir o abuso e a fraude.

Nesse sentido importante observar os estudos de Chamberlain para o qual “‘desconsideração’ é um vocábulo que, como tal, não possui uma essência imanente, e cujo significado somente poderá ser apreendido num determinado conceito”.¹⁷

Para Chamberlain a desconsideração opera no sentido de norma de imputação, de forma a estender determinadas sanções, responsabilidades ou circunstâncias às pessoas de sócios, administradores ou terceiros, onde a incidência ocorre como uma técnica de interpretação e aplicação do direito, tendente a coibir o abuso e a fraude, de forma que coincide com a operação necessária à atribuição de efeitos de atos e relações jurídicas a pessoas diversas de seus destinatários normais.¹⁸

Dentro dessa concepção ampla, é relevante observar a definição de Benetti¹⁹ sobre o tema:

Desconsiderar significa não conhecer, isto é, operação lógico-psíquica de bloqueio de algo existente na realidade objetiva, de modo a impedir que ingresse na mente no momento do conhecimento, ou seja, representa o isolamento de parte do real no objeto cognoscível, ou, em poucas palavras, fingir que não existe.

A concepção ampla permite a desconsideração não apenas da personalidade subjetiva, mas a incidência de diversos efeitos aparentes decorrentes de atos e negócios jurídicos de forma a prevalecer a substância sob a forma, para coibir abusos e fraudes.

Importante observar, por pertinente ao tema, que o afastamento da personalidade jurídica somente se aplica às hipóteses em que a autonomia subjetiva se antepõe como óbice, ou seja, constitui ilícito a impedir a justa composição dos interesses em conflito.

A desconsideração não tem lugar quando de antemão é possível a imputação direta ao sócio ou administrador por ato abusivo ou ilícito próprio. Somente quando afastada a licitude

¹⁷ CHAMBERLAIN, Hector Cavalcanti. *O incidente ...*, p. 45.

¹⁸ Ob. Citada, p. 46.

¹⁹ BENETTI, Sidnei Agostinho. Desconsideração da sociedade e legitimidade ad causam: esboço de sintetização. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004, p. 1006.

aparente pela desconsideração e, assim, exsurgir a ilicitude oculta é que se pode conceber na essência a aplicabilidade do instituto.

Dessa forma, a existência de uma aparente licitude antecedente é pressuposto do interesse processual da construção da regra matriz de incidência do instituto, e distingue a desconsideração de outras figuras de responsabilidade direta dos sócios ou administradores da sociedade, hipóteses essas que não se confundem com o uso abusivo e fraudulento da autonomia da personalidade jurídica.

O que justifica a técnica é a ocultação de uma ilicitude pela autonomia patrimonial da personalidade jurídica, que aparenta a licitude e normalidade, mas que abstraída a autonomia patrimonial subjetiva revela a atitude abusiva ou fraudulenta praticada, de forma a alcançar o patrimônio pessoal de terceiro.

Assim é possível alcançar o sócio por dívida imputada formalmente à sociedade. Também é possível a desconsideração inversa de forma a desconsiderar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica e responsabilizá-la por obrigação do sócio.

Segundo Bruschi²⁰ fazendo referência à doutrina de José Edwaldo Tavares Borba sintetiza o entendimento da seguinte forma:

É fato incontestado que as sociedades têm personalidade distinta da de seus sócios. Entretanto, a partir do momento em que a personalidade jurídica é desvirtuada, para pôr cobro a situações antijurídicas praticadas pelos seus sócios ou acionistas, abusivamente, em prejuízo de terceiros, pode e deve ser desconsiderada sua personalidade jurídica, de forma a penetrá-la, responsabilizando os sócios que a compõem. Ainda que, em regra, os patrimônios da sociedade e de seus sócios sejam considerados distintos, consoante dispõe o art. 50 do Código Civil, sua personalidade é superada, mercê do ato abusivo praticado, havendo manifesta ruptura entre a realidade e a forma jurídica, alcançando o sócio, pois foi ele quem praticou o ato e não a sociedade em si.²¹

Interessante observar o escólio de Comparato que justifica a desconsideração no desvio de finalidade por parte dos sócios ou administradores. Para o jurista a desconsideração deflui da prática de ato em desacordo com as finalidades da empresa, de forma que deve ser aplicada sempre que as pessoas físicas agem como pessoas jurídicas com a intenção de lesar terceiros, e assevera:

[...] a desconsideração da personalidade jurídica deve ser operada como consequência de um desvio de função, ou disfunção, resultante sem dúvida, as mais das vezes, de abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui um ato

²⁰ BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais* ... p. 31.

²¹ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, ps. 15-17, *apud* BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais*... p. 31.

ilícito. Daí por que não se deve cogitar da sanção de invalidade, pela inadequação de sua excessiva amplitude, e sim da ineficácia relativa²²

Ao comentar o art. 592, II, do CPC/1973, Zavascki observa que a utilização anômala da personalidade jurídica pelos sócios para fraudar a Lei e obter vantagens indevidas em detrimento de terceiros justifica a desconsideração e permite ao juiz “erguer o véu” para desnudar o jogo de interesses que proliferou no oculto sob o manto da personalidade jurídica²³.

Como conclusão é importante observar que a desconsideração da personalidade jurídica é uma técnica de interpretação do direito utilizada sempre que houver o desvirtuamento da atividade institucional, o mau uso da pessoa jurídica, para confrontar a Lei ou o contrato, de forma a prejudicar interesses de terceiros, ressalvado que se trata de uma medida de exceção, que não se justifica como meio de facilitação para superar a insolvabilidade e o inadimplemento, salvo nas situações ressalvadas em Lei.

Assim, sem que haja a efetiva má utilização da personalidade jurídica, e sem a comprovação do nexos causal entre as condutas das pessoas físicas que se qualifiquem como abuso ou fraude, praticados com a finalidade de prejudicar terceiros, não se pode cogitar da desconsideração da autonomia patrimonial da personalidade jurídica, apenas como meio de superar eventual insolvência.

Também há que se observar a linha do tempo, a constituição do patrimônio e a relevância entre as condutas impugnadas e o resultado objetivado, dentro de uma dialética que resulte e justifique o édito da desconsideração, pelo intérprete construtor da regra matriz da desconsideração, mediante a utilização do instrumento introdutor da nova realidade no ordenamento jurídico, de forma a produzir os efeitos pontuais do afastamento da autonomia da personalidade jurídica.

Por isso é da maior relevância o estudo do incidente de desconsideração da personalidade jurídica introduzido pela Lei nº 13.105/2015, o que veremos adiante, pois constitui o instrumento indispensável a legitimar a aplicabilidade do instituto, por proporcionar a dialética e decisão de autoridade apta a introduzir a nova realidade jurídica no sistema, de forma a produzir os efeitos que lhe são afeitos.

Finalmente, é importante pontuar que a desconsideração da personalidade jurídica não está condicionada a determinadas espécies de sociedades, de forma que todo sujeito titular de

²² COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 286

²³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao código de processo civil (arts. 566 a 645)*. Vol. 8. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 254.

direito, esteja ou não qualificado como pessoa jurídica, potencialmente poder dar azo a desvirtuamento de imputação pelo mau uso da entidade, de forma que está sujeito à técnica da desconsideração para revelar a ilicitude oculta.

Importante observar, como adiante será tratado, que existem situações excepcionadas no direito positivo, onde a responsabilidade patrimonial limitada é estendida para outras pessoas independente da técnica, do abuso ou de fraude, simplesmente porque a objetividade jurídica resguardada reclama o tratamento excepcionado, como, por exemplo o dano ao meio ambiente.

Nessas hipóteses não há que se analisar o tema sobre o prisma da desconsideração, mas sim da extensão, da atribuição de responsabilidade patrimonial a terceiro por força do evento qualificado pelo direito positivo.

Conforme observou a Ministra Nancy Andrighi em julgamento no Superior Tribunal de Justiça²⁴, a doutrina costuma tratar o tema da desconsideração sobre as premissas de uma “teoria maior”, retratada no art. 50, do Código Civil, que estabelece a regra geral para a aplicabilidade do instituto sob a perspectiva não apenas da insolvência, somando-se a esta a necessidade de demonstração do abuso mediante o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial; que se contrapõe a uma “teoria menor” prevista no direito positivo (Direito do Consumidor e Direito Ambiental), que excepcionalmente prescinde da comprovação do abuso, bastando para configurar a responsabilidade a prova da insolvência patrimonial da personalidade jurídica.

Segundo a motivação do julgamento para a teoria menor a responsabilidade patrimonial por extensão decorre do risco empresarial envolvido com as objetividades jurídicas tuteladas, ínsito ao risco das atividades econômicas desenvolvidas, de forma que deve ser suportado pelos sócios e administradores da empresa, que respondem pelos prejuízos suportados por terceiros, independente de culpa ou dolo, tão somente pelo fato da insolência da pessoa jurídica.

Nessas hipóteses retratadas no acórdão não estamos diante de uma situação típica de aplicação da *disregard doctrine* mas da imputação direta objetiva e abstrata pelo risco da atividade econômica, circunstância assumida pelo empreendedor ao escolher a atividade

²⁴ STJ, REsp. nº 279.273-SP, “Terceira Turma”, j. 04/12/2003, DJ 29.03.2004. De onde se destacam os seguintes trechos da ementa: “A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração)”.

Do mesmo acórdão, sobre a teoria menor: “A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova da insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. – Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica”.

econômica, de forma que ante ao prejuízo proporcionado a distribuição da responsabilidade patrimonial independe de conduta ilícita para a responsabilização de pessoas diversas, mas tão somente da insolvência da pessoa jurídica que desenvolve a atividade.

Não se pode aplicar as premissas dessa teoria menor fora das hipóteses tuteladas pelo direito positivo, em objetividades jurídicas diversas envolvidas em outras relações obrigacionais, ainda que semelhantes, mas não contempladas nos comandos normativos de regência.

Por outro lado, ainda que diante de hipótese de aplicabilidade da teoria menor pode ser necessário aprofundar a análise dos elementos que revestem a relação jurídica, e que muitas vezes estão ocultos sob o manto protetivo da autonomia, hipótese em que se pode valer da desconsideração ante a prova do abuso para revelar o ilícito utilizado para ocultar a própria aplicabilidade da teoria menor. Nessas hipóteses é imprescindível a utilização do mecanismo da teoria maior e instrumental que lhe é ínsito para fazer valer a desconsideração.

1.2. NATUREZA JURÍDICA

De proêmio é necessário distinguir a desconsideração da personalidade jurídica da despersonalização de pessoa jurídica, hipótese essa de extinção da personalidade, de dissolução e extinção da empresa, tratada no art. 51, do Código Civil.²⁵

A despersonalização extingue a personalidade jurídica e atinge a capacidade de praticar os atos negociais, o que se mostra prejudicial à universalidade dos atos e negócios praticados, isso porque produz efeitos em relação a todas as atividades e obrigações da pessoa jurídica, o que difere da desconsideração que apenas opera pontualmente, em relação à hipótese levada à apreciação judicial.

Segundo o vocabulário jurídico, desconsideração “significa que determinados efeitos não incidem como, por exemplo, a ineficácia dos atos do falido em relação à massa falida ou a ineficácia da alienação do bem pela ocorrência de fraude de execução”.²⁶

De fato, na desconsideração da personalidade jurídica não se considera a autonomia patrimonial de personalidades em determinadas situações concretas, justificadas por circunstâncias definidas como abusos ou fraudes, eis que estamos diante da ineficácia pontual da autonomia, para aquela particular situação que se mostra maculada.

²⁵ Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua. (CC - Lei nº 10.402, de 08 de janeiro de 2002)

²⁶ De Plácido e Silva, Vocabulário jurídico. 14. ed. Rio de Janeiro: 1998, p. 428.

Para Theodoro Júnior, “a aplicação da sanção da *ineficácia*, e não da *invalidade*, decorre de uma valoração da lei em torno dos interesses a regulamentar numa prevista conjuntura em que certo negócio jurídico se desenvolve”.²⁷

De fato, a natureza jurídica do instituto é de ineficácia relativa da personalidade jurídica, de forma que atinge apenas àquela determinada situação para a qual não deve permanecer a autonomia patrimonial da personalidade jurídica, a ocultar o abuso ou a fraude.

O ato ou negócio jurídico praticado permanece válido e produzindo os efeitos no âmbito em que se deu, inclusive perante as partes e terceiros, mas é ineficaz apenas na especial circunstância que justifica a desconsideração, onde sua eficácia jurídica subjetiva é delimitada pela condição excepcional do uso abusivo ou fraudulento para prejudicar terceiro.

Nos estudos de Ramos, a desconsideração da personalidade jurídica “se traduz, na seara da teoria geral dos atos jurídicos num fenômeno final de ineficácia relativa do contrato ou estatuto societário”.²⁸

No escólio de Justen Filho os efeitos da personificação societária são ignorados de forma limitada ao caso em que se justifica o afastamento de forma a permanecer eficaz todos os atos praticados pela empresa, inclusive perante terceiros, sendo a desconsideração o “suposto de ineficácia da personalidade jurídica”.²⁹

Ao tratar da natureza jurídica do instituto Requião ensina:

O mais curioso é que a “disregard doctrine” não visa a anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a personalidade jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem. É o caso da declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, incólume para seus outros fins legítimos.³⁰

Dessa forma, a natureza jurídica da desconsideração da personalidade jurídica é de uma tutela declaratória do modo de ser de uma relação jurídica e constitutiva de nova situação de vinculação do patrimônio de terceiro à obrigação da qual não participou da formação.

Através da entrega da tutela de superação da eficácia pontual dos efeitos da autonomia patrimonial para aquela hipótese concreta justificadora da medida (ineficácia relativa), permanece incólume a personalidade e os atos praticados em relação às demais hipóteses que

²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Negócio jurídico. Existência. Validade. Eficácia. Vícios. Lesão. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 780, 2000, p. 17.

²⁸ RAMOS, Ernesto Lopes. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1995, p. 222.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 88-89.

³⁰ REQUIÃO, Rubens. *Abuso...*, p. 14.

não se relacionem ao evento questionado. Dessa forma entende o julgamento do Recurso Especial nº 970.635-SP, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que interpreta o instituto como:

A desconsideração da personalidade jurídica pode ser entendida como a superação temporária da autonomia patrimonial da pessoa jurídica com o intuito de, mediante a constrição do patrimônio de seus sócios ou administradores, possibilitar o adimplemento de dívidas assumidas pela sociedade.³¹

Interessante observar que nesse especial aspecto a desconsideração da personalidade jurídica, conquanto possua âmbito muito mais amplo, se assemelha ao instituto da fraude de execução, onde o negócio jurídico de alienação ou oneração de bem é ineficaz perante a execução civil, considerada essa desde o ajuizamento da ação com potencial de tornar insolvente o futuro devedor.

Todavia, independente da natureza, conforme assevera Chamberlain os efeitos jurídicos da desconsideração atingem de forma mais ampla a sujeição patrimonial e explica:

No que diz respeito aos efeitos jurídicos, a desconsideração implica a ampliação objetiva e subjetiva da responsabilidade patrimonial, ou seja, *todos* os bens penhoráveis de um *novo* sujeito, que não participava da relação jurídica material originária, ficarão sujeitos à expropriação. Excluem-se assim, dos quadrantes teóricos da desconsideração patrimonial, a imputação de obrigações pessoais e a invalidade de negócios jurídicos.³²

Assim, além de ignorar a autonomia patrimonial da personalidade subjetiva, a desconsideração da personalidade pode levar à sujeição patrimonial de sócios ostensivos ou ocultos, administradores ou até mesmo de terceiros, que venham a se relacionar com a atividade da empresa, e obtenham benefícios em detrimento de terceiros credores ocultados pela personalidade jurídica da devedora que venha a se tornar inadimplente ou até mesmo insolvente.

Conforme Justen Filho a desconsideração implica a ignorância da personificação societária para uma hipótese concreta onde “aprecia-se a situação jurídica tal como se a pessoa jurídica não existisse, o que significa que se trata a sociedade e o sócio como se fosse uma mesma e única pessoa”.³³

Para Oliveira a desconsideração tem o efeito de suspender, no caso concreto submetido a julgamento, a eficácia da separação da personificação entre “pessoa jurídica e pessoa

³¹ STJ – REsp nº 970.635-SP (2007/0158780-8), “Terceira Turma”, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10/11/2009, DJe: 01/12/2009.

³² CHAMBERLAIN, Hector Cavalcanti. *O incidente processual...*, p. 66.

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade...*, p. 55

membro”³⁴ o que leva à submissão patrimonial de terceiros como se a autonomia subjetiva inexistisse naquele episódio.

Conforme a influência da dogmática estrangeira e do escólio de Rubens Requião³⁵ a desconsideração se operaria no plano da eficácia relativa da personificação para o caso específico em julgamento (ineficácia relativa), de forma que haveria a inoponibilidade da personificação da pessoa jurídica para a hipótese submetida à apreciação, permanecendo válida a autonomia patrimonial e das personalidades para todas as demais hipóteses e relações jurídicas praticadas.

Todavia a desconsideração transcende o universo das concepções sobre os planos de vigência e eficácia da personificação, pois tem o condão de atingir terceiros que sequer fazem ou fizeram parte da composição societária personificada, como nos casos de grupos econômicos ou mesmo de terceiros utilizados para encobrir a responsabilidade patrimonial do efetivo responsável ocultado pelo expediente personificante, como, por exemplo sócios ocultos ou “laranjas”, isso sem falar na responsabilidade inversa pela dissimulação de dívidas pessoais dos sócios.

Assim, a desconsideração se reveste da natureza jurídica de tutela constitutiva e declaratória do modo de ser de uma relação jurídica e tem o condão de estender a responsabilidade patrimonial àquele que originalmente não se apresenta como responsável obrigacional naquela específica relação jurídica, ocultado pela autonomia da personalidade jurídica e separação artificiosa dos patrimônios envolvidos na relação operada no plano factual.

1.3. PRESSUPOSTOS GERAIS DA DESCONSIDERAÇÃO. “TEORIA MAIOR”.

O artigo 50 do Código Civil³⁶ introduziu no ordenamento positivo os pressupostos gerais de construção da regra matriz de incidência da desconsideração da personalidade

³⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 262.

³⁵ REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito...*, p. 14.

³⁶ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

jurídica, o que agregado ao instrumento adequado (incidente de desconsideração da personalidade jurídica) serve de alicerce para a construção da base normativa para o arcabouço geral de aplicabilidade do instituto, não apenas no campo obrigacional, mas em todas as hipóteses que demandem a entrega de tutelas específicas de desconsideração pontual de autonomia da personalidade jurídica, de forma a introduzir a nova realidade no sistema jurídico pertinente ao julgamento do caso concreto.

A denominada “Teoria Maior” da desconsideração, regra de exceção, exige a confluência de pressupostos para conduzir à superação da personalidade jurídica sendo a primeira premissa o uso anormal, abusivo da autonomia patrimonial de empresa, de forma a ocultar ou blindar o patrimônio responsável pelo adimplemento da obrigação.

O dispositivo de regência qualifica o abuso no uso das formas pelo desvio de finalidade, eis que dentre os objetos sociais, suas finalidades institucionais, não podem estar incluídas atividades contrárias à Lei, fraudulentas, tendentes a frustrar a garantia patrimonial de credores, o que, em última análise, constitui ilícito passível de conduzir à superação pontual da personalidade jurídica.

Abuso de direito é o exercício anormal de um direito, com o desvirtuamento dos escopos ditados pela objetividade jurídica tutelada, contrariando a finalidade social e o bem comum. No contexto da desconsideração é o uso do direito em situação anômala, com a finalidade estranha às atividades da personalidade jurídica, com a finalidade de prejudicar terceiros.

O Código Civil conceitua abuso de direito como “também comete ato ilícito o titular de um direito, que ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.³⁷

Aliás, o § 1º, do artigo 50 do Código Civil textualmente menciona a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores (fraude) ou praticar atos ilícitos de qualquer natureza, o que remete à concepção mais ampla de afrontar ou tergiversar o comando normativo de regência que se pretende burlar.

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica. (redação dada pela Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019)

³⁷ Art. 187, *caput*, do Código Civil, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2.002.

De fato, os objetivos naturais que dão azo ao vínculo societário se voltam ao exercício de atividade econômica legítima, de forma que se reveste de objeto lícito, partes (sócios) capazes e forma prescrita ou não defesa.

Pessoa jurídica criada artificiosamente, com finalidade dissimulada, sem objeto lícito, apenas para fraudar a Lei ou lesar credores não pode ser considerada senão como um simulacro, incapaz de produzir a segregação personificada, notadamente de patrimônios, pois é insofismável a fraude pelo desvio de finalidade, onde atos e negócios são praticados em desacordo com as atividades da empresa.

Nesse caso é necessária a comprovação de conduta culposa ou dolosa dos sócios e/ou de terceiros, que demonstre o uso anormal, deturpado, dissimulado, desvirtuando os objetivos sociais, com intuito de benefício próprio em prejuízo de terceiros.

Também menciona o dispositivo de regência a figura da confusão patrimonial, elemento objetivo que conduz à desconsideração, consubstanciado na ausência de separação de fato dos patrimônios dos sócios e da pessoa jurídica que constituíram.

Nessa hipótese existe a transferência e movimentação de ativos e passivos misturando o patrimônio da empresa com o patrimônio dos sócios, como ocorre por exemplo com o pagamento de dívidas dos sócios pela empresa, transferências de ativos sem contrapartida, utilização de bens da empresa (imóveis, veículos, máquinas), etc.

Sempre que não exista uma separação real e divisão clara das titularidades, com eventos gerados e justificados nas respectivas órbitas, delimitadas pelos negócios e atividades respectivas, pertinentes aos patrimônios independentes, estar-se-á na seara da confusão, da união de patrimônios o que justifica o entendimento contrário à segregação embasado no manto da autonomia personificada.

Importante observar que as hipóteses mencionadas no parágrafo 2º, do art. 50, do Código Civil, caracterizadoras de confusão patrimonial, que prescindem do elemento subjetivo (intenção) para a caracterização, compõe um rol exemplificativo, pois não contempla todas as hipóteses possíveis de serem concebidas, e abre a interpretação quando menciona “outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial”.

Não menos importante é a necessidade de se demonstrar o prejuízo, que decorre da insolvência daquele que estava obrigado a uma prestação e não o fez e nem possui lastro para responder pelo prejuízo.

A desconsideração, como um incidente processual, provocado em razão de pedido fundado na inexistência de patrimônio para responder pela obrigação veiculada em ação proposta, se justifica apenas na manutenção da garantia patrimonial capaz de suportar o objeto

da demanda conexa, que se reveste de prejudicialidade na medida em que a solvência do crédito ou qualquer forma de extinção da obrigação conduz à perda do objeto da demanda paralela de desconsideração.

1.4. ESPÉCIES DE DESCONSIDERAÇÃO: INDIRETA; EXPANSIVA E INVERSA

Várias formas de desconsideração podem ser concebidas, e vem sendo aceitas pela doutrina e jurisprudência contemporânea, na medida em que os mecanismos de abuso de forma e desvio de finalidade vão se tornando cada vez mais sofisticados e elaborados em complexas operações, onde muitas vezes se torna difícil identificar os pressupostos tradicionais da desconsideração da personalidade jurídica.

Dentro da dogmática contemporânea é possível conceber diversas espécies (variáveis) da desconsideração, tratadas à luz de suas peculiaridades, mas que convergem para o mesmo abuso na utilização da personalidade jurídica para ocultar a responsabilidade patrimonial a que deu causa e que deve, por isso, responder pela obrigação.

Com ênfase em classificação doutrinária podemos falar em desconsideração indireta da personalidade jurídica, variante da teoria maior, onde os abusos e fraudes são praticados dentro de conglomerados de empresas e grupos econômicos. Nesse caso, a conduta ilícita é praticada por empresa controlada, coligada, subsidiária ou integral em benefício do controle e/ou de seus sócios, com o fito de obter benefícios indevidos em prejuízo de terceiros.

Nessa hipótese, a superação da autonomia personificada da empresa controlada é levantada para que emergja a responsabilidade e o patrimônio da controladora ou beneficiado ilicitamente, de forma a responder pela obrigação. O tema já mereceu apreciação e julgamento pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que prestigiou a desconsideração indireta por ter a controlada agida como *longa manus* da empresa controladora.³⁸

Pela desconsideração indireta é possível apurar as responsabilidades que se ocultam dentro de complexas operações societárias e de fundos de investimentos onde se pode levantar o véu das operações e responsabilizar o patrimônio de controlador beneficiado à custa do prejuízo produzido por controlada, subsidiada e/ou coligada.

³⁸ STJ, REsp nº 744.107/SP (2005/0065888-2), “Quarta Turma”, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 20/05/2008, DJe 12.08.2008. Site oficial Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500658882&dt_publicacao=12/08/2008 acesso em 26/10/2022.

Mas apenas a teoria da desconsideração indireta não é suficiente para resolver as diversas formas de abusos e fraudes, pois ainda assim reclama a existência de um vínculo de fato ou de direito entre sócios e/ou empresas controladoras, controladas, coligadas ou subsidiárias, o que pode não existir formalmente ou ser de difícil constatação.

Isso é muito comum nas hipóteses em que se oculta o patrimônio em situações de aparência, ou escondidas sob a roupagem da independência e autonomia supostamente real, como se não houvesse qualquer relação entre as partes, como nas hipóteses de empresas fictícias, testas de ferro, laranjas, etc.

Através da desconsideração da personalidade jurídica expansiva é possível descortinar o manto sob o qual o sócio ou a empresa age por meio de outras pessoas ou empresas, que efetivamente praticam as atividades e contraem as obrigações sem lastro, de forma a emergir a responsabilidade do patrimônio beneficiário das operações encobertas, que efetivamente deve por elas responder.

Nessa hipótese uma entidade age ocultada por terceiros para não responder pelo descumprimento de obrigações contratadas, de forma que a responsabilidade recai sobre a personalidade desses terceiros, evitando atingir o patrimônio do verdadeiro operador e beneficiário da operação.

Não existe efetivamente nenhum vínculo formal entre o patrimônio ocultado pela atividade da personalidade jurídica, que ostensivamente pratica os negócios e assume as obrigações, e o verdadeiro beneficiário do produto auferido.

A teoria expansiva visa transcender os limites da formalidade para que a desconsideração da personalidade jurídica possa atingir o patrimônio de sócios ocultos, ou pessoas que se utilizam das formas e personalidades para frustrar o pagamento de credores por obrigações que lhes dizem respeito.

Mais do que isso, objetiva atribuir a responsabilidade patrimonial por sanções, penalidades e restrições legais ou contratuais, quando por ventura outra personalidade jurídica objetiva encobrir as relações jurídicas anteriores para frustrar a aplicabilidade do comando normativo imposto.

A dogmática de Farias se refere à desconsideração expansiva da personalidade como uma “nomenclatura utilizada para designar a possibilidade de desconsiderar uma pessoa jurídica para atingir a personalidade do sócio oculto, que, não raro, está escondido na empresa controladora”.³⁹

³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil - teoria geral*. 9. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.455.

O campo de atuação é muito fértil, pois essa modalidade surgiu para coibir comportamentos abusivos e fraudulentos, mediante o ardil de criação de novas personalidades jurídicas ou utilização de outras pessoas para se esquivar de dívidas e penalidades contraídas.

A sofisticação dos instrumentos utilizados, inclusive com interpostas pessoas e empresas, pode levar à necessidade de se levantar o véu das operações personificadas para expor a origem e o caminho das relações jurídicas, os reais destinatários dos recursos de forma a arcarem com as obrigações.

É necessário comprovar a fraude e o abuso, bem como o prejuízo, que decorre da insolvabilidade, e o beneficiário da artificialidade, para se aplicar a desconsideração, e, através dela, constituir o vínculo obrigacional introduzindo-o no sistema a que está inserido.

Tal operação tanto pode se dar no âmbito das obrigações, como em hipóteses administrativas, para frustrar penalidades, por exemplo, de não contratar com o Poder Público em hipóteses de rescisão de contratos administrativos, ou mesmo para eliminar a proteção à concorrência em casos de concentração de mercado, ou ainda de transferências patrimoniais artificiosas e criação de passivos, com o objetivo de dilapidar bens sujeitos à meação no direito de família.

Nesse sentido já ocorreu manifestação no âmbito administrativo, pelo Tribunal de Contas da União⁴⁰, que aplicou a teoria expansiva da desconsideração da personalidade jurídica para levantar o véu personificado de empresa anteriormente penalizada, de forma que a penalidade pudesse ser cumprida perante nova empresa, constituída com o mesmo objeto e pelos sócios anteriores para defraudar a proibição imposta.

Os fundamentos da desconsideração expansiva reverberaram os princípios da probidade e da moralidade administrativa, bem como a indisponibilidade do interesse público, levando em conta a gravidade dos fatos que deram origem à penalidade.

Tal decisão foi impugnada pela via do Mandado de Segurança⁴¹ em razão da ausência de competência do TCU em face do princípio de reserva da jurisdição, eis que o Órgão não

⁴⁰ TCU, Acórdão 2593/2013, Plenário, processo nº TC-000.723/2013-4, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Ata 37/2013 - Plenário, j. 25/09/2013. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/TC-000.723%252F2013-4/NUMACORDAO%253A2593%2520ANOACORDAO%253A2013%2520RELATOR%253A%2522WALTON%2520ALENCAR%2520RODRIGUES%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520> Acesso em 29 out. 2022.

⁴¹ STF, MS nº 32.494-DF, número único: 9993042-79.2013.1.00.0000, Rel. Min. Celso de Mello, Medida Cautelar em 11.11.2013, DJe 13.11.2013. Site oficial, disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=183954573&ext=.pdf> Acesso em 29 out. 2022.

exerce jurisdição frente às empresas. Também foi impugnada a aplicação da teoria em sede administrativa face aos princípios da legalidade e da intranscendência das sanções administrativas e medidas restritivas, o que mereceu a concessão parcial da cautela liminarmente para suspender a imposição da penalidade de suspensão de licitar e proibição de contratar com a Administração Pública Federal à nova empresa atingida pela desconsideração da personalidade jurídica.

Conquanto o tema não tenha sido apreciado com amplitude e o enfrentamento do mérito, o que ainda ocorrerá pelo colegiado do Pretório Excelso, a motivação monocrática exarada pelo Ministro Celso de Mello aponta no sentido da possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica expansiva em sede administrativa, e cita outro precedente do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido, onde afirma:

A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.⁴²

Dessa forma, a variante expansiva da desconsideração vem sendo sedimentada nos Pretórios Superiores de interpretação e aplicabilidade do direito estrito, de forma que o mecanismo inibitório ao uso abusivo e fraudulento de personalidades jurídicas deve se impor pelo instrumento da desconsideração, através do procedimento próprio, para expor a responsabilidade patrimonial encoberta pelo manto protetor personificado.

Sobre o tema Mariana Rocha Correa⁴³ se refere a três exemplos de desconsideração expansiva da personalidade onde tribunais aplicaram a inovação para atribuir a responsabilidade patrimonial à pessoa ocultada pela personificação. No trabalho de conclusão de curso observa com muita propriedade:

Assim, se verifica a grande inovação que esse novo desdobramento da personalidade jurídica trouxe ao nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que a partir da implementação desta teoria nos casos concretos surgiu mais uma possibilidade dos credores terem o adimplemento das obrigações assumidas pelos devedores garantidas, pois não é necessário se limitar ao patrimônio dos sócios, que nos casos abrangidos por esta teoria geralmente são pessoas com poucas posses, para atingir o patrimônio do verdadeiro sócio que fica oculto diante do desenvolvimento de suas atividades para não ser responsabilizado por eventual inadimplemento da empresa.

⁴² STJ - RMS 15.166-BA, “Segunda Turma”, rel. Min. Castro Meira, j. 07/08/2003, RSTJ, vol. 172, p. 247

⁴³ CORREA, Mariana Rocha. A eficácia da desconsideração expansiva da personalidade jurídica no sistema jurídico brasileiro. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/MarianaRochaCorrea.pdf. Acesso em: 29 out. 2022.

O primeiro julgamento⁴⁴ trata de uma empresa familiar onde se detinha as vantagens da atividade produtiva de outra empresa ervateira, o que foi revelado pela desconsideração e atribuída a responsabilidade encoberta pela operação. No segundo julgamento⁴⁵ foi analisada hipótese de marido, sócio oculto, que se escondia sob o manto da autonomia patrimonial do nome da esposa no exercício da atividade empresarial, o que tinha por objetivo proteger o seu próprio patrimônio, e que caiu por terra ante a desconsideração que veio a responsabilizar o patrimônio ocultado. E o terceiro exemplo trata de uma fraude onde as cotas societárias foram transferidas para um funcionário sem patrimônio, hipótese em que a desconsideração veio a revelar e submeter o patrimônio dos sócios ocultos à execução⁴⁶.

A bem da verdade essa espécie de desconsideração está inserida em um contexto de simulação absoluta, o que tornaria negócios e efeitos nulos de pleno direito, o que poderia a levar ao afastamento das consequências advindas do ato simulado, a ser arguido a qualquer tempo e sem formalidades especiais. Todavia, no ambiente próprio do incidente de desconsideração, com o contraditório e a produção de provas pertinente, haverá a entrega da tutela jurisdicional específica que introduz a vinculação patrimonial no ordenamento jurídico, o que se traduz em segurança jurídica.

⁴⁴ TJRS. ApCív.: 598586196, 1ª Câmara de Férias Cível, rel. des. Luiz Felipe Silveira Difini, j. 15.06.1999.

Ementa: “EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. IMPROCEDÊNCIA. Demonstração, mediante prova nos autos, que os embargantes eram sócios ocultos da empresa executada, vez que esta se caracterizava como empresa familiar, na qual toda a entidade familiar detinha vantagens com a atividade ervateira. Negado provimento ao apelo.”

⁴⁵ TJRJ. ApCív.: 0005742-40.2002.8.19.0031, 7ª Câmara Cível, rel. Des. José Geraldo Antônio, j. 25.04.2006, pub. 28.04.2006.

Ementa: “EMBARGOS DE TERCEIRO - EXECUÇÃO CONTRA EMPRESA COMERCIAL - SÓCIO OCULTO - FRAUDE A CREDOR - DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA - POSSIBILIDADE - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

O marido que se oculta por trás do nome da mulher, para exercer atividade empresarial, identifica-se como sócio oculto (Artigo 305 do Código Comercial) e responde com seus bens particulares pela dívida da empresa, cuja personalidade jurídica pode ser desconsiderada. Configura fraude a credor firmar contrato de locação como falso representante da empresa locatária. Aquele que postula direito com fundamento em fato que sabe inverídico é litigante de má-fé (artigo 17, II, do CPC). Improvimento do apelo.”

⁴⁶ TJRJ. Apelação Cível n. 0012362-37.2002.8.19.0203, 16ª Câmara Cível, rel. Des. Ronald Valladares, j. 06/06/2006, pub.20.06.2006.

Ementa: “Apelação. Ação ordinária. Ação indenizatória. Desconsideração da personalidade jurídica. Sentença parcialmente procedente. Afigura-se evidente intuito fraudatório a transferência de todas as cotas sociais a funcionário da empresa. Desconsideração da personalidade para atingir o patrimônio dos sócios ocultos. Fraude contra credor configurada, que bastaria por si só à desconsideração. Obrigação pretérita. Sentença parcialmente reformada. Provimento do primeiro apelo e desprovimento dos demais recursos.”

Finalmente há que se tratar da desconsideração da personalidade jurídica inversa, figura tratada textualmente no art. 133, § 2º, do Código de Processo Civil.⁴⁷

A desconsideração da personalidade jurídica inversa tem lugar quando o devedor transfere o patrimônio de sua titularidade para a pessoa jurídica da qual é sócio, controlador ou coligado, objetivando esconder o patrimônio sob o véu da autonomia patrimonial da personalidade jurídica, de forma a evitar a sujeição desse patrimônio à solvência do débito que é de sua responsabilidade.

É o afastamento da autonomia patrimonial da empresa para responsabilizar a personalidade jurídica pela dívida do sócio, cujo patrimônio está incorporado à sociedade, o que se faz para coibir o desvio de bens, sujeitando-os à solvabilidade das dívidas contraídas pelo sócio insolvente.

Nesse sentido vem decidindo a jurisprudência como se pode observar na motivação do Acórdão julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal⁴⁸:

Nessa última modalidade, a desconsideração revela-se útil quando o devedor, para esquivar-se de seus credores, formalmente transfere seus bens particulares a pessoa jurídica sob seu controle direto ou indireto. Em tais casos, a extensão dos efeitos da obrigação do sujeito devedor à pessoa jurídica por ele controlada frustra a manobra fraudulenta, pois permite que o credor se satisfaça à custa do patrimônio social. Curiosamente, uma das primeiras ocorrências de desconsideração da personalidade jurídica já relatadas deu-se na modalidade inversa. Trata-se do caso *First National Bank of Chicago v. Trebein Company*, julgado em 1898. Para evitar que seu patrimônio fosse consumido por suas dívidas, F.C. Trebein constituiu, com quatro familiares, a empresa Trebein Company, transferindo-lhe todos os seus bens. No entanto,

⁴⁷ 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.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica. (CPC, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015).

⁴⁸ TJDF, AgInst.: 0702453-23.2021.8.07.0000, Acórdão 1352316, 7ª Turma Cível, rel. Des. Leila Arlanch, j. 30.06.2021, DJe 23.07.2021.

Ementa: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INCIDENTE. PREVISÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REQUISITOS LEGAIS. CÓDIGO CIVIL. NÃO CONFIGURADOS.

1. O caso dos autos versa sobre a possibilidade de desconsideração inversa da personalidade jurídica para atingir bens de empresa, que não compôs a relação material primária, sequer a atual relação processual, tendo em vista a parte agravante alega ter diligenciado no intuito de localizar bens penhoráveis, sem êxito, além do fato de o agravado possuir procurações para representar a aludida empresa, cuja sócia é sua mãe.

2. A desconsideração inversa da personalidade jurídica é um incidente processual pleiteado pelas partes ou Ministério Público, quando lhe couber intervir no Processo, e cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

3. A aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica exige determinados requisitos, dentre eles: a) existência de abuso de direito, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial entre os bens do devedor e a sociedade a ser atingida; b) transferência formal do patrimônio do devedor à pessoa jurídica sob seu controle direto ou indireto.

4. Agravo de instrumento desprovido.”

seus credores acusaram a manobra e afirmaram em juízo que a companhia havia sido criada com o propósito de defraudá-los. O argumento foi acolhido pela Suprema Corte de Ohio, que considerou a empresa responsável pelo pagamento das dívidas de F. C. Trebein.

A desconsideração inversa permite a responsabilização patrimonial de uma empresa pela obrigação assumida por outra quando ambas estejam direta ou indiretamente submetidas ao mesmo controle, em grupos econômicos – sejam eles de fato ou de direito, de forma a coibir a transferência de ativos e passivos entre conglomerados empresariais com a finalidade de fuga da responsabilidade.

O mesmo ocorre na situação de sucessão irregular, onde os controladores de uma empresa insolvente ou prestes a se tornar, transferem clandestinamente as atividades a u'a nova pessoa jurídica, de forma que esta não se vincule às dívidas acumuladas, mas se beneficie de processos produtivos, nome e reputação, *goodwill* e demais componentes materiais e intangíveis do patrimônio da empresa insolvente sucedida. Nessas hipóteses o compartilhamento de ativos entre as empresas sucedida e sucessora indica a confusão patrimonial a dar azo à desconsideração, para que também os passivos sejam compartilhados por ambas.

Da mesma forma que a desconsideração direta, a inversa também constitui medida excepcional que demanda a demonstração do abuso (ilícito), caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, tendente a frustrar a solvência e prejudicar credores, o que demanda o estado de insolvência do devedor responsável pela obrigação.

Importante ressaltar que por tratar o instituto de medida de exceção não se lhe pode aplicar presunções que confrontam a boa-fé e legitimidade dos atos praticados, de forma que o abuso, a fraude e a confusão devem ser comprovadas.

Explana Tomazette, com propriedade, a natureza excepcional do instituto e justifica a aplicabilidade com prudência:

Devido a possibilidade de se desvirtuar a função da personalidade jurídica é que surgiu a doutrina da desconsideração, a qual permite a superação da autonomia patrimonial, que, embora seja um importante princípio, não é um princípio absoluto. Para a teoria maior a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica deve ser utilizada com cautela, devido a importância do princípio da autonomia patrimonial, devendo ser aplicada apenas em casos excepcionais, atendidos determinados requisitos. Já para a teoria menor, basta o não pagamento de um crédito para se utilizar a desconsideração da personalidade jurídica, se a sociedade não tiver bens para honrar suas obrigações.⁴⁹

⁴⁹ TOMAZETTE, Marlon. *Curso ...*, p. 236.

No mesmo sentido é a dogmática de Mamede⁵⁰ que alerta para o fato de que o simples inadimplemento de uma obrigação não justifica exigir do sócio ou administrador o adimplemento com os seus patrimônio próprios, pois a desconsideração da personalidade está ligado ao mau uso da personalidade por quem é beneficiado (sócio ou administrador), de forma que se deve comprovar o abuso de direito e uso de forma, a fraude, dissolução irregular, confusão patrimonial, desvio de finalidade, enfim condutas de gravidade que justifiquem a aplicabilidade do instituto, sendo a decisão jurisdicional fundamentada⁵¹ na prova de ocorrência dos permissivos normativos que dão azo à desconsideração da personalidade jurídica.

O tema será melhor desenvolvido no capítulo que trata do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, porém é importante deixar pontuado que os atos e negócios formais, desenvolvidos entre agentes capazes, que possuam objeto lícito em tese, e observem a forma prescrita em Lei gozam da presunção de legitimidade, de forma que a lide paralela tendente à desconsideração pontual da personalidade atrai o ônus de comprovar os pressupostos da desconsideração, de forma que a ausência ou deficiência de prova deve conduzir à improcedência do pedido de desconsideração.

Importante ainda sopesar, como corolário de postulados basilares maiores, da razoabilidade e proporcionalidade, até mesmo pelo comando normativo enunciado, que restringe a desconsideração pontual aos bens particulares de administradores ou sócios beneficiados de forma direta ou indireta pelo abuso⁵², que não é qualquer irregularidade ou pequenas atitudes que justificam a medida de desconsideração, mas fatos de gravidade compatíveis com a desconsideração que se pretende, e dentro de uma linha do tempo que possa vincular a conduta de segregação ou proteção patrimonial à insolvência do crédito.

Conforme as premissas observadas nesse trabalho, a desconsideração é um instrumento poderoso e eficiente para coibir fraudes e preservar a garantia de solvência do crédito vinculando-o ao patrimônio responsável e garantidor do adimplemento, mas não constitui medida de facilitação de recebimento, de forma que se os atos questionados estiverem desconectados da constituição de obrigação, por óbvio que não se poderá falar em desconsideração.

⁵⁰ MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2012, p.238.

⁵¹ Constituição Federal, Art. 93... IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (Redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, DOU 31.12.2004)

⁵² Art. 50, *caput*, *in fine* do Código Civil.

Dentro desse raciocínio, um patrimônio antigo, constituído pela pessoa do sócio, não estaria sujeito a responder por dívidas contraídas pela empresa muito tempo depois, ou mesmo pela falência, pois não houve conduta dolosa ou culposa envolvendo o patrimônio antigo que pudesse justificar a desconsideração. Mesmo em caso de confusão patrimonial deve haver a compatibilidade e equilíbrio do benefício ilícito com o valor do patrimônio que se pretende atingir.

1.5. DA TEORIA MENOR

A teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica na verdade não trata do instituto em sua acepção pura, apenas veicula uma imputação extraordinária, determinada por opção legislativa, onde prevê a responsabilidade ordinária ou subsidiária ao sócio pelas dívidas da empresa, em condenações oriundas de relações de consumo ou de ressarcimento de prejuízos causados ao meio ambiente.

Trata-se de uma extensão da responsabilidade patrimonial da pessoa jurídica, objetivando resguardar relações jurídicas de maior vulnerabilidade ou que mereçam um tratamento excepcional, onde o risco da atividade econômica é suportado não apenas pela empresa, mas também pelos sócios e administradores ou outras empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico.

É a responsabilidade patrimonial compartilhada em razão do risco da atividade produtiva de bens e serviços, dos interesses envolvidos na contraparte da relação jurídica da atividade econômica, que está enunciada e tutelada nos hipotéticos normativos de regência das atividades específicas.

Nessas hipóteses excepcionais, a imputação da responsabilidade patrimonial compõe a previsão legislativa de regência, de forma que prescinde dos pressupostos específicos que envolvem a ‘teoria maior’ até porque não se investiga o elemento subjetivo, eventual intenção de subtrair o patrimônio da garantia ínsita às obrigações frente a credores, ou mesmo a presença de fraudes ou abusos, pois a responsabilização é objetiva e decorre da simples insolvabilidade do patrimônio da empresa responsável pelo prejuízo.

Nessas hipóteses a construção da regra matriz de incidência da extensão da responsabilidade patrimonial se faz a partir da natureza da relação jurídica de direito material, da previsão normativa da responsabilização excepcional, e da dificuldade de se alcançar o cumprimento da obrigação frente à empresa responsável pela dívida, seja em razão da insolvência, ou de um patrimônio de difícil liquidez ou desproporcional aos valores correspondentes ao débito.

O que o legislador almejou nessas excepcionais situações foi facilitar o ressarcimento dos prejuízos em circunstâncias mais vulneráveis, ou que envolvem interesses de maior relevância, de forma que o risco da atividade econômica, assumida desde o momento em que pessoas ou empresas se uniram em prol do desenvolvimento daquela atividade econômica.

No momento da instituição da empresa os protagonistas traçaram um objetivo societário com a intenção de lucro, de forma que no desenvolvimento desse objeto assumiram a obrigação de ressarcir eventuais prejuízos decorrentes do empreendimento, e de acordo com as peculiaridades da atividade, desde o início tiveram a ciência e consciência, até pelo comando normativo de regência, de que os próprios patrimônios serviriam de garantia e se sujeitariam a adimplir eventuais prejuízos suportados por terceiros.

Tais regras especiais vêm justificadas e tratadas nas Leis que regulamentam as diversas relações jurídicas em suas peculiaridades e vicissitudes, de forma que o tema será desenvolvido com maior profundidade, ao tratar da regulamentação diferenciada nos diversos ramos do direito.

É importante frisar nesse momento que a ‘teoria menor’ trata de situações excepcionais, com previsão normativa expressa, que não servem de paradigma e nem podem ser confundidas com os pressupostos da ‘teoria maior’, a regra geral de aplicabilidade da superação da personalidade jurídica.

2. DA DESCONSIDERAÇÃO NOS DIVERSOS RAMOS DO DIREITO

Sem a intenção de esgotar o estudo dos pressupostos e aplicações casuísticas do instituto nos diversos ramos em que o tema é mencionado, importante contextualizar a forma como esse fenômeno ocorre e os princípios que norteiam a incidência das regras, de forma a fazer um corte metodológico capaz de identificar e classificar a construção da regra matriz de incidência da desconsideração na demanda paralela e a necessidade de se utilizar o incidente processual no contexto.

Por óbvio que a previsão normativa atende aos escopos da objetividade jurídica que se pretende tutelar, sua importância e as vicissitudes da geração das obrigações, bem como a natureza dos interesses envolvidos, a vulnerabilidade dos protagonistas da relação jurídica e a necessidade de se qualificar os fatos que podem dar azo à desconsideração, de forma a exsurgir a norma de vinculação concreta que possa introduzir a nova realidade jurídica no sistema a que está afeita.

Assim, ora estaremos diante de uma imputação direta por ato próprio, em outras hipóteses se fará necessário a comprovação e qualificação dos fatos à luz da teoria maior, para que resulte a entrega de tutela jurisdicional constitutiva do vínculo obrigacional subsidiário, para a implicação do patrimônio alheio ao titular da posição passiva obrigacional, como corresponsável ao cumprimento da obrigação.

De proêmio é importante observar as fontes naturais das obrigações: a lei; o contrato; manifestações unilaterais de vontade e decisões judiciais, de forma que a vinculação patrimonial se cinge aos titulares dessas relações jurídicas no âmbito em que constituem os direitos e a contrapartida.

Expandir a sujeição patrimonial significa expandir a obrigação à responsabilidade de terceiro estranho à constituição natural daquele vínculo, de forma que demanda nova operação de construção da regra matriz de incidência, com os pressupostos necessários ao édito de sujeição expansiva, que se amoldem aos enunciados normativos hipotéticos e resultem na norma individual e concreta de desconsideração e vinculação pontual do patrimônio de terceiro à solvência da prestação insolvente.

Entendemos que nas hipóteses da teoria maior somente a decisão judicial produzida no instrumento processual adequado é capaz de construir a regra individual e concreta de sujeição patrimonial, de forma a formar o título executivo que justificará a excussão do patrimônio alheio para a solvência da obrigação.

Nas hipóteses da ‘teoria menor’ a imputação é direta e já vem prevista na legislação que qualifica os fatos e condutas como fontes da desconsideração, e por consequência, da sujeição patrimonial expansiva, de forma que a desconsideração prescinde do incidente eis que a construção se opera no direito material, bastando a aplicabilidade pelo intérprete com atribuição de constituir a obrigação e introduzi-la no sistema a que está afeita.

2.1. DA DESCONSIDERAÇÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O maior exemplo de adoção de extensão da responsabilidade está inserido no Código de Defesa do Consumidor onde o patrimônio dos sócios responde, de forma solidária, pelos prejuízos causados aos consumidores pelo simples fato da insolvência, ou até mesmo em razão da personalidade jurídica dificultar o recebimento.

Ao introduzir o referencial à *disregard doctrine* o fez com novos enfoques sob influência dos princípios que permeiam a proteção ao consumo, de forma a equilibrar a vulnerabilidade a que está exposto o consumidor, ante à posição preponderante que ostenta fornecedores de bens e serviços em relação ao consumidor.

Há um verdadeiro abismo sócio econômico separando as polaridades dessa relação jurídica, cuja profunda desigualdade foi objeto de proteção pela legislação especial, em busca de assegurar a dignidade e os direitos preconizados pela política nacional de consumo, de forma a facilitar a tutela dos direitos assegurados por meio de mecanismos processuais e de direito material eficazes, capazes de facilitar a defesa dos interesses do consumidor, e assim dar efetividade aos hipotéticos normativos protecionistas.

Os princípios que regem as relações de consumo buscam a prevenção e a completa reparação do dano, de forma a incrementar a tutela à parte concebida nos hipotéticos normativos como mais vulnerável, estabelecendo a solidariedade passiva entre empresas e sócios quando se trata de dano ao consumidor, objetivando com isso fortalecer o consumo e em última instância a ordem econômica e a própria sociedade como um todo.

Apesar de tratar de uma responsabilidade direta, o art. 28 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990⁵³ foi o primeiro diploma normativo que textualmente se referiu à

⁵³ 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).

desconsideração da personalidade jurídica, e estabeleceu como pressuposto à desconsideração a existência de prejuízo ao consumidor e a insolvência da empresa ou mesmo o fato de que a personalidade jurídica constitua obstáculo ao pleno ressarcimento ao consumidor.

Em verdade o enunciado inaugural da *disregard doctrine* no ordenamento jurídico pátrio não se alinha às hipóteses autênticas de aplicação da doutrina, e basta analisar os hipotéticos para constatar que os contextos se inserem em figuras pertinentes à responsabilidade direta por ato ilícito, ou pela conduta própria de forma que a rigor não seria necessário levantar o véu da personalidade jurídica para expor uma responsabilidade ocultada.

A primeira figura a que o enunciado faz referência é a do abuso de direito, que é considerado um ato ilícito consoante a disposição do art. 187, do Código Civil⁵⁴, que na dogmática de Frias e Rosenvald deve ser considerado “ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”⁵⁵

Para Nader o “abuso de direito é espécie de ato ilícito, que pressupõe a violação de direito alheio mediante conduta intencional que exorbita o regular exercício de direito subjetivo”.⁵⁶

Assim, sempre que se estiver diante de uma prática anormal de exercício do direito dentro de uma relação de consumo haverá a responsabilidade subsidiária ou solidária do sócio e/ou empresas coligadas, pelos danos ao consumidor.

A dogmática de Guimarães pontua que haverá o “abuso de direito sempre que a pessoa jurídica representar obstáculo para que a parte mais fraca na relação de consumo possa exercer de forma plena os seus direitos”⁵⁷, o que, aliás, vem ressaltado de forma expressa no art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor.

§ 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.

⁵⁴ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. parte geral*. 10 ed. revista, ampliada e atualizada, Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 681.

⁵⁶ NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Parte geral*, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 553.

⁵⁷ GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. *Desconsideração da personalidade jurídica no código do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 62.

O excesso de poder é o exercício da gestão e administração da pessoa jurídica fora dos limites impostos pelos interesses sociais, das finalidades objetivadas para a constituição da sociedade, que são consignados nos Estatutos e Atos constitutivos. É causa de responsabilidade direta do sócio por ilícito societário interno, conceituado como desvio de finalidade, e que nas hipóteses das relações de consumo atraem a solidariedade de quem praticou o ato para responder solidariamente com o seu patrimônio próprio.

As hipóteses de infração à lei, fato ou ato ilícito são causas naturais de responsabilidade pessoal de quem praticou o ilícito, de forma que se responsabiliza pessoalmente pelo ressarcimento dos danos que dele decorreram, de forma que nas relações de consumo implicam em solidariedade passiva.

Conforme observa Coelho “excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social dizem respeito a um tema societário diverso, que é a responsabilidade do sócio ou do representante legal da sociedade por ato ilícito próprio, embora relacionado com a pessoa jurídica”.⁵⁸

Outras hipóteses cogitadas no enunciado de regência autoriza a desconsideração nos casos de falência, insolvência ou encerramento da empresa por má administração, o que reflete conduta desidiosa, errônea, ímproba, contrária às normas de boa administração, com reflexos prejudiciais na atividade econômica e financeira da empresa, a ponto de a conduzir à bancarrota; insolvência, expressada na impossibilidade de suportar o adimplemento das obrigações, ou ao encerramento da atividade, que pode ser regular ou irregular, mas decorrente da má administração.

Todas essas hipóteses exprimem a responsabilidade direta do sócio administrador, que independem de demonstração de fraude ou confusão patrimonial, e decorrem da impossibilidade de suportar os danos causados ao consumidor.

Considerando as premissas de proteção ao consumo de prevenção e ressarcimento integral dos danos e da solidariedade passiva para complementar a garantia ao recebimento, os parágrafos do dispositivo de regência (art. 28), complementam a extensão da responsabilidade traçando regras de implicação patrimonial de terceiros pelo ressarcimento de danos derivados da relação de consumo.

Assim, prescreve o art. 28, § 2º, da Lei nº 8.078/90, que as sociedades pertencentes a um grupo econômico, assim como as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes das relações de consumo.

⁵⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 64.

Quando menciona as hipóteses o dispositivo se refere aos grupos societários, controladoras e controladas, subsidiárias, enfim, todas as relações formais que vinculem sociedades e empresas sob um controle comum, compartilhado.

Ao referir a responsabilidade patrimonial subsidiária a legislação estabelece que os patrimônios das outras sociedades somente serão alcançados após o esgotamento do patrimônio da sociedade titular da relação de consumo.

Importante ressaltar que ao prever a figura do grupo econômico a lei se refere à situação formalmente estabelecida, conforme contemplado no art. 265 da Lei das Sociedades Anônimas.⁵⁹

Grupos econômicos de fato, empresas fantasmas, sócios ocultos não possuem base comprobatória que introduz essa realidade no sistema jurídico, de forma que a construção do vínculo patrimonial depende da entrega de tutela jurisdicional de sujeição patrimonial que construa a regra matriz de incidência da desconsideração a partir do hipotético normativo descritor, e a situação factual prescrita, o que demanda a produção de prova e necessita subsídio da teoria maior de forma a investigar o elemento subjetivo e a conduta ilícita.

Da mesma forma ocorre com o administrador não sócio ou mesmo o sócio oculto que se vale de “laranjas” ou “testas de ferro”, para os quais não existe a regra de extensão da responsabilidade objetiva pelo simples inadimplemento. Em todas essas hipóteses para construir a regra matriz de incidência da desconsideração deve se valer da teoria maior, com os seus pressupostos.

Nesse sentido já se pronunciou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.862.557-DF, afirmando que “despeito de não exigir prova de abuso ou fraude para fins de aplicação da Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, tampouco de confusão patrimonial, o § 5º do art. 28 do CDC não dá margem para admitir a responsabilização pessoal de quem não integra o quadro societário da empresa, ainda que nela atue como gestor”.⁶⁰

Outra inovação que o Código de Defesa do Consumidor traz é a solidariedade entre as empresas consorciadas, o que decorre de um contrato onde se estabelece uma comunhão de

⁵⁹ Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns. (Lei nº 6404, de 15 de dezembro de 1976).

⁶⁰ STJ – Recurso Especial nº 1.862.557-DF (2020/0040079-6), Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 15/06/2021. Documento 2069407, Inteiro Teor do Acórdão, Site oficial certificado, DJe 21/06/2021. Na motivação do julgamento o Ministro faz referência a outro precedente de julgamento do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido, o Recurso Especial nº 1.658.648-SP, da relatoria do Ministro Moura Ribeiro.

esforços para executar determinada obra ou empreendimento. Nessas hipóteses o consórcio em si não possui personalidade jurídica, e as obrigações das empresas consorciadas estão vinculadas aos termos e condições consentidas na contratação, dentro da liberdade de contratar o que não é defeso.

Independente dos termos consentidos no consórcio e respectivas divisões de trabalho e de responsabilidades, quando a prestação de serviços ou fornecimento de produtos derivados de um consórcio envolvem uma relação de consumo, todas as empresas consorciadas respondem solidariamente por eventuais danos causados ao consumidor.

A regra prevista na legislação de proteção ao consumo excepciona e prevalece por sua especialidade a previsão inserta na Lei das Sociedades Anônimas, em especial o disposto no art. 278, § 1º, que estabelece a ausência de personalidade jurídica e impõe a necessidade de responsabilização individualizada pelas obrigações que resultarem das atividades consorciadas, ressalvando de forma expressa a inexistência de solidariedade.

Com relação às sociedades coligadas, que funcionam em suas relações com independência de administração, gestão e de atividades, se reunindo apenas para otimizar a produção e diminuir os custos, a regra de extensão da responsabilidade patrimonial impõe a observância à ‘teoria maior’, de forma que elas somente responderão pelas obrigações decorrentes das relações de consumo se agirem com dolo ou culpa nas atividades que reflitam na relação de consumo.

E a regra de fechamento inserta na previsão normativa de extensão da responsabilidade em caráter excepcional é a que traduz a essência da ‘teoria menor’, pois prevê a responsabilização objetiva apenas pela insolvência ou pelo simples fato de a personalidade jurídica constituir obstáculo ao ressarcimento de prejuízos aos consumidores.

Contudo, essa hipótese apenas se aplica às situações consolidadas e formalizadas, do sócio e da sociedade, entre as sociedades controladoras e as controladas, não se estendendo a situações de fato ou que demandem a construção da regra matriz de incidência da desconsideração para construir um vínculo jurídico que não se encontra presente a partir dos protagonistas envolvidos na atividade econômica.

2.2. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE NO DIREITO AMBIENTAL

O meio ambiente vem ocupando o cenário da dialética e de estudos a partir da tomada de consciência de sua importância para a manutenção da qualidade de vida, o que vem se impondo na economia globalizada, até para prevenir e evitar catástrofes que venham a impactar a todos.

Conforme o pensamento de Antunes⁶¹ o direito ambiental não pode ser concebido sem levar em conta a acepção econômica eis que seu escopo é regulamentar a apropriação e utilização econômica dos recursos naturais, o que aloca o direito ambiental na órbita dos princípios fundamentais preconizados pela ordem econômica constitucional.⁶²

Considerando o primado da dignidade humana como valor fundamental, e qualidade de vida um de seus corolários a Constituição da República preconiza em diversos dispositivos os direitos e obrigações da sociedade, de empresas e da administração criando uma espécie de elo de ligação entre a ordem econômica e os direitos e garantias fundamentais, a ponto de prever no art. 225 o segundo enunciado programático:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.⁶³

O objetivo do direito ambiental é organizar a sociedade de forma que utilize os recursos com sustentabilidade, de maneira racional, segundo critérios técnicos, atendendo a permissões e vedações daquilo que pode ou não ser apropriado economicamente, isso porque a atividade econômica não apenas utiliza recursos naturais, como se envolve e pode impactar o meio ambiente, de forma que o escopo legislativo é de prevenir que a atividade produtiva prejudique ou cause danos ao meio ambiente.

O direito ambiental busca preservar o meio ambiente, e através dele, a qualidade de vida no planeta, de forma que se insere no cerne da atividade econômica, cuja infraestrutura de

⁶¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 13. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011, p.13-16.

⁶² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

...

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. (Redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003, DOU 31.12.2003)

⁶³ Constituição da República de 05 de outubro de 1988.

produção acaba por perpassar pelo manejo, transformação e utilização de recursos naturais, desde a geração de energia, água, até o tratamento dos dejetos, gases e descartes decorrente da produção.

Essa preocupação que orienta o sistema e a tutela específica das relações jurídicas adotou a concepção da teoria do risco da atividade produtiva, que impõe um dever adicional de prevenir e evitar o dano ambiental, e a contrapartida ao risco assumido com a definição de empreender é a sanção imposta à opção de desenvolver atividade econômica ligada ou com reflexo ao meio ambiente, que se traduz na responsabilidade solidária entre empresas, sócios e administradores, de ressarcirem integralmente eventual dano ambiental, na forma preconizada pela legislação especial de regência.

Dano ambiental na concepção de Antunes é constituído da seguinte forma:

O dano é o prejuízo causado a alguém por um terceiro que se vê obrigado ao ressarcimento. É juridicamente irrelevante o prejuízo que tenha por origem um ato ou uma omissão imputável ao próprio prejudicado. Ação ou omissão de um terceiro é essencial. Decorre daí que dano implica alteração de uma situação jurídica, material ou moral, cuja titularidade não possa ser atribuída àquele que, voluntária ou involuntariamente, tenha dado origem à mencionada alteração.⁶⁴

Segundo Granziera a concepção ambiental de dano deve ser entendida como:

O dano consiste no prejuízo, na perda do valor de um determinado bem, causada por uma ação – ou omissão – específica. O dano é a alteração de uma coisa, em sentido negativo. O dano ambiental seria um prejuízo causado ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.⁶⁵

A preocupação de ressarcimento ao dano ambiental é de importância ímpar tanto que veio regulamentada no art. 225, § 3º, da Constituição da República, no seguinte sentido: “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

A legislação ambiental não tratou propriamente do dano, mas estabeleceu conceitos de degradação e poluição, estabelecendo um nexo entre as atividades que de forma direta ou indireta venham a interferir na qualidade ambiental, ou produzam alteração adversa das características do meio ambiente, de forma a causar prejuízos enumerados no dispositivo de regência⁶⁶.

⁶⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito...* Ob. citada, p. 287.

⁶⁵ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 675.

⁶⁶ Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

Considerando as atividades degradantes e poluentes mencionadas na legislação Milaré⁶⁷ define: “dano ambiental é a lesão aos recursos ambientais, com consequente degradação - alteração adversa ou *in pejus* - do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida”, de forma que o dever à reparação integral ao dano ambiental decorre do que dispõem os artigos 927 e parágrafo único, do Código Civil, combinado com o artigo 4^a e inciso VII, da Lei nº 6938/1981, que assim dispõem:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 4º. A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

O ressarcimento completo ao dano ambiental resulta não apenas de uma sanção pecuniária imposta em razão da atividade prejudicial, mas também da obrigação de não fazer, consistente em fazer cessar a atividade degradante e/ou poluidora, de forma a impedir o agravamento do prejuízo ao meio ambiente; da obrigação de fazer positiva, de providenciar a recuperação do meio ambiente, através de medida de recomposição do meio afetado com a degradação ou poluição, e, finalmente, a obrigação pecuniária, quando não for possível a recomposição do meio ambiente, de forma que se indenize o dano na medida do prejuízo causado, o que se destina à política nacional de preservação do meio ambiente, isso, sem embargo à sanção pecuniária aplicada pela infração cometida.

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

⁶⁷ MILARÉ, Édís. *Direito ambiental. Doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 421.

Dentro da concepção de reparação ao dano ambiental, e no contexto desse trabalho, a legislação que trata dos crimes ambientais⁶⁸ prevê a adoção da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, com a seguinte redação: “Art. 4º. Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

Dessa forma a desconsideração da personalidade jurídica, tal como ocorre no Código de Defesa do Consumidor, poderá ser aplicada em procedimentos que visem a reparação do dano pelo simples fato de a personalidade jurídica constituir um obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Nesse sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, como se observa no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 324.781-ES, da relatoria do Ministro Herman Benjamim, onde restou decidido que:

À luz do princípio *poluidor-pagador* e do princípio da reparação *in integrum*, inadmissível que a personalidade jurídica funcione como muro intransponível para execução de obrigação ambiental do degradador. Com base no acervo probatório dos autos, o Tribunal constatou a insuficiência patrimonial da empresa, a natureza ambiental da dívida e a necessidade da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica sob pena de se frustrar a execução.⁶⁹

Segundo Medeiros e Meneguetti, na hipótese de dano ao meio ambiente, há que se aplicar a ‘teoria menor’ da desconsideração, de forma que basta o inadimplemento do ressarcimento ao dano ambiental e a insuficiência de patrimônio da empresa, para que se opere a desconsideração, de forma que o sócio responde pela obrigação ambiental inadimplida ante a importância da proteção ao meio ambiente equilibrado, bem indisponível e de vital importância para a sobrevivência⁷⁰.

⁶⁸ Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

⁶⁹ STJ, AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 324.781-ES (2013/0101252-3), Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamim, j. 10.11.2016, DJe 28.08.2020.

⁷⁰ MEDEIROS, Ely Bohrer; MENEGUETTI, Tarcisio Vilton. Desconsideração da personalidade jurídica no direito ambiental. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, nº 4, p. 327-346, 4º Trimestre de 2013, p. 327-346, 4º Trimestre de 2013. Disponível em: <https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/947/Arquivo%2019.pdf> Acesso em 31/out/2022.

2.3. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO DO TRABALHO.

Na seara trabalhista não havia a previsão formal do procedimento de desconconsideração da personalidade jurídica, o que não constitui óbice à aplicabilidade da teoria maior, eis que conforme o posicionamento adotado nesse trabalho, por ser uma técnica de interpretação do direito tendente a coibir abusos e fraudes, sua aplicabilidade independe de regulamentação legislativa, posicionamento, aliás, observado desde a introdução da *disregard doctrine* no sistema jurídico pátrio, a partir da construção jurisprudencial.

Contudo, no âmbito trabalhista a desconconsideração da personalidade jurídica passou a ser amplamente aplicada, com base na autorização legislativa que permite a aplicação subsidiária de outros diplomas normativos na ausência de regulamentação específica da matéria pelo direito do trabalho (arts. 8º e 769, da CLT).

Com isso, os juízes e tribunais do trabalho passaram a aplicar subsidiariamente o que dispõe o art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor para desconsiderar a personalidade jurídica da empresa e atingir o patrimônio do sócio sempre que a autonomia patrimonial viesse a consistir óbice ao recebimento das verbas laborais pelo trabalhador, justificando o entendimento na proteção ao trabalhador, a assunção dos riscos da atividade produtiva pelo empregador, a natureza alimentar das verbas e a busca de maior efetividade na prestação jurisdicional específica.

Parte da doutrina e da jurisprudência trabalhista defende a existência de uma teoria própria fundada no risco da atividade econômica, onde a responsabilidade da empresa por eventual prejuízo atinge a pessoa dos sócios, justificando a aplicação no art. 2º, da CLT.⁷¹

Inclusive a aplicação da teoria menor da desconconsideração está pacificada no Tribunal Superior do Trabalho, que adota o sistema de desconconsideração calcado apenas na insolvência da empresa, com base na aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor ou na teoria do risco do empreendimento econômico, como se pode observar nos julgamentos dos quais se destaca a motivação pertinente:

Salienta-se que esta Corte Superior, no que toca à desconconsideração da personalidade jurídica, tem jurisprudência firmada no sentido de não se aplica na Justiça do Trabalho a teoria maior da desconconsideração da personalidade jurídica, não havendo necessidade de se comprovar desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial para que se proceda a superação da personalidade, bastando a insolvência da pessoa jurídica, insuficiência de seus bens ou

⁷¹ Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

dissolução irregular de seu capital social para que se permita a execução dos bens do sócio, conforme previsto no art. 28, §5º, do CDC (teoria menor), aplicável à justiça laboral.⁷²

Na esfera trabalhista, entende-se que os bens particulares dos sócios das empresas executadas devem responder pela satisfação dos débitos trabalhistas. Trata-se da aplicação do disposto no artigo 592, II, do CPC, e da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, esta derivada diretamente do caput do art. 2º da CLT (empregador como ente empresarial ao invés de pessoa) e do princípio justrabalhista especial da despersonalização da figura jurídica do empregador. Está claro, portanto, que, não obstante a pessoa jurídica se distinga de seus membros, admite a ordem jurídica, em certos casos, a responsabilização do sócio pelas dívidas societárias.⁷³

A nosso ver, com todo o respeito ao posicionamento consolidado, a aplicação da teoria menor vem sendo observada de forma equivocada, pois essa regra de exceção, que trata da imputação extensiva de responsabilidade necessitaria de disposição expressa no direito positivo, pois não atende aos pressupostos da técnica de desconsideração e seus escopos, mas a um tratamento excepcional à relação jurídica que constituiu a obrigação, e que não foi prevista no direito do trabalho.

No entanto, ante ao posicionamento consolidado e ausência de revisão pelo Pretório Excelso, no momento atual a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito trabalhista observa os pressupostos da teoria menor, bastando o inadimplemento das verbas laborais pela empresa para que o patrimônio dos sócios responda subsidiariamente, nos moldes previstos na Consolidação das Leis do Trabalho.

No que diz respeito ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica havia divergência quanto à necessidade de instauração, tema esse superado com a reforma trabalhista, pois a Lei nº 13.467, de 14 de julho de 2017 acrescentou o artigo 855-A⁷⁴ à Consolidação das Leis do Trabalho, que determinou a aplicabilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito do trabalho.

⁷² TST – Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1001121-98.2018.5.02.0401, Quarta Turma, Rel. Ministro Alexandre Luiz Ramos, j. 21/06/2022. Disponível em file:///D:/Users/seven/Documents/0%20P%C3%93S%20MARCELO/1%20MESTRADO/Ag-AIRR-1001121-98_2018_5_02_0401.pdf Acesso em 31/out/2022.

⁷³ TST – Recurso de Revista nº 125640-94.2007.5.05.0004, Sexta Turma, Rel. Ministro Maurício Godinho Delgado, j. 30/03/2011. Disponível em <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?jsessionid=s32VxGgEu-0StTi4nSjhPy1n5stfvPwgCrQFDS3b.consultaprocessual-19-f6wm4?conscsjt=&numeroTst=125640&digitoTst=94&anoTst=2007&orgaoTst=5&tribunalTst=05&varaTst=0004&consulta=Consultar#> Acesso em 31/out/2022.

⁷⁴ Art. 855-A. Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil.

Ainda no tema da aplicabilidade subsidiária do Código de Processo Civil à Consolidação das Leis do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho, pelo seu Plenário, se posicionou pela não revogação dos artigos 769 e 889 da CLT, de forma que a aplicabilidade supletiva ou subsidiária do Código de Processo Civil somente deve ocorrer se houver a compatibilidade com as regras do processo trabalhista⁷⁵.

Especificamente sobre a desconconsideração da personalidade jurídica a Instrução Normativa 39, do TST, no art. 6º, regulamenta o procedimento instrumental, com a seguinte redação:

Art. 6º Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconconsideração 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.

Com a alteração legislativa acrescentando o artigo 855-A à CLT, a instauração do procedimento de desconconsideração da personalidade jurídica passou a ser necessário, de forma a observar o devido processo legal, com contraditório, ampla defesa e decisão, o que evita decisão surpresa e atende ao primado da segurança jurídica.

Porém, as premissas do incidente na justiça laboral divergem do procedimento civil, pois não exige os pressupostos da teoria maior, apenas à constatação de insolvência da empresa, e pode ser iniciado por impulso oficial na fase de execução trabalhista (iniciativa do juiz).

Conquanto a orientação do impulso oficial conflite com postulados processuais – inércia da jurisdição; disponibilidade do direito de ação; iniciativa da parte, dentre outros, ainda que pareça exorbitante e antagônica a atuação do Estado-juiz em favor de uma parte, sendo o órgão que emitirá o julgamento, o que nos parece um verdadeiro “tribunal de exceção”, a regulamentação foi editada por Resolução do órgão máximo da justiça trabalhista, de forma que não deve ser questionado no âmbito da justiça laboral, e a normatização não foi alterada pelo Supremo Tribunal Federal, de forma que permanece vigente e produzindo os efeitos.

⁷⁵ Instrução Normativa nº 39, aprovada pela Resolução nº 203 de 15/mar/2016.

Com relação ao sistema recursal, guarda coerência com o processo do trabalho, onde as decisões interlocutórias na fase de cognição são irrecorríveis, notadamente àquelas que decidem incidentes (art. 893, § 1º, da CLT), de forma que o incidente instaurado e decidido na fase cognitiva somente poderá ser impugnado pelo recurso cabível em face do pronunciamento final (sentença – recurso ordinário).

Quanto à suspensão do processo, o pedido de desconconsideração formulado na petição inicial da reclamação trabalhista não leva à suspensão, tal como ocorre na área cível.

No decorrer do processo de conhecimento, como, por exemplo, na audiência de instrução e julgamento, até para compatibilizar o rito, o incidente deve proporcionar a suspensão, para que haja um julgamento conjunto e simultâneo, melhor solução diante da prejudicialidade que existe entre a lide principal e a demanda paralela – de desconconsideração da personalidade, tema que será abordado com mais profundidade quando se tratar especificamente do incidente processual.

Na fase de execução sempre haverá a necessidade de instauração do incidente, e somente produzirá o efeito de suspender os atos executórios em relação aos bens que se pretende alcançar com a desconconsideração (bens dos sócios), pois a responsabilidade patrimonial do sócio ou de terceiros no âmbito trabalhista é sempre subsidiária aos bens da empresa, de forma que não existe fundamento para a suspensão em relação à devedora principal.

Das decisões proferidas na fase de execução trabalhista cabe agravo de petição, independente de garantia do juízo, seguindo a sistemática recursal trabalhista.

O incidente de desconconsideração da personalidade instaurado na fase recursal será julgado pelo relator do recurso e da decisão proferida caberá o Agravo Interno nos moldes da previsão inserta no artigo 932, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Segundo as conclusões de Viegas e Moreira⁷⁶, a aplicação das regras processuais do direito civil é aplicável ao direito trabalhista desde que haja omissão total ou parcial no texto consolidado observado o pressuposto de compatibilidade com o processo trabalhista, de forma que o incidente de desconconsideração da personalidade deve ser utilizado no âmbito da justiça laboral com as seguintes observações:

O procedimento descrito no NCPC, contudo, deverá ser adaptado ao processo trabalhista, nos termos da IN n. 39 do TST, permitindo, então, que o juiz do trabalho instaure o incidente *ex officio*. Todavia, o prazo de 15 dias para

⁷⁶ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida; MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica do novo cpc e seus impactos no processo do trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte: volume 61, nº 92, jul./dez. 2015, p. 213-235, p. 213-235. Disponível em <https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/27297/Revista%2092%20TRT%203%20Regiao-213-235.pdf?sequence=2&isAllowed=y> Acesso em 31/out/2022.

manifestação do citado, disposto no artigo 135 do NCPC, deverá ser reduzido, de forma a se compatibilizar com o procedimento trabalhista.

Constata-se, portanto, que a aplicação do incidente da desconconsideração da personalidade da empresa do NCPC ao processo do trabalho, com as suas devidas adaptações, uniformizará o procedimento e trará a necessária segurança às partes, sobretudo pela observância ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. Por outro lado, restará garantido o impulso *ex officio* do magistrado em relação ao procedimento, de forma a garantir a satisfação da verba alimentar trabalhista.

A norma processual tenta compatibilizar importantes princípios constitucionais, pois, não obstante os créditos trabalhistas sejam dotados de natureza alimentar, a empresa, como atividade econômica de produção e circulação de bens ou serviços, também merece ser resguardada, em face de sua função social.

Portanto, com as particularidades do processo trabalhista a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica se mostra indispensável para levantar o manto da autonomia patrimonial e atingir o patrimônio dos sócios e empresas do mesmo grupo econômico, observadas as premissas da teoria menor, que reclamam apenas a insolvência da empresa no pagamento das verbas trabalhistas, de natureza alimentar.

Contudo, quando se trata de trazer a lume a responsabilidade de terceiros, mas se mostra necessário qualificar condutas como abusivas ou fraudulentas, de forma a atingir empresas fictícias, usadas irregularmente, grupos econômicos de fato, e que aparentemente não possuam vinculação; interpostas pessoas; “laranjas” e “testas de ferro”, enfim, situações de demandem investigação, produção de prova e entrega de tutela para constituir a vinculação patrimonial e introduzir a nova realidade no sistema, mesmo no âmbito trabalhista, deve se utilizar o mesmo raciocínio sedimentado nas relações de consumo, a impor a observação da teoria maior para que a desconconsideração da personalidade jurídica ocorra segundo os pressupostos do artigo 50, do Código Civil.

2.4. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE ÀS INFRAÇÕES NA ORDEM ECONÔMICA

A livre iniciativa e a livre concorrência são princípios correlatos e que se complementam fornecendo as bases de um *fair play* dentro de uma economia globalizada e de um mercado competitivo, ditado pelos anseios do capitalismo e sua dinâmica beligerante de conquista e dominação.

Fixados os preceitos como fundamentos da ordem econômica a Constituição Federal garantiu o acesso e a utilização de todos os meios legais e legítimos para a consecução plena

do exercício da atividade econômica. Como contraponto e proteção à liberdade de atuação, surge a livre concorrência como equilíbrio na disputa, facultando o acesso ao mercado a todos aqueles mais qualificados e capacitados ao oferecimento de produtos e serviços ao consumo.

Ao tratar do tema livre iniciativa e livre concorrência a dogmática de José Afonso da Silva dispõe:

A livre concorrência está configurada no art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. Ele é uma manifestação da liberdade de iniciativa e, para garanti-la, a Constituição estatui que *a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros* (art. 173, § 4º).

Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira antissocial. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso.⁷⁷

Dessa forma, a livre concorrência garante a conservação do mercado sobre o império de preceitos naturais econômicos, da oferta e da procura, em um ambiente livre de restrições e imposições, de forma que as empresas podem concorrer em um mesmo setor em igualdade de condições jurídicas para conquistar o seu espaço dentro da fatia de mercado almejado.

Importante observar que os primados basilares da economia são tratados sob o *status* de direitos difusos, com forte interesse público, e envolvem relações multidisciplinares, pois tem reflexos nos meios de produção, nas relações de trabalho, e, principalmente nas relações de consumo, pois a dominação de mercado fragiliza a normatividade natural da oferta e procura tomando como refém o consumo.

Tanto é a relevância do tema que a própria Constituição da República estabelece regras para proteger e fortalecer o mercado de forma que o artigo 173, § 4º, ressalva: “a Lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Como se pode observar o constituinte garantiu ampla liberdade ao cidadão para criar o próprio negócio e participar de um mercado equilibrado, seguro, com competição justa, livre do abuso do poder econômico, sem monopólio e a formação de cartéis.

Sob os ditames da livre concorrência, para preservar o equilíbrio e manter a segurança do mercado surgem as legislações impondo limites ao exercício da livre iniciativa, para coibir

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 44. ed. São Paulo: Editora Jus Podivm / Malheiros Editores, 2022, p. 809.

formas de concorrência consideradas ilícitas, solidificando o primado da livre concorrência, de forma a refrear a ação nefasta de detentores do poder econômico para dominar o mercado.

O arcabouço de proteção à livre concorrência foi edificado a partir da promulgação da Lei nº 8.884/94, regulamentando o disposto no art. 173, da Constituição da República, se posicionando acerca de atos de concentração de mercado, de forma repreender e elidir condutas anticoncorrenciais, introduzindo meios de defesa e nova concepção de proteção à concorrência.

Teve o mérito ainda de seccionar as funções e atribuições em órgãos e procedimentos que atuam em dois sentidos: preventivo, para verificar a legitimidade e controlar as operações e evitar os potenciais abusos, e outro punitivo, de reprimir as ilegalidades e aplicar sanções.⁷⁸

O CADE evoluiu para cumprir melhor a sua função, passando à condição de ente autárquico, ligado indiretamente ao Ministério da Justiça, o que lhe proporcionou autonomia como protagonista e mediador do processo concorrencial, de forma a exercer com independência e isenção as suas funções.

Para aperfeiçoar o sistema concorrencial foi promulgado a Lei nº 12.529/11 (Lei de Defesa da Concorrência ou Lei Antitruste), que criou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, dando operacionalidade aos princípios constitucionais que fundamentam da ordem econômica (livre iniciativa e livre concorrência), com marcante evolução em defesa da propriedade e do consumo, além de reprimir com rigor atos contrários ao equilíbrio do mercado.

No dispositivo inaugural (art. 1º) a legislação se coloca como um instrumento de defesa do consumo e de outros princípios basilares de defesa da sociedade e da ordem econômica, de forma que se reveste da natureza jurídica de proteção ao interesse público difuso, cuja aplicabilidade envolve a todos os protagonistas que se envolvem nas condutas capazes de influir na ordem econômica tutelada⁷⁹.

As infrações à ordem econômica são de natureza objetiva, pois independem de demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa), e prescindem da comprovação do resultado lesivo, de forma que são classificados como ilícitos formais ou de mera conduta, como enuncia o dispositivo de regência (art. 36, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011).

⁷⁸ BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico e concorrencial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 320.

⁷⁹ Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal. (Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011)

As sanções previstas são graves e podem significar condenações pelo Tribunal Administrativo que variam de um décimo por cento (0,1%) a vinte por cento (20%) do valor do faturamento bruto da empresa ou do conglomerado formado no ramo da atividade empresarial onde ocorreu a infração, e na falta de informações de faturamento o valor entre R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) a R\$2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais).

Na referida legislação existe a previsão expressa da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, conforme se transcreve:

Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Como se pode observar no enunciado transcrito, a redação de regência praticamente reproduz o art. 28, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, de forma que todas as observações mencionadas alhures se aplicam à hipótese em enfoque.

Para uma correta interpretação da desconsideração em hipóteses de infrações à ordem econômica, deve se buscar subsídio nas mesmas fontes que a legislação repressiva visa tutelar, notadamente o consumo, a livre iniciativa, o trabalho, e a sociedade como um todo, inserida que está dentro de um contexto de vulnerabilidade ante as práticas abusivas e ilegais cujo escopo da legislação protecionista objetiva coibir.

Os hipotéticos descritivos de condutas ilícitas, tem natureza sancionadora e somente são praticados por meio das pessoas físicas que administram e gerem as empresas, de forma que a natureza da imputação, independente da regra de extensão da responsabilidade, acabam por imputar a responsabilidade não apenas à empresa, mas aos gestores que em nome dela praticam os ilícitos.

As condutas descritas de abuso; infração à lei; excesso de poder; prática ilícita, e a violação aos atos constitutivos e objetivos sociais, todas essas ações atraem a responsabilidade àquele que praticou o ilícito, em razão da conduta e do elemento subjetivo que orientou a ação lesiva à objetividade jurídica tutelada.

Assim, tal como ocorre nas legislações que protegem interesses relevantes, na hipótese em comento também há que se observar a preponderância dos interesses públicos a tutela dos direitos difusos, a própria imanência da ordem econômica e sua capacidade de promover a dignidade humana e a paz social.

Pela natureza sancionadora dos dispositivos que descrevem as condutas ilícitas, uma vez vilipendiada a objetividade jurídica tutelada, aplicada a sanção, já se estará reconhecendo o ilícito que dá azo a desconsideração da personalidade jurídica, de forma que aqui também há de se aplicar a teoria menor, fundada nos mesmos princípios que orientam as relações de consumo, cujos interesses também são tutelados pela legislação que protege a concorrência; a legislação do meio ambiente, e a construção pretoriana que estendeu a sistemática da teoria menor às relações do direito do trabalho.

A construção da regra matriz de incidência da desconsideração da personalidade jurídica pode ser levada a efeito no âmbito administrativo, com atribuição para apurar as infrações e aplicar as sanções pertinentes, observada a necessidade de instaurar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica⁸⁰, aplicado com as peculiaridades do procedimento administrativo no âmbito da apuração, de forma a se proporcionar o contraditório e a ampla defesa na esfera da demanda paralela de extensão da responsabilidade.

Com tal observação, imposta a sanção (que caracteriza o ilícito) a simples insolvência da empresa ou grupo empresarial sancionado autoriza levantar o manto da autonomia patrimonial para responsabilizar o patrimônio de sócios, administradores, controladores ou controladas, de forma a solver a obrigação imposta.

2.5. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE NA LEI ANTICORRUPÇÃO

Outro referencial normativo positivado no direito público, especificamente no direito administrativo, vem regulamentado pela lei nº 12.846/2013 (a chamada Lei Anticorrupção), que dispõe sobre responsabilidade civil e administrativa de pessoas jurídicas pela prática de ilícitos contra a Administração Pública.

A legislação promulgada inaugurou no cenário nacional previsões específicas de combate e repressão a atos de corrupção, imputando responsabilidade objetiva à pessoa jurídica que pratica atos ilícitos e lesivos contra a administração pública (arts. 1º e 2º), sem a exclusão da responsabilidade individual dos administradores e dirigentes ou de qualquer pessoa natural autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

Dessa forma, a empresa é responsável independente do elemento subjetivo que orientou a conduta ilícita (dolo ou culpa) em relação às consequências civis e administrativas pelos atos lesivos praticados contra a administração pública nacional ou estrangeira.

⁸⁰ Artigos 133 a 137, da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015.

O trato do tema representa a evolução do pensamento lógico que considera o ilícito da corrupção em seu duplo aspecto, pois somente existe o agente público corrupto a partir da dinâmica e conduta do contraponto corruptor, que financia, paga suborno em troca de um benefício. Nesse contexto o centro da repressão se volta ao enfrentamento das empresas que se lançam a tais atividades, para responsabilizar as pessoas físicas e jurídicas envolvidas na empreitada ilícita, e com isso coibir e conter o avanço da prática deletéria que impede o desenvolvimento do Estado e corrói a ordem econômica.

A Lei Anticorrupção prevê sanções na esfera administrativa que podem variar de 0,1% a 20% do último faturamento bruto da empresa, quando for possível a apuração, e caso isso não seja viável prevê uma base de fixação da multa entre seis mil (R\$6.000,00) a sessenta milhões (R\$60.000.000,00) de reais, com a publicação da condenação e registro nos cadastros da decisão.

Importante observar que a legislação anticorrupção prevê a apuração dos ilícitos e prejuízos na esfera administrativa, inclusive aplicação das sanções previstas, sendo possível a desconsideração da personalidade jurídica nessa fase, o que não afasta a possibilidade de haver a responsabilidade na esfera judicial, provocada pelo ajuizamento de ações pelas procuradorias que possuam a atribuição de defender o interesse público respectivo.

Na esfera judicial mediante a propositura provocada pelo órgão legitimado para a propositura da ação existem várias sanções previstas no art. 19 da Lei nº 12.846/2013, dentre as quais medidas de perdimento de bens, direitos ou valores; suspensão ou interdição parcial das atividades; dissolução compulsória da pessoa jurídica, e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e instituições financeira por um período de um a cinco anos.

Além das sanções administrativas no âmbito da esfera cível a pessoa jurídica poderá ser condenada a ressarcir os prejuízos causados aos cofres públicos, seja pelos reflexos do ilícito suportados pela administração ou mesmo mediante a devolução dos valores obtidos de forma indevida.

Dentre os mecanismos previstos na legislação existe um dispositivo expresso (art. 14)⁸¹ que previu a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica de entidades utilizadas para praticar os ilícitos capitulados no art. 5º, o que pode ocorrer na esfera administrativa, desde

⁸¹ Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

que observado o procedimento previsto nos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil, por força da aplicabilidade supletiva⁸² adaptado às peculiaridades do processo administrativo, para que se tenha o contraditório e a ampla defesa na demanda administrativa paralela, e a construção da regra matriz de incidência da desconsideração personalidade jurídica com a decisão da autoridade administrativa com atribuição de introduzir a nova realidade formal no sistema pertinente.

A redação enunciada no dispositivo de regência da superação da autonomia patrimonial refere ao abuso de direito quando a personalidade jurídica for utilizada para facilitar, encobrir ou dissimular a prática de atos ilícitos capitulados nessa legislação especial, inclusive aqueles que configurem confusão patrimonial, o que permite a extensão da responsabilidade aos administradores, sócios com poderes de administração, com a possibilidade de alcançar outras entidades e/ou pessoas que se relacionem com o ilícito praticado.

A redação do enunciado normativo deixa claro que estamos diante dos pressupostos da ‘teoria maior’, onde independente da responsabilidade objetiva, no que diz respeito à extensão da responsabilidade devem ser comprovados o elemento subjetivo (intenção), o elemento objetivo (abuso e a fraude), que permitem levantar o véu da autonomia patrimonial para expor todos os responsáveis e implicar os respectivos patrimônios.

A hipótese contempla a fraude referindo a dissimulação e ocultação, estando ínsita a simulação, e a fraude à lei, quando refere a prática de atos ilícitos, e também menciona a confusão patrimonial, o que atrai à hipótese a aplicabilidade de todas as observações e pressupostos tratados no Capítulo 1.3., especialmente a exigência do devido processo legal, ainda que no âmbito administrativo, com o contraditório e a ampla defesa, o que impõe a observância ao instrumento incidental de desconsideração da personalidade jurídica, previsto nos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil.

Se na esfera judicial não se tem dúvidas sobre a necessidade do incidente da desconsideração da personalidade jurídica para a construção da regra matriz de extensão da responsabilidade a outras personalidades jurídicas diversas da pessoa jurídica envolvida com os atos de corrupção, na esfera administrativa também há que se adotar um procedimento semelhante, com contraditório, ampla defesa, decisão, e possibilidade de recurso na esfera administrativa, tudo a permitir a imputação segura da sanção prevista a outras personalidades implicadas, diferentes da pessoa jurídica utilizada.

⁸² Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente (Lei 13.105, de 16/03/2015).

2.6. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE NA LEI DE ABASTECIMENTO NACIONAL DE COMBUSTÍVEIS

Ante a relevância econômica, social e de segurança pública que envolve a atividade ligada aos combustíveis, foi promulgada legislação específica⁸³ que regulamenta as indústrias do petróleo e dos biocombustíveis, com o escopo de proteger o abastecimento nacional de combustíveis e promover o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento ao Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis.

O setor que envolve o abastecimento e fornecimento de combustíveis é estratégico, fundamental ao desenvolvimento econômico e à atividade produtiva, de distribuição de bens e serviços, e por isso se reveste de inquestionável utilidade pública, razão que orientou a regulamentação especial da atividade, com medidas repressivas rigorosas capazes de proteger o mercado consumidor, e o oferecimento de estrutura apta a preservar a produção e distribuição de produtos e serviços com boa qualidade, o que evidencia ser a fonte normativa da legislação o disposto no art. 170, V, da Constituição da República.

O objetivo principal de regulamentação das atividades específicas ligadas aos combustíveis é zelar pela qualidade do serviço, e proporcionar o fornecimento de combustíveis em padrões adequados de qualidade e segurança, com esboço em última análise na preservação da saúde e vida dos consumidores.

O fato de a regra não estar prevista na Lei nº 8.078/1990 (CDC), não significa que a regulamentação se distancie das regras do Código de Defesa do Consumidor, até porque a legislação do consumo não excluiu as regras complementares que protegem os interesses do consumidor, ao contrário, as acatam como normas destinadas necessárias à consecução dos escopos postulados pelo sistema de proteção.

Importante observar a natureza jurídica da legislação que regulamenta o sistema nacional de combustíveis, na medida em que integra a ordem econômica, e como tal cumpre a função programática de defesa do consumidor, o que remete o intérprete à observação do contexto legislativo, até em obediência ao diálogo das fontes normativas, a revelar a inclusão da regulamentação dentre aquelas destinadas à defesa da vulnerabilidade do consumo, o que implica em se lhe aplicar os princípios que orientam o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

A Lei nº 9.847/1999 atribuiu à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) o exercício da fiscalização das atividades de abastecimento nacional

⁸³ Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997.

de combustíveis, e, constatadas irregularidades, a atribuição administrativa de apurar as responsabilidades e aplicar as sanções previstas⁸⁴.

As sanções previstas na legislação de regência são aplicadas pela fiscalização em um procedimento administrativo, que deverá proporcionar o contraditório e a ampla defesa para apurar os elementos suficientes para caracterizar a natureza da infração, a individualização das condutas, considerando a gravidade necessária a aplicação da penalidade e sua gradação, de forma a observar a razoabilidade e a proporcionalidade suficientes à coibição do ilícito e aptos a prevenir a reincidência e evitar a propagação da ocorrência no mercado.

Dentro da apuração e imposição da sanção é previsto textualmente a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, como instrumento destinado a levantar o véu da autonomia patrimonial e com isso responsabilizar o patrimônio de outras pessoas, notadamente de sócios, administradores, empresas controladoras ou controladas, coligadas, subsidiadas, que possam constituir obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao abastecimento nacional de combustíveis ou ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis.

A redação do dispositivo não deixa dúvida da adoção da ‘teoria menor’ da desconsideração da personalidade jurídica, pois basta a insolvência e o fato da personalidade jurídica constituir obstáculo ao ressarcimento para que se desconsidere a autonomia patrimonial para buscar outros patrimônios acobertados para suportarem o ressarcimento. Assim dispõe a normativa de regência:

Art. 18. Os fornecedores e transportadores de petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade, inclusive aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem ou rotulagem, que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor.⁸⁵

⁸⁴ Art. 2º Os infratores das disposições desta Lei e demais normas pertinentes ao exercício de atividades relativas à indústria do petróleo, à indústria de biocombustíveis, ao abastecimento nacional de combustíveis, ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e ao Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis ficarão sujeitos às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil e penal cabíveis:

I - multa;

II - apreensão de bens e produtos;

III - perdimento de produtos apreendidos;

IV - cancelamento do registro do produto junto à ANP;

V - suspensão de fornecimento de produtos;

VI - suspensão temporária, total ou parcial, de funcionamento de estabelecimento ou instalação;

VII - cancelamento de registro de estabelecimento ou instalação;

VIII - revogação de autorização para o exercício de atividade.

Parágrafo único. As sanções previstas nesta Lei poderão ser aplicadas cumulativamente.

⁸⁵ Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997 (redação dada pela Lei nº 11.097, de 13/01/2005)

§ 1º As companhias distribuidoras proprietárias de equipamentos, destinados ao abastecimento de combustíveis e responsáveis pela sua manutenção, respondem solidariamente com os postos revendedores por vícios de funcionamento dos mesmos.

§ 2º A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

§ 3º Poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade sempre que esta constituir obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao abastecimento nacional de combustíveis ou ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis.

Conforme se observa no texto legislativo, não há dúvida de que houve a acolha da ‘teoria menor’ da desconsideração da personalidade jurídica, na medida em que não refere aos pressupostos da fraude, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, sendo a mera insolvência ou simples dificuldade ao adimplemento da obrigação causas suficientes à superação da autonomia patrimonial para implicar o patrimônio dos sócios.

Na hipótese também se aplica a observação de que as atividades ilícitas sancionadas atraem a responsabilidade pessoal de todos os que participarem das condutas sancionadas, de forma direta e pessoal, e uma vez constatado o ilícito não se perquire mais a existência de abuso ou fraude, muito menos o elemento subjetivo, mas apenas a existência da insolvência e o obstáculo da responsabilidade personificada, para se desconsiderar pontualmente a hipótese e revelar outros patrimônios responsáveis pelo ilícito, que na hipótese se circunscreve a relação de fato ou de direito com a empresa que atua no ramo de combustíveis.

Sobre a aplicabilidade análoga da legislação especial à regulação da matéria pelo Código de Defesa do Consumidor é relevante trazer à colação o julgamento do Tribunal Regional Federal da Segunda Região⁸⁶, que trata do tema sobre a relevância da atividade e sua relação com o consumo, fundamento da Ordem Econômica, o que atesta a legitimidade da regulamentação por atos normativos da Agência Nacional de Petróleo, a confirmar a solidariedade dos fornecedores e transportadores dos produtos regulamentados, em possível referência a desconsideração da personalidade jurídica pelo simples fato da personificação constituir obstáculo ao ressarcimento de prejuízos.

Relevante observar que para que haja a extensão da responsabilidade a terceiros desvinculados à empresa que atua no ramo de combustíveis existe a necessidade de se observar o contraditório e a ampla defesa no procedimento administrativo, bem como a instauração da demanda paralela de desconsideração, aplicando-se subsidiariamente o procedimento previsto nos artigos 133 a 137, do Código de Processo Civil, para construir a regra matriz de incidência

⁸⁶ TRF2, ApCív. 0005543-63.2010.4.02.5101 (2010.51.01.005543-8), Rel. Des. Guilherme Calmon, 6ª Turma Especializada, Rio de Janeiro, j. 02.05.2012.

da extensão da responsabilidade patrimonial e atingir o patrimônio de terceiros que não possuam vínculo societário ou jurídico com a pessoa jurídica sancionada.

Importante consignar nessa particular observação, tal como mencionado alhures quando se tratou das relações de consumo, que na demanda paralela objeto da dialética e decisão sobre a extensão da responsabilidade patrimonial a terceiros sem vínculo não envolve o elemento subjetivo, a intensão, o abuso ou a fraude, mas apenas uma possível vinculação de fato ou de direito com a empresa penalizada.

2.7. DA DESCONSIDERAÇÃO NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

A legislação tributária, especificamente o Código Tributário Nacional tratou da responsabilidade pelo fato jurídico tributário de forma a estender a responsabilidade além dos titulares da relação jurídica obrigacional primária, o que significa possuir a incidência uma natureza sancionadora, de imputação por responsabilidade própria.

Não se trata de típica desconsideração da personalidade jurídica pelo abuso de direito, fraude ou confusão patrimonial, mas de imputação direta de responsabilidade em situações específicas enunciadas, que uma vez caracterizadas dão azo à construção da regra matriz de incidência da sanção.

Certo é que a obrigação tributária se constitui a partir da ocorrência da hipótese de incidência prescrita e verificada a partir da conduta do sujeito passivo tributário, que atrai o conseqüente enunciado e faz nascer a relação obrigacional.

A relação jurídica obrigacional tributária se instaura apenas entre o sujeito passivo que realizou o fato imponível e o sujeito ativo, destinatário da grandeza econômica expressada entre a base de cálculo e a alíquota do fato jurídico tributário.

A responsabilidade de terceiros tem natureza sancionadora, de imputação pela prática de condutas próprias, que acabam por atrair a responsabilidade fiscal solidária, verificadas as circunstâncias que qualificam os fatos e distribuem as responsabilidades aos patrimônios respectivos. Nesse sentido é a lição de Carvalho:

Rigorosamente analisada, a relação envolve o responsável tributário, porém, é forçoso concluir que não se trata de verdadeira “obrigação tributária”, mas de vínculo jurídico com natureza de sanção administrativa. Não é demais repetir que a obrigação tributária só se instaura com sujeito passivo que integre a ocorrência típica, motivo pelo qual o liame da responsabilidade, nos termos traçados pelo Código Tributário Nacional, apresenta caráter sancionatório.⁸⁷

⁸⁷ CARVALHO, Paulo Barros. *Direito tributário linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 667.

Tanto assim que a construção da regra matriz de incidência da imputação de responsabilidade solidária por ato próprio, pode se dar no procedimento administrativo prévio tendente ao lançamento, que culmina por apontar a responsabilidade extensiva que vem contemplada no lançamento, hipótese em que a constituição do crédito tributário já prevê a obrigação principal e os coobrigados solidários, todos como devedores da espécie lançada.

As hipóteses de extensão da responsabilidade pela imputação sancionadora estão positivadas na legislação de regência a prescrever os pressupostos para atribuir e distribuir as responsabilidades patrimoniais subjetivas contempladas no lançamento.

O lançamento dá origem à obrigação, indicando inclusive eventuais devedores solidários, e ante a ausência de pagamento gera a certidão de dívida ativa, o que proporciona a cobrança do crédito mediante a execução fiscal, de forma que o que restou definitivamente constituído somente pode ser questionado no âmbito judicial, através da oposição de embargos, observados os pressupostos inerentes à exceção.

Dentro do tema de desconsideração da personalidade jurídica, como as hipóteses de incidência da responsabilidade de terceiros encontram-se delineadas pelo direito positivo, e existe um procedimento administrativo prévio tendente ao lançamento, que prevê uma forma de contraditório, inclusive com a possibilidade de impugnação ao lançamento e recursos, não há que se falar em aplicabilidade da sistemática do incidente no âmbito administrativo, até por se mostrar incompatível com o procedimento do lançamento e contraditório expressado na legislação especial de regência.

O debate sobre a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito fiscal não tem lugar no procedimento administrativo tendente ao lançamento, onde se apura a imputação e sua natureza. O tema somente ganha relevo no redirecionamento das execuções fiscais àqueles que não constaram expressamente do lançamento e da certidão da dívida ativa.

Havia controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a especialidade da legislação da execução fiscal a se sobrepor ao regramento do Código de Processo Civil, de forma que a celeuma existente na época da legislação processual de 1973, foi acirrada com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, que previu de forma expressa a necessidade de se instaurar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica para que uma obrigação

pudesse vincular o patrimônio de terceiro, o que deveria ser observado no âmbito tributário por força do disposto no artigo 15⁸⁸, e também do que dispõe a própria lei de execução fiscal⁸⁹.

Importante observar diálogo das fontes como método para resolver o aparente conflito, de forma a buscar a aplicação da lei que mais se orienta por valores axiológicos previstos nos direitos fundamentais, com maior relevo à dignidade humana.

Segundo essa concepção existe uma unidade no ordenamento jurídico, onde as normas não se excluem, devendo se completar de forma a guardar coerência com princípios maiores e basilares, de forma a mitigar o conflito e a aplicação em campos distintos e encontrar a aplicação harmônica, alinhada aos preceitos constitucionais.

Nessa perspectiva há de se relevar o microssistema e o império de uma lei para buscar o diálogo entre as legislações com convergência de normatividade, mas com prescrições divergentes, de forma a compatibilizá-las em conformidade com os princípios e valores maiores normatizados na Constituição da República.

Em matéria tributária existe o embate eterno entre o poder de tributar e a observância aos direitos fundamentais dos contribuintes, de forma que o diálogo das fontes é imprescindível a harmonização para a convivência razoável entre a eficiência da arrecadação e a preservação dos direitos fundamentais tutelados.

A lei de execução fiscal foi editada para proporcionar maior celeridade e efetividade na cobrança dos débitos fiscais, e desde o início foi integrada ao código de processo civil de 1973, vigente à época da promulgação da legislação especial, de forma que na ausência de regulamentação havia que se aplicar o macro sistema da legislação processual.

No entanto o novo código de processo civil de 2015 introduziu a quarta onda evolutiva do processo em nossa legislação ordinária, evolução essa que já vinha amparada por normas constitucionais programáticas, que estabelecem o processo constitucional com o escopo de fornecer mecanismos e instrumentos de congruência com valores e princípios magnos de forma a serem efetivados, tanto no plano abstrato, da legislação, quanto no campo concreto da norma individual proveniente da tutela jurisdicional. Segundo a dogmática de Dinamarco, que trata da instrumentalidade do processo e a inserção do mencionado instrumento na ordem constitucional:

⁸⁸ Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

⁸⁹ Art. 1º A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil. (Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980).

A tutela constitucional do processo tem o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional.⁹⁰

Assim, o processo deve assegurar os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana e refletir o regime do Estado democrático de direito, de forma que, ainda na concepção de Dinamarco:

[...] a visão analítica das relações entre processo e Constituição revela ao estudioso dois sentidos vetoriais em que elas se desenvolvem, a saber: a) no sentido Constituição-processo, tem-se a tutela constitucional deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados ao plano constitucional; b) no sentido processo-Constituição, a chamada jurisdição constitucional, voltada ao controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição (jurisdição constitucional das liberdades), mais toda a ideia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive.⁹¹

O legislador processual ao introduzir a nova onda evolutiva constitucionalizou o processo, asseverando o devido processo legal constitucional e a proteção aos direitos fundamentais, ao mesmo tempo que combateu a insegurança jurídica, e nesse contexto introduziu o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, até então não contemplado na legislação, como uma forma de adotar o contraditório, a ampla defesa e o modelo constitucional para se ter a entrega de uma tutela justa.

O cenário legislativo antigo, de ausência de previsão foi superado pelo contexto normativo contemporâneo, com a exigência expressa do incidente para a vinculação patrimonial de quem não esteja protagonizando uma relação processual instaurada.

E o diálogo das fontes não deixa qualquer dúvida de que o devido processo legal, com contraditório, ampla defesa e síntese é o cenário que melhor atende aos princípios da dignidade humana e da segurança jurídica, não se mostrando incompatível com a legislação promulgada na época onde a teoria maior da desconconsideração não estava sequer prevista no direito material.

Após muita controvérsia sobre a necessidade de instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no âmbito da execução fiscal, retratados nos informativos de jurisprudência nº 643, da Primeira Turma, que afirmava a necessidade de instauração do incidente, e o de nº 648, da Segunda Turma, que negava a necessidade da instauração, parece que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem a tendência de unificar o entendimento sobre o tema de aplicabilidade da legislação federal em suas duas

⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 25.

⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade ...*, p. 25.

Turmas (Primeira⁹² e Segunda⁹³), no sentido de se exigir a instauração do incidente para o redirecionamento da execução fiscal, quando a pessoa indicada não consta do lançamento e da certidão da dívida ativa.

Contudo os pressupostos da extensão patrimonial a serem observados estão dispostos no artigo 135, do Código Tributário Nacional⁹⁴, que se refere às obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes, infração de lei, afronta ao contrato social e estatutos.

O dispositivo que trata dos pressupostos da desconsideração da personalidade tem como elemento fundamental o dolo, a intenção de praticar as condutas contrárias aos interesses dos representados, de forma que o legislador responsabiliza os representantes, o que dá margem para sustentar que os representados não teriam responsabilidade pelos ilícitos praticados em seu desfavor, contudo não é esse entendimento que prevalece.

Ao tratar de excesso de poder e infração à lei, o enunciado indica a prática de ato ilícito em afronta à legislação, tanto a promulgada pelo processo legislativo, quanto aquela editada e consentida entre particulares, como os contratos sociais, estatutos e demais normativas regulamentadoras das relações societárias, que não podem ser violadas justamente por quem deveria defendê-las, de forma que a pessoa jurídica representada se coloca na posição de vítima, tal como ocorre com a arrecadação.

Dessa forma, verificada a prática ilícita, tal anomalia dá azo à responsabilização pela sanção direta no processo tendente ao lançamento, assim como pode ser causa de

⁹² STJ – Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.963.597-AL (2021/0162845-8), Primeira Turma, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, j. 11/04/2022. Site oficial certificado disponível em https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101628458&dt_publicacao=19/04/2022 Acesso em 13/11/2022.

⁹³ STJ – Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.877.696-AL (2021/0363274), Segunda Turma, Rel. Ministro Francisco Falcão, j. 15/08/2022. Site oficial certificado disponível em https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103632748&dt_publicacao=19/08/2022 Acesso em 13/11/2022.

Importante observar que este julgamento indica a possibilidade de alteração no entendimento do Relator, Ministro Francisco Falcão e da Segunda Turma, eis que os entendimentos anteriores eram no sentido de que o manejo do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica era incompatível com a Lei de Execução Fiscal, o que consta no informativo de Jurisprudência nº 648 (Segunda Turma), de 7 de junho de 2019, e em diversos julgados anteriores, *ex vi*: AgInt no AREsp 1.851.186/RS, 2ª T., Min. Herman Benjamin; AREsp 1.455.240/RJ, 2ª T., Min. Francisco Falcão; AgInt no REsp 1.742.004/SP, 2ª T., Min. Assusete Magalhães; AgInt no REsp 1.866.901/SC, 2ª T., Min. Mauro Campbell Marques, dentre outros.

⁹⁴ Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. (Lei nº 5172, de 25 de outubro de 1966)

redirecionamento da execução fiscal, nessa hipótese observando-se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

O disposto no artigo 135, do Código Tributário Nacional, se refere à responsabilidade de terceiros, tanto as pessoas referidas no artigo anterior, além de outros, mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes, sócios e representantes da pessoa jurídica, que tenham agido com a finalidade de fraudar o fisco.

A diferença entre as disposições é que o artigo 134 do Código Tributário Nacional trata da responsabilidade decorrente da omissão e negligência de administradores e gestores quanto aos deveres tributários, de proceder a apuração e recolhimento da espécie tributária devida pelos representados. Antes, porém, o legislador tributário previu a responsabilidade tributária solidária de quem possui interesse comum com o fato jurídico tributário⁹⁵. E, por interesse comum a dogmática de Martins define:

O “interesse” a que se refere, é o interesse material e vinculado à operação, isto é, aquele que resulta em benefício pecuniário, gerando obrigações tributárias a serem cumpridas.

O mesmo “interesse” sem vinculação ao fato gerador, não autoriza qualquer espécie de responsabilidade.

E os sócios de uma empresa ou as empresas integrantes de um “grupo econômico”, desvinculadas em suas ações, objetivos, atos ou fatos geradores de tributos, não estão sujeitos à solidariedade e, por consequência, ao redirecionamento de dívida tributária ou da execução fiscal. Por isto faz menção o legislador complementar a interesse comum em situação que “constitua fato gerador da obrigação principal”⁹⁶

Interesse comum é o interesse econômico ou seus reflexos, que derivam das circunstâncias que envolvem o fato jurídico tributário, não se enquadrando no conceito “outros interesses”, como por exemplo: o interesse social, moral ou outro, ainda que possa ter reflexo econômico, mas que não estão envolvidos no lançamento, ou seja, as pessoas envolvidas com o fato imponible possuem direitos e deveres comuns, contraem obrigações e são igualmente interessadas no adimplemento e nos reflexos tributários que derivam da atividade.

Para a verificação do fato jurídico tributário é necessário que o interesse seja qualificado dentro da construção da regra matriz de incidência, e para tanto não serve um interesse subjetivo ou de outra natureza, ainda que se revele relevante, como por exemplo, o crescimento econômico ou evolução financeira da empresa tributada.

⁹⁵ Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; (Lei nº 5172, de 25 de outubro de 1966 – CTN).

⁹⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. A desconsideração da personalidade jurídica na execução fiscal. Publicado na Revista Eletrônica Juris Síntese, nº 119, mai/jun de 2016.

Por outro lado, é indispensável observar que o responsável solidário tenha participado de alguma forma da hipótese de incidência enunciada, ou seja, tenha praticado conduta ligada à construção da regra matriz de incidência orientado por interesse econômico na operação, agindo com excesso de poderes, infração à lei ou aos atos constitutivos, circunstâncias essas atribuidoras da imputação de responsabilidade extensiva.

O dolo, a intenção de praticar o ato ilícito lesivo à administração tributária é que distribui a responsabilidade solidária àqueles que participaram da formação da regra matriz de incidência da solidariedade passiva. Atividades como de consultoria, assessoria, não configuram ‘interesse comum’, da mesma forma também não o são a gestão e consolidação de resultados independentes, que não se relacionem com o lançamento da espécie tributada. Relevante a referência ao Parecer Normativo Cosit nº 04/2018 ⁹⁷, que trata do tema da responsabilidade solidária e os pressupostos que atribuem a obrigação:

A responsabilidade solidária por interesse comum decorrente de ato ilícito demanda que a pessoa a ser responsabilizada tenha vínculo com o ato e com a pessoa do contribuinte ou do responsável por substituição. Deve-se comprovar o nexo causal em sua participação comissiva ou omissiva, mas consciente, na configuração do ato ilícito com o resultado prejudicial ao Fisco dele advindo.

São atos ilícitos que ensejam a responsabilidade solidária: (i) abuso da personalidade jurídica em que se desrespeita a autonomia patrimonial e operacional das pessoas jurídicas mediante direção única ("grupo econômico irregular"); (ii) evasão e simulação e demais atos deles decorrentes; (iii) abuso de personalidade jurídica pela sua utilização para operações realizadas com o intuito de acarretar a supressão ou a redução de tributos mediante manipulação artificial do fato gerador (planejamento tributário abusivo).

O grupo econômico irregular decorre da unidade de direção e de operação das atividades empresariais de mais de uma pessoa jurídica, o que demonstra a artificialidade da separação jurídica de personalidade; esse grupo irregular realiza indiretamente o fato gerador dos respectivos tributos e, portanto, seus integrantes possuem interesse comum para serem responsabilizados. Contudo, não é a caracterização em si do grupo econômico que enseja a responsabilização solidária, mas sim o abuso da personalidade jurídica.

Dessa forma, se o ilícito for apurado no procedimento prévio tendente ao lançamento, poderá haver a responsabilização direta e a imputação da responsabilidade solidária pela fiscalização, sucedendo-se o contraditório e a defesa até a estabilização do ato vinculado que dá ensejo à constituição do crédito tributário.

Por outro lado, se a apuração derivar de atos futuros, no âmbito do redirecionamento da execução fiscal, é necessária a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade e

⁹⁷ Instrução Normativa Cosit 4, de 10 de dezembro de 2018.

Disponível em <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=97210&visao=anotado>
Acesso em 15/nov/2022.

a observância aos pressupostos da imputação da responsabilidade solidária por extensão em razão da prática do fato jurídico tributário que lhe atribua a responsabilidade.

2.8. DA DESCONSIDERAÇÃO NA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA

A desconsideração da personalidade jurídica no direito falimentar vem sendo aplicada desde o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, antes mesmo da previsão normativa da matéria pelo Código Civil, por construção pretoriana, o que se alinha com a concepção adotada nesse trabalho a dispensar a previsão legal para a aplicação da técnica aos casos concretos.

Na ausência de texto legislativo, ainda assim é possível a observância à técnica de desconsideração, observados os pressupostos da teoria maior, para desconsiderar pontualmente a autonomia patrimonial personificada, de forma a revelar o patrimônio oculto que deveria se responsabilizar pela obrigação, que lhe trouxe benefício.

Nos idos do ano 2000, o Superior Tribunal de Justiça já reconhecia a necessidade de levantar o manto da personalidade jurídica usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros, e expor o patrimônio do responsável pela obrigação, de forma a decretar a quebra de outra empresa utilizada para proteção patrimonial.⁹⁸

Na sequência a corte de interpretação da legislação federal reafirmou o posicionamento, ainda que dispensasse o contraditório, como se pode conferir no julgado:

Processo civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Falência. Grupo de sociedades. Estrutura meramente formal. Administração sob unidade gerencial, laboral e patrimonial. Desconsideração da personalidade jurídica da falida. Extensão do decreto falencial a outra sociedade do grupo. Possibilidade. Terceiros alcançados pelos efeitos da falência. Legitimidade recursal.⁹⁹

Assim, a jurisprudência de nossos tribunais passou a adotar a *disregard doctrine* orientada pelo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça que estendia os efeitos da falência à terceiros que abusavam do uso da personalidade jurídica para praticar fraudes ou

⁹⁸ STJ, REsp nº 63.652-SP (1995/0017378-6), Quarta Turma, rel. Ministro Barros Monteiro, j. 13/06/2000. Site certificado. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199500173786&dt_publicacao=21/08/2000 Acesso em 15/nov/2022.

⁹⁹ STJ, RMS 12872-SP (2001/0010079-1), Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 24/06/2002. Site certificado. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200100100791&dt_publicacao=16/12/2002 Acesso em 15/nov/2022.

prejudicar terceiros, sem que para isso fosse observado o contraditório prévio, dispensado o ajuizamento de ação ou incidente próprio, que não era previsto na legislação falimentar ou processual.

A insegurança jurídica e excessos observados na casuística dos julgados, que impunham a imediata submissão do patrimônio de terceiros aos efeitos de falência decretada, e a própria mudança legislativa introduzida pela quarta onda evolutiva do processo, promoveram a mudança da concepção e a necessidade de se repensar a construção pretoriana de forma a aplicar o instituto consoante as alterações legislativas.

A Lei nº 11.105, de 09 de fevereiro de 2005, regulamentou o processo de recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e de sociedade empresária, e estabeleceu regimes jurídicos e consequências diversas conforme a natureza da responsabilidade dos sócios.

A responsabilidade do administrador ou do sócio em sociedades empresárias limitadas, possui hipóteses em que pode responder de forma ilimitada, conforme Coelho isso ocorre nas seguintes hipóteses:

Na primeira, quando participar de deliberação social infringente da lei ou do contrato social (CC, art. 1080). É caso de responsabilidade por ato ilícito, em que não há nenhuma limitação. Enquanto o patrimônio do sócio responsável pelo ilícito suportar, pode-se cobrar dele a indenização pelo prejuízo sofrido pela sociedade, por credores ou pela comunhão.

Na segunda, o sócio responde solidariamente com os demais pela integralização do capital social (CC, art. 1052). Aqui, a responsabilidade independe do ilícito. Se o contrato social contempla cláusula estabelecendo que o capital subscrito ainda não está totalmente integralizado, massa falida pode demandar a integralização de qualquer um dos sócios. É a ação de integralização, que a lei anterior, ao contrário da atual, disciplinava em dispositivo específico.

O administrador da sociedade limitada, por sua vez, responde quando descumprir o dever de diligência (CC, art. 1011) e prejudicar, com isso, a sociedade. Não existe hipótese de responsabilidade objetiva do administrador da limitada. Se ele descumpriu seus deveres legais – sintetizados na noção de diligência – ele não pode ser responsabilizado pelos prejuízos sofridos pela sociedade. Sua obrigação é de meio e não de resultados.¹⁰⁰

A lei das sociedades anônimas também prevê a responsabilidade do acionista controlador pelo abuso do poder de controle (art. 117), bem como impõe ao administrador da sociedade anônima a responsabilidade por atos ilícitos praticados na condução dos negócios (art. 158), de forma que a conduta infringente à lei ou ao contrato social, estatutos e acordo de cotistas ou acionistas são hipóteses em que é possível alcançar o patrimônio dos sócios e administradores pela prática ilícita.

¹⁰⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Lei de falências e de recuperação de empresas (Lei 11.101 de 9.2.2005)*. São Paulo: Saraiva, 2005, pág. 82.

De seu turno a legislação falimentar previu expressamente a extensão da falência aos sócios com responsabilidade ilimitada, exigindo a citação deles para proporcionar o contraditório ao pedido falimentar.¹⁰¹

Assim como contemplou a possibilidade de responsabilizar os sócios de responsabilidade limitada, os controladores e administradores, em ação autônoma que apura a responsabilidade por ilícito praticado, nos moldes de condutas previstas nas legislações específicas de regência, o que independe da insuficiência de ativos para cobrir o passivo.¹⁰²

As duas espécies de responsabilidade não se confundem com a desconsideração da personalidade jurídica, e nem com a construção pretoriana de extensão dos efeitos da falência a sócios e outras empresas pertencentes a grupos econômicos utilizados em afronta à lei e para fraudar credores.

Na extensão dos efeitos da falência a empresas e sócios, concebida a partir da aplicação da *disregard doctrine* as consequências iam muito além da desconsideração pontual para vincular o patrimônio de terceiros encobertos pela autonomia patrimonial personificada, pois outros efeitos irradiavam de forma a interromper as atividades e negócios de uma forma geral, pois todas as consequências de uma falência eram transferidas para terceiros.

Dentro desse contexto, que vinha sendo observado sem contraditório e ampla defesa, por simples decisão do juízo falimentar, sobreveio a mudança legislativa que acrescentou o art. 82-A, à legislação especial com a seguinte redação:

Art. 82-A. É vedada a extensão da falência ou de seus efeitos, no todo ou em parte, aos sócios de responsabilidade limitada, aos controladores e aos administradores da sociedade falida, admitida, contudo, a desconsideração da personalidade jurídica.

Parágrafo único. A desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, para fins de responsabilização de terceiros, grupo, sócio ou administrador por obrigação desta, somente pode ser decretada pelo juízo falimentar com a observância do art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) e dos arts. 133, 134, 135, 136 e 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), não aplicada a suspensão de que trata o § 3º do art. 134 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).¹⁰³

¹⁰¹ Art. 81. A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem. (Lei nº 11.105, de 09 de fevereiro de 2005)

¹⁰² Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil. (Lei nº 11.105, de 09 de fevereiro de 2005)

¹⁰³ Artigo acrescentado pela Lei nº 14.112, de 24.12.2020 - DOU - Edição Extra de 24.12.2020, com efeitos a partir de 27.01.2021

A evolução legislativa e a redação enunciada no comando normativo de regência trouxe inovações importantes à construção pretoriana, alterando a forma para realinhar o instituto da desconsideração e sua consequência – contrária à extensão dos efeitos da falência, o que impende repensar o tema, até porque a redação atual aproxima a teoria de suas bases conceituais históricas, alinhando-se mais aos escopos da técnica, além de preservar a necessidade de observar os pressupostos à decretação da quebra, disponibilidade do direito, enfim às bases do instituto da falência e formalidades procedimentais.

A desconsideração da personalidade jurídica sempre foi concebida como um mecanismo para superar a autonomia personificada para expor outros patrimônios responsáveis por obrigações, porém de maneira pontual e circunscrita à hipótese de sujeição do patrimônio ao pagamento da dívida.

Pensamos que não seria a hipótese de impor todos os reflexos de uma falência, inclusive responsabilidades criminais e suspensão de atividades do comércio, bem como a lacração de estabelecimentos e paralização das atividades em relação a pessoas e empresas, exorbitando o escopo da *disregard doctrine* de levantar o manto da autonomia personificada para submeter outros patrimônios à solvência de créditos inadimplidos.

E novel dispositivo introduzido ao processo falimentar deixa claro que a hipótese de desconsideração não significa a extensão dos efeitos da falência às pessoas e empresas mencionadas, aliás, veda textualmente a extensão, o que se alinha a concepção doutrinária e à previsão legal normatizada, normatividade que há de refrear a prática da construção pretoriana, de estender os efeitos da falência a partir da desconsideração levada a efeito pelo juízo falimentar.

De fato, decretar a quebra de pessoas e empresas a partir de um simples pedido no âmbito de outra falência não atende aos pressupostos do processo falimentar, além do que nos parece carecer um “agir de ofício”, pois o interesse de credores ou da administração judicial é no sentido de um “reforço” patrimonial para ampliar os ativos, e jamais de levar adiante uma nova relação processual, sem a observância das condições da ação e pressupostos inerentes para conduzir a quebra de empresas e pessoas, para lhes aplicar todos os reflexos que derivam da falência.

A desconsideração, como técnica e nos limites do incidente, objetiva a vinculação de outros patrimônios ao adimplemento do crédito, no caso da falência, da massa de credores, desde que presentes os pressupostos da teoria maior, previstos no artigo 50 do Código Civil.

Não se trata de decretar ou estender os efeitos da falência, com paralisação de atividade, lacração de estabelecimentos, e outros atos processuais específicos e reflexos da falência, mas

apenas de arrecadar o patrimônio dos entes atingidos pela despersonalização de forma a responder pelos créditos falimentares.

Importante a correta aplicabilidade do instituto para conduzir à válida e coerente vinculação do patrimônio alheio, porventura descortinado pelo levantamento do véu personificado, que se atente a razoabilidade e proporcionalidade, aliás, inspirador da redação do artigo 50, *caput*, *in fine*, do Código Civil, que determina “beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso”.

Conjugando a natureza da desconsideração da personalidade como uma técnica de exceção utilizada para afastar a regra da autonomia patrimonial personificada, e levando-se em conta que a má-fé não se presume, aliada ao comando normativo que limita a desconsideração aos benefícios diretos e indiretos auferidos, pensamos que o instituto deve ser aplicado com extrema cautela no âmbito falimentar, para não ceder a sedução de facilitação de ampliar os ativos de forma ilícita e injusta.

Por óbvio que o uso abusivo de formas, as fraudes, confusões patrimoniais consentidas e comprovadas conduzem à sujeição dos patrimônios dos envolvidos com as ações contrárias ao direito, na medida do benefício recebido, o que impõe observância à razoabilidade e proporcionalidade.

Muitas vezes é difícil quantificar os benefícios diretos e indiretos percebidos ou potenciais, até porque a hipótese deve ser analisada no caso concreto, ficando óbvio em situações onde empresas são criadas para substituir a atividade de outras empresas endividadas, pelos mesmos sócios ou interpostas empresas ou pessoas.

Mas a situação se mostra mais complexa em situações onde outras empresas constituídas, e até mesmo concorrentes, buscam pelo mercado e de alguma forma se envolvem com as atividades de empresa em recuperação judicial que venha a falir, eis que os atos praticados em uma espécie parceria de fato ou formalmente constituída, em princípio não revelam ilícito algum.

Também em relação ao patrimônio dos sócios de responsabilidade limitada há que se observar a natureza e gravidade dos atos que importem em desvio de finalidade, e/ou confusão patrimonial, bem como os reflexos, a quantificação dos benefícios auferidos.

Isso porque durante a existência normal da empresa pode ter gerado e distribuído lucros, e através destes se constituído um relevante patrimônio pessoal, de forma que esse ativo regularmente constituído em período de normalidade não pode responder pelo insucesso do empreendimento, pois estaria se impondo o império da insegurança jurídica defesa pela ordem constitucional.

Em tema falimentar, assim como em outras hipóteses da teoria maior é necessário fazer a releitura dos pressupostos caracterizadores da confusão patrimonial à luz dos primados da razoabilidade e proporcionalidade, para afastar distorções.

Quando a norma enuncia como possível confusão o cumprimento repetitivo pela empresa ou pelo empresário de obrigações, prática, aliás, muito observada no dia a dia, onde contas pessoais de sócios e administradores são repassadas para a empresa, assim como obrigações da empresa são solvidas pelos sócios, tais ocorrências podem não ter dado azo a quebra, e os benefícios auferidos sejam ínfimos perto da massa patrimonial, dos ativos e passivos envolvidos.

Assim, a razoabilidade e a proporcionalidade impõem o raciocínio de que essas condutas somente podem levar a desconsideração se forem a causa da derrocada, ou seja, se substancialmente se mostrarem relevantes a ponto de impactarem economicamente as atividades da sociedade empresária.

Pensamos que a linha do tempo separa o “joio do trigo”, pois um patrimônio constituído em época muito pretérita e de normalidade, não pode vir a responder no futuro pelo insucesso da atividade econômica, pois a dinâmica do mercado, a globalização, a concorrência, falta de investimentos, podem tornar a empresa não competitiva, de forma a não sobreviver no seguimento em que atua.

Os riscos inerentes à atividade, como investimentos em novas linhas de produção ou diversificação de produtos e atividades, podem levar a um endividamento que torne inviável o prosseguimento das atividades e conduza a empresa à ruína.

De qualquer forma, são decisões tomadas a partir de um patrimônio consolidado, tanto das pessoas físicas dos sócios, quanto das pessoas jurídicas, que estão amparados pela proteção da autonomia patrimonial, que somente pode ser afastada dentro do abuso e ilicitude normatizada, na medida da gravidade e dos benefícios auferidos, se é que auferidos.

Mesmo raciocínio, mas de resolução mais fácil é a hipótese de transferência de ativos sem contraprestação, eis que se aproxima mais na linha do tempo do fato da quebra, e é facilmente quantificado pela avaliação dos ativos.

Existem situações que em tese configurariam “confusão patrimonial”, mas que podem não ter relevância, razão pela qual não conduziriam a desconsideração da personalidade pela ausência de impacto substancial ou determinante à quebra da empresa.

Não se pode olvidar que a legislação específica exige uma ação autônoma para gestão ilícita ou fraudulenta, capaz de responsabilizar o sócio ou administrador, independentemente de existir a perspectiva de solvência dos créditos falimentares pelos ativos arrecadados, de

forma que atos de gestão ruínoza não podem ser erigidos a causalidade para a desconconsideração, que se prende a pressupostos específicos tendentes a frustrar a garantia de credores.

Também existe a tutela específica inerente à declaração da responsabilidade ilimitada, pelos motivos previstos no direito positivo, também sujeitos aos pressupostos específicos a serem observados na ação e instrumento processual próprio para a entrega da tutela de vinculação direta do patrimônio responsável pelo ilícito.

Dessa forma o campo de incidência da desconconsideração no âmbito falimentar é restrito a situações em que o manto personificado é utilizado de forma consciente para blindar o patrimônio, praticar fraudes e/ou de alguma forma frustrar a garantia dos credores, mas jamais para retroagir no tempo de forma substancial e buscar um patrimônio acobertado pela autonomia personificada que de forma alguma contribuiu para a quebra da empresa.

Mesmo os ativos amealhados pelos sócios ao longo dos anos com a legítima distribuição de lucros em períodos de normalidade, não podem ser vinculados ao passivo da empresa falida sem que o comportamento ilícito, e a relação de potencial benefício que decorre da conduta seja relevante, possível causa à decretação da quebra.

3. DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Após tratar dos aspectos conceituais e materiais da desconsideração da personalidade jurídica e seu tratamento pelos diversos ramos do direito, impõe agora adentrar aos aspectos do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, na acepção do corte metodológico e prospectivo desse estudo de forma a direcionar às conclusões aptas a situar o tema dentro de uma teoria geral capaz de expandir a utilização do incidente para hipóteses que demandariam instrumentos apropriados para a eficiência e efetividade da tutela jurisdicional.

3.1. DA CONCEPÇÃO À LUZ DA TEORIA GERAL DO PROCESSO

Dentro do que até aqui foi concebido, o instituto da desconsideração é uma técnica de superação pontual da personalidade jurídica, de forma a buscar a vinculação de outras pessoas e patrimônios a determinada obrigação, e o instrumento adequado para a entrega da tutela jurisdicional específica é o incidente que doravante iremos abordar.

De proêmio cumpre identificar a natureza jurídica do instrumento de forma a extrair com precisão a regulação do procedimento, os limites e as consequências da entrega da tutela jurisdicional, e vicissitudes que permeiam o tema, inclusive dos institutos afins.

Na clássica teoria geral do processo podemos afirmar que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica tem natureza jurídica de ação e se processa como um incidente, eis que se justifica diante de uma obrigação com viés econômico, que se encontra potencialmente despida de solvência, sua garantia natural, em razão da inexistência ou insuficiência patrimonial do responsável pelo adimplemento.

Diante do viés patrimonial e da possibilidade de insolvência, que indica a necessidade de uma ação antecedente onde se pleiteia o direito creditório, em tese não se pode conceber a desconsideração da personalidade jurídica como objeto de ação declaratória ou constitutiva autônoma, antes da constituição do direito creditório em relação ao terceiro imputado, ainda que possa ser cumulada e manejada conjuntamente com a ação tendente a tal finalidade.

Aliás, o interesse de agir está umbilicalmente ligado ao crédito, havendo clara relação de prejudicialidade entre o direito creditório, a necessidade e utilidade do provimento jurisdicional, pois a insubsistência do crédito ou a solvência da responsabilidade titular da relação obrigacional inviabiliza a desconsideração pontual da autonomia personificada, até porque sendo uma técnica e medida de exceção, a ausência ou inviabilidade do crédito, e por

consequência, a potencial solvência, impõe a observância à regra geral de autonomia em detrimento da excepcionalidade da medida, o que melhor se alinha com a segurança jurídica e com os princípios da ordem econômica.

Assim, como nos modais inerentes às diversas ações, a partir de uma relação jurídica contemplada pelo direito substancial, e diante da resistência à regulação enunciada, surge a crise de autoridade legislativa a autorizar a dedução de uma pretensão para que o Estado substitua a vontade das partes, de forma a emitir a norma individual e concreta que passa a regular aquela relação jurídica controvertida.

Nessa ordem de raciocínio, não sendo possível obter o cumprimento espontâneo da obrigação em razão da potencial insolvência, e havendo os pressupostos de extensão da responsabilidade patrimonial, diante da vedação à autotutela, surge o direito subjetivo de a parte deduzir uma pretensão pela via incidente (ação) para que o Estado Juiz substitua a vontade das partes e emita o comando individual e concreto que passará a regular a relação jurídica até o seu exaurimento normal ou pelo império do comando normativo coercitivo estatal (jurisdição).

De forma sintética podemos dizer que a existência do crédito e a possível ausência de patrimônio apto a suportar a obrigação, faz nascer o direito de ação de levar uma pretensão de desconsideração ao Estado, que se obriga a solucionar a crise de autoridade legislativa e emitir o comando individual e concreto, ou seja, a entrega da tutela jurisdicional que contemple a extensão objetiva e subjetiva da obrigação em crise de solvência o que passará a regular a relação jurídica obrigacional em toda a sua extensão até o seu término.

O exercício do direito subjetivo de exigir do Estado um provimento jurisdicional, na medida em que o comando normativo abstrato enunciado não foi capaz de conduzir ao conseqüente hipoteticamente previsto, principia pela formulação de um pedido ao juiz que inaugura uma nova relação jurídica dinâmica, regulada dentro das normas processuais, permeada de direitos, deveres e ônus que conduzam a atividade das partes ao édito da construção da norma individual e concreta que se impõe às vontades das partes.

Como regra o procedimento incidental é o instrumento previsto para regular a relação entre os sujeitos dessa relação jurídica e conduzir à entrega da tutela jurisdicional, que em última instância buscará entregar o bem contemplado na relação de direito material em crise de adimplemento.

O pedido de desconsideração da personalidade jurídica, objeto do processo incidente possui a conotação imediata de levantar o véu personificado para obter a sujeição de outros patrimônios ao adimplemento de uma obrigação e o mérito a ser decidido nessa relação

processual paralela através da tutela específica, o bem da vida perseguido de mediata, é obter a satisfação da obrigação.

As partes dentro do incidente não estão ligadas apenas à relação processual original, onde a dialética jurídica gira em torno da obrigação entre os protagonistas que lhe deram origem e azo ao inadimplemento, pois o escopo é ampliado em busca da transcendência à limitação subjetiva acobertada pela autonomia personificada, como mecanismo de alcançar a responsabilidade patrimonial de terceiros, cujo uso abusivo ou ilegal da personificação e os benefícios que perceberam possam revelar a vinculação à obrigação a partir das vicissitudes de sua constituição.

Na hipótese para dar ensejo à pretensão de desconconsideração é necessária a prévia constituição da obrigação eivada pelo abuso de direito, fraude ou confusão patrimonial circunstâncias factuais que legitimam o manejo do pedido de desconconsideração em face do beneficiário da mácula, o que se faz pela via incidente ou na pendência de ação judicial tendente a tal intento, motivo pelo qual não constitui justificativa, ainda que em caráter cautelar, deduzir a pretensão em momento anterior à constituição e a exigibilidade do crédito.

Nesse panorama, os fatos constitutivos do direito, estão ligados ao crédito e a potencial crise de adimplemento, causa de pedir para legitimar o manejo do pedido em face de pessoa diversa dos titulares passivos naturais da relação obrigacional inadimplida. E a pretensão deduzida introduz um novo objeto litigioso à relação processual, com o escopo de superar a autonomia personificada e proporcionar a vinculação de outro patrimônio à solvência da obrigação.

3.2. DOS ELEMENTOS DA DEMANDA DE DESCONSIDERAÇÃO

Dentro do contexto da teoria geral do processo os elementos da demanda são verificados a partir do direito substancial, pois dentro das vicissitudes da constituição do crédito e seu possível inadimplemento se encontram os elementos de identificação e individualização da pretensão primária e da extensão extraordinária da responsabilidade patrimonial, em razão da relação do terceiro com o devedor primário.

A pertinência subjetiva do incidente, ou seja, quem pede e em face de quem se pede a tutela jurisdicional, tem como ponto de partida o sujeito ativo, que é o titular do crédito em face da sociedade personificada. O sujeito passivo é a pessoa apontada como beneficiário do uso abusivo da personalidade jurídica, em face de quem se busca a imputação da responsabilidade

pela fraude ou confusão patrimonial, que de alguma forma mantém vínculos ou se liga à empresa devedora originária.

A causa de pedir remota da pretensão ativa são os fatos constitutivos do direito alegados pelo credor, que deram origem ao crédito em relação ao devedor originário, e a identificação de um vínculo societário entre a empresa devedora e o sujeito passivo em face de quem se deduz a pretensão de desconsideração (administrador, sócio, 'laranja', etc.).

Causa de pedir remota passiva é o inadimplemento do devedor, aliado a um contexto factual que se imputa ao sujeito passivo da desconsideração, que signifique o uso abusivo da personalidade jurídica em violação à autonomia dos patrimônios ou fraude à autonomia personificada, e a causa de pedir próxima se relaciona ao potencial inadimplemento e a descrição da conduta do imputado, que indique o uso abusivo da personalidade jurídica pelo terceiro beneficiado que deva ter o seu patrimônio vinculado ao adimplemento da obrigação.

Pedido imediato é a tutela de natureza constitutiva, que consiste em ampliar os limites objetivos e subjetivos da relação obrigacional, de forma a vincular o patrimônio de terceiro ligado ao devedor como corresponsável ao adimplemento da obrigação, e o pedido mediato é a obtenção do bem da vida almejado, a solvência da obrigação, mediante a sujeição do patrimônio do sujeito passivo à satisfação do crédito.

3.2.1. DAS PARTES

São partes da desconsideração o sujeito ativo, credor de uma sociedade que pede uma tutela jurisdicional específica para ampliar e constituir a responsabilidade patrimonial de um terceiro não devedor, que possua vínculo junto à sociedade devedora.

Em princípio o tema não sugere complexidade, mas há que se enfrentar a questão da legitimação do Ministério Público eis que o próprio dispositivo de regência do incidente no Código de Processo Civil, repetindo a autorização contida no direito material (art. 50, *caput*, do Código Civil) permite a dedução do pedido pelo Órgão.¹⁰⁴

Quando o Ministério Público atua como parte ou na condição de substituto processual da parte, não há dúvidas de que esteja legitimado a exercer a plenitude das faculdades inerentes à condição parcial da participação que representa, todavia há que se questionar a legitimidade para o ajuizamento do pedido de desconsideração quando a atuação se dá na condição de fiscal da lei, hipótese em que não representa interesse subjetivo, e nem poderia fazê-lo na medida em

¹⁰⁴ 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.

que o Órgão atua de maneira imparcial e restrita à fiscalização e observância aos enunciados legislativos.

Não se pode olvidar que em tais hipóteses a ação em defesa da solvência patrimonial e em busca da vinculação de patrimônio alheio ao adimplemento de crédito acaba por deslocar a atuação imparcial para a defesa de um interesse subjetivo personificado, ou seja, significa a dedução de uma ação incidental para ampliar a garantia ao pagamento da dívida, o que se mostra incompatível à própria natureza da atuação, o que extrapola os hipotéticos previstos que legitimam a intervenção parcial do Órgão.

Pensamos que existe uma impropriedade textual nos comandos normativos de regência, que autorizam o Ministério Público a deduzir a demanda de desconconsideração “quando lhe couber intervir no processo”, o que extrapola o campo de atuação ministerial, circunstância minimizada pelo fato de que na maioria dos litígios que envolvem interesses disponíveis sobre crise de adimplemento, cenário de maior incidência da desconconsideração, não existe a intervenção do Ministério Público nas relações processuais, salvo quando envolvem interesses de menores e incapazes.

De qualquer forma, está prevista textualmente a legitimidade do Ministério Público, e a relevância dos interesses, ainda que tecnicamente possam exorbitar o campo de atuação ministerial, pode justificar a instauração do incidente para superar o uso abusivo da autonomia personificada, quando a parte interessada não promover o incidente.

Com relação à administração judicial na recuperação judicial e na massa falida a legitimidade do administrador é insofismável e tem previsão expressa no artigo 22, da Lei nº 11101/2005, que confere amplos poderes para a arrecadação de bens e realização dos ativos para o pagamento dos credores, inclusive para propor medidas e ações necessárias a tal escopo, dentre as quais a técnica de desconconsideração é medida eficaz diante de um eventual contexto de vinculação de outros patrimônios para o adimplemento do passivo.

Situação bastante peculiar é a do terceiro que tem o seu patrimônio constrito por decisão judicial, hipótese em que não é credor da empresa devedora e nem possui qualquer vinculação com tal sociedade ou com a constituição da relação obrigacional que deu azo ao débito. Isso porque em tal cenário não tem legitimidade e muito menos interesse processual para manejar a demanda paralela de desconconsideração, de forma a livrar o seu patrimônio da constrição judicial, o que somente pode ser buscado pelo instrumento processual próprio dos embargos de terceiro que tende a desconstituir a constrição pela motivação própria.

A legitimidade passiva, segundo a dicção normativa, é conferida a todos aqueles que abusaram do vínculo societário ou de fato que possuem com a empresa devedora, eventuais

terceiros, administradores, herdeiros e sucessores, sendo relevante observar que a vinculação societária pode ser de fato ou de direito, pois o efeito para fins de superação da personalidade é o mesmo.

Em princípio o direito positivo refere às figuras dos sócios, administradores, gestores e sociedades controladoras, controladas e/ou coligadas, de forma que a figura do terceiro sem vinculação jurídica formalizada, como é o caso dos sócios ocultos, sociedades de fachada, “testas de ferro”, “laranjas”, etc., também podem ser implicados pela desconsideração-imputação de responsabilidade.

São hipóteses de pessoas ou empresas que participam de manobras fraudulentas para frustrar o adimplemento e encobrir patrimônios de beneficiários dos ardis, que também podem ter os seus patrimônios vinculados à dívida fraudada através da demanda incidental de desconsideração, onde se discute a validade e eficácia dos negócios jurídicos onde esses terceiros estranhos tenham tomado parte para encobrir os efeitos patrimoniais que se refletem na solvência ou não da dívida.

3.2.2. DA CAUSA DE PEDIR

Ao propor o incidente de desconsideração da personalidade jurídica o demandante credor da sociedade devedora deve expor os fatos e fundamentos jurídicos pelos quais buscam a superação episódica da autonomia patrimonial personificada para atingir o patrimônio de terceiros, que tenham vinculação com a devedora.

O contexto factual descrito como justificativa da desconsideração representa a causa de pedir remota, ou seja, a ocorrência de eventos que se amoldam a enunciados normativos antecedentes que os qualificam para as consequências previstas no consequente enunciado, de forma que tem a aptidão de gerar a extensão da responsabilidade patrimonial, efeito jurídico almejado pelo credor. A indicação da qualificação jurídica dos fatos relevantes narrados, ou seja, o arcabouço normativo que dão azo à construção da regra matriz de incidência da desconsideração é a causa de pedir próxima.

Relevante mencionar, até porque tem consequências práticas, o fato de que o sistema processual brasileiro observou o modelo polarizado que releva os fatos em detrimento da argumentação jurídica ou fundamentação legal, de forma que adotou à teoria da substanciação onde a causa de pedir se revela pela descrição dos fatos, cuja qualificação se dá pela atuação do Estado-juiz na construção da regra matriz que deles deflui, o que abrange toda a fundamentação jurídica que possa amparar o pedido, ainda que não mencionados na postulação.

Assim, se o credor da sociedade devedora pede a desconsideração da personalidade com base na ‘teoria menor’, mas a hipótese não se encontra prevista dentro dos enunciados legislativos que a contemplem, nada obsta que se processe o incidente observando-se os pressupostos da ‘teoria maior’, com a necessidade de demonstrar e comprovar o abuse de direito, a confusão patrimonial ou a fraude, que poderão ensejar a superação episódica da personalidade.

Mesmo no contexto factual, havendo a descrição de desvio de finalidade com a narrativa de confusão patrimonial ou simulação e o pedido fundado em apenas uma das situações narradas, não existe óbice em que se conceda a desconsideração com base nos outros fatos narrados sem o consequente pedido, até porque a qualificação dos fatos e a motivação da decisão é feita pela entrega da tutela que emite a norma individual e concreta.

No dizer de De Lucca, “o *iura novit curia* impõe que o Estado-juiz dê aos fatos a qualificação jurídica adequada e julgue de acordo com o Direito, mas o julgamento deve ser da pretensão deduzida pelo demandante com fundamento nos fatos alegados pelas partes”.¹⁰⁵

3.2.3. DO PEDIDO

Dentro da classificação do objeto da ação o pedido exerce a importante função de individualizar e especificar a pretensão, que deve se mostrar capaz e útil a justificar a tutela jurisdicional contemplada pelo instrumento previsto no ordenamento jurídico para tutelar o interesse litigioso.

Segundo o comando normativo raiz da ‘teoria maior’, a desconsideração se restringe a permitir que os “efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios”, de forma que o objeto do incidente de desconsideração da personalidade se limita a imputar a responsabilidade pelo adimplemento de dívida alheia.

Complementando a previsão do direito material o Código de Processo Civil ao tratar da responsabilidade patrimonial das pessoas sujeitas à execução civil, no especial intento da sujeição dos patrimônios ao adimplemento das obrigações, estende a responsabilidade aos bens “do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica”.¹⁰⁶

¹⁰⁵ DE LUCCA, Rodrigo Ramina. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Thomson e Reuters Brasil, 2019, p. 321.

¹⁰⁶ Art. 790. São sujeitos à execução os bens:
VII - do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

O direito material ao mesmo tempo que qualifica os fatos, regulamenta as relações jurídicas e fornece soluções que emergem da subsunção dos eventos ao substrato material hipotético descrito que conduz ao conseqüente enunciado, também prevê instrumentos com aptidão de solucionar a crise de obediência espontânea ao comando normatizado, de forma a fornecer um arcabouço de instrumentos adequados às tutelas jurisdicionais, sob a perspectiva de provimentos capazes de salvaguardar a objetividade jurídica tutelada.

Bem observou Dinamarco que “não é à-toa ou por acaso que certos litígios desembocam na sentença constitutiva e outros, não. Como tantas outras questões em direito processual, também esta se resolve à luz da natureza ou características da situação jurídico substancial causadora do processo”.¹⁰⁷

Conforme o comando normativo basilar da desconsideração da personalidade, a espécie trata de uma imputação sanção de extensão da responsabilidade patrimonial àqueles que abusam da autonomia personificada da pessoa jurídica, de forma que o deferimento ao pedido não configura a constituição de uma prestação, e não interfere na relação jurídica substancial que constituiu a obrigação.

A obrigação originária funciona apenas como causa de pedir da sujeição patrimonial do patrimônio de terceiro a partir do afastamento da autonomia personificada, não constitui pedido condenatório e nem pode conduzir a tal édito, de forma que funciona apenas como mecanismo de ampliação da responsabilidade patrimonial para coibir o abuso e a fraude que tendem a frustrar a garantia ao crédito e proporcionar prejuízo ao adimplemento.

Assim, a tutela específica se esgota na sujeição do patrimônio de terceiro ao adimplemento da dívida, o que não significa que o terceiro tenha titularidade passiva no plano da obrigação, mas apenas se sujeita à tutela que estende a responsabilidade patrimonial para atingir o seu patrimônio à relação processual tendente a satisfazer o crédito inadimplido. No dizer de Rodrigues Filho a decisão de desconsideração “amplia a eficácia subjetiva do título executivo”.¹⁰⁸

Considerando que o título executivo ou mais precisamente, a relação obrigacional substancial não contempla a responsabilidade do terceiro, para se obter por exogenia tal efeito estender a eficácia subjetiva da relação obrigacional à responsabilidade de terceiro é necessário imputar a sanção pelo uso abusivo da autonomia personificada, conforme a *fattispecie* abstrata

¹⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Vol. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 950.

¹⁰⁸ RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo de acordo com o código de processo civil de 2015*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 192.

e seus pressupostos para modificar a relação jurídica original de forma aos seus efeitos alcançarem o patrimônio alheio.

Tal como é ínsito à tutela jurisdicional, a par de “dizer o direito” – declaração de subsunção do evento verificado aos hipotéticos normativos enunciados, a partir dos quais se constrói a regra matriz de incidência da desconsideração, o que atrai o consequente prescrito, que significa a modificação dos limites objetivos e subjetivos da obrigação anteriormente constituída.

A introdução da norma individual e concreta no ordenamento de forma a alterar os limites objetivos e subjetivos da responsabilidade para sujeitar o patrimônio de terceiro ao adimplemento de obrigação da qual não detém titularidade é condição indispensável à vinculação no plano do processo em sua fase executiva, pois sem título executivo não se pode conceber atos de expropriação do patrimônio para o adimplemento de dívida.

Assim, respeitado o posicionamento doutrinário que enxerga no provimento de desconsideração apenas a natureza declaratória do modo de ser da relação jurídica, entendemos que tal decisão careceria de complementação para permitir a amplitude da responsabilidade obrigacional ao patrimônio alheio, até como resposta ao uso abusivo ou ilegal da personalidade, de forma que a introdução da nova realidade no sistema se reveste também da natureza constitutiva, aliás, predominante na tutela específica, pois efetivamente a natureza patrimonial, aliada à conexão por prejudicialidade entre a atitude do terceiro, sua vinculação com o uso ilícito da personalidade jurídica, atrai para a espécie a necessidade da completude adequada a readequar a obrigação originária à essa nova realidade jurídica reconhecida, que decorre da imputação sanção de responsabilidade pelo abuso.

O efeito imediato que se pode extrair é a eficácia prospectiva do provimento à pretensão de desconsideração, que tem o condão de ampliar as dimensões objetivas e subjetivas da obrigação para vincular o patrimônio de terceiro, de forma que o provimento, via de regra, somente projeta efeitos para o futuro e entre as partes protagonistas da dialética que envolve aquele inadimplemento prejudicado pelo expediente qualificado dentro dos pressupostos da ‘teoria maior’.

A situação diverge das hipóteses de fraude e simulação que retroagem à data da conduta ilícita, eis que tais ilicitudes maculam a obrigação na origem, de forma a viciar os efeitos a partir do evento o que pode comprometer o plano de validade e eficácia do negócio jurídico, enquanto a desconsideração somente opera efeitos entre as partes e para o futuro, de forma a manter hígidos os atos e negócios praticados.

Assim, a superação da autonomia personificada afeta apenas aqueles atos e negócios que vierem a ser detectados a partir dos limites impostos pela entrega da tutela, dentro daquela relação processual pontual, de forma que deve se restringir ao patrimônio existente e sujeito àquela tutela perseguida, jamais ao patrimônio realizado.

Importante observar que o esquema lógico normativo da desconsideração, impede, apesar da impropriedade da redação do art. 134, § 2º, do Código de Processo Civil, que se direcione uma execução civil contra terceiro indicando como causa de pedir o fundamento da desconsideração, eis que o procedimento executivo é incompatível com o incidente de desconsideração da personalidade.

O modelo de execução no nosso ordenamento exige um elevado grau de certeza do direito ao crédito, que se consubstancia em documentos produzidos pelas partes, ou decisões judiciais que reconhecem e pronunciam o direito, o que se consubstancia em um documento dotado de força executiva, capaz de deflagrar o procedimento de excussão do patrimônio do devedor para satisfazer a obrigação. Sem título executivo não se concebe execução, tanto que a máxima é retratada na expressão latina *nulla executio sine titulo* que exprime o pressuposto enunciado no direito executivo¹⁰⁹.

Por outro lado, o direito positivo enumera os casos de sujeição patrimonial elencando o devedor com todo o seu patrimônio presente e futuro, como principal responsável¹¹⁰, mas também estende a responsabilidade para terceiros vinculados ao devedor, e de forma textual refere ao responsável pelos atos qualificados no enunciado da regra de desconsideração, que uma vez verificado os pressupostos mencionados na *fattispecie* venham atrair a consequente construção da regra matriz de incidência de superação da autonomia personificada.

Não é a verificação do fato em abstrato que atrai a responsabilidade, mas sim a incidência da regra construída por meio de uma decisão judicial, observado o devido processo legal do incidente, e a norma individual e concreta introduzida no ordenamento jurídico.

Dessa forma, sem a previsão da responsabilidade consubstanciada em um título executivo, ou seja, antes da entrega da tutela específica de extensão da obrigação à responsabilidade de terceiro, não se pode a partir de apenas uma perspectiva, extrair a sujeição extraordinária pela regra da imputação sanção, que decorre do uso abusivo da personalidade

¹⁰⁹ Art. 783. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível. (CPC – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

¹¹⁰ Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei. (CPC – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

jurídica, o que impõe a necessidade de instauração do incidente de desconsideração em todas as hipóteses de execução civil.

O vínculo de sujeição somente se constitui a partir da decisão final proferida no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, onde é construída a regra matriz de incidência da responsabilidade ao patrimônio de terceiro, evento que autoriza a extensão objetiva e subjetiva dos efeitos da obrigação, de forma a legitimar o uso dos atos executivos para buscar a solvência do crédito inadimplido.

Pelo mesmo motivo não é possível individualizar um ativo do terceiro para submetê-lo à constrição antes de se operar a regra de desconsideração, conquanto seja possível, em tutela provisória, cumpridos os pressupostos normativos, buscar a preservação do patrimônio para evitar o perecimento do direito de forma a resguardar a entrega da tutela jurisdicional, mas sempre observando a reversibilidade da medida e a menor onerosidade possível.

3.3. DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO

Considerando a clássica teoria geral do processo influenciada pela dogmática italiana, sem entrar na celeuma de modernas concepções, relevante observar o que se concebe por legitimidade e interesse processual eis que proporcionam debates e decisões vivenciadas na prática do cotidiano processual.

A legitimidade está afeita a pertinácia subjetiva da ação, ou mais precisamente a titularidade dos interesses antagônicos, que emerge da relação de direito material e legitima alguém a deduzir uma pretensão em face de outra pessoa, para tutelar um direito subjetivo vilipendiado.

O interesse processual pode ser representado pelo binômio necessidade adequação que significa a necessidade de recorrer à tutela jurisdicional, de forma a obter um provimento adequado à solução do litígio mencionado, ao que deve ser acrescido a utilidade da tutela à salvaguarda do direito subjetivo supostamente confrontado.

3.3.1. DA LEGITIMIDADE

A legitimidade pode ser sintetizada nas titularidades de quem pede e em face de quem se pede uma tutela jurisdicional, o que exprime a pertinácia subjetiva da demanda, o que emerge da qualidade e interesses dos protagonistas de uma relação jurídica normatizada pelo direito

positivo, que qualifica o evento e lhe reveste de juridicidade, de forma que a enunciação enunciada atrai o consequente prescrito, fonte de constituição do vínculo obrigacional.

De forma ordinária (em nome próprio) possui legitimidade para o pleito de desconsideração quem se diz credor, no plano do direito material, de um devedor, e, ao mesmo tempo, possua um correlato direito de extensão da responsabilidade patrimonial a terceiro que possua vínculo societário com o devedor, e fez uso indevido ou ilícito da personalidade jurídica de forma a expor o crédito à insolvência. Extraordinariamente a legitimidade cabe àqueles que estão legalmente autorizados a representar ou substituir as partes da demanda paralela da desconsideração (credor ou o terceiro).

Algumas questões vêm sendo debatidas, até mesmo em razão da literalidade do comando normativo de regência do art. 133, do Código de Processo Civil, como por exemplo a legitimidade de o Ministério Público estar legitimado a propor a desconsideração na qualidade de fiscal da Lei (*custos legis*).

Não há dúvida de que detém a titularidade quando atua como parte (ação civil pública, ação popular, etc.); quando assume o patrocínio da causa representando interesses parciais (substituição processual na execução de alimentos; na reparação de danos decorrentes de delito, para pessoas carentes, etc.), o que significa a legitimação extraordinária para postular os interesses do substituído, inclusive para fins da superação episódica.

Porém, quando atua como fiscal da lei não defende interesses parciais, mas apenas a observância da legislação e procedimentos, o que impõe a necessidade de isenção e imparcialidade funcional, o que é incompatível com o pedido de desconsideração.

Além do mais, não será credor e nem estará legitimado extraordinariamente a postular em nome de um titular de obrigação, de forma que lhe faltará interesse processual para pleitear a sujeição de um terceiro à satisfação de um interesse individual consubstanciado em crédito alheio.

Assim, em princípio não conseguimos vislumbrar o interesse processual de o Ministério Público, atuando como *custos legis*, propor a demanda paralela de desconsideração, ainda mais levando-se em conta a natureza patrimonial do tema que versa sobre interesses individuais disponíveis, de forma que a expressão legal “quando lhe couber intervir no processo”¹¹¹, deve ser complementado com a qualificação da intervenção, como postulação em prol de interesses parciais.

¹¹¹ Art. 50, *caput*, do Código Civil, Lei nº 11.406/2002.

Outro tema que suscita debates e controvérsias é a possibilidade de a sociedade pleitear a desconsideração para atingir o sócio, o que é inclusive objeto do Enunciado 285 da IV Jornada de Direito Civil, que dispõe: “a teoria da desconsideração prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica em seu favor”.¹¹²

Respeitado o entendimento enunciado acima pensamos que existe a impropriedade de essência na aplicação da *diregard doctrine* à tais hipóteses, eis que a solução da celeuma já encontra solução independente da superação episódica, pois o sócio responde por conduta ilícita própria, abuso e desvio de finalidade ao manipular as atividades societárias, sendo desnecessária a demonstração dos pressupostos da teoria maior para implicar o patrimônio do sócio pela prática do ilícito.

Por outro lado, não se pode desconsiderar que a responsabilidade que decorre da desconsideração é sempre subsidiária e se justifica na insolvência do devedor principal, de forma que de pouca ou nenhuma relevância é o fato da sociedade tentar trazer o patrimônio do sócio à colação, sendo que o patrimônio da empresa responde primariamente pela dívida.

O mais correto é buscar a responsabilidade direta do sócio pelo ato ilícito próprio, decorrente do abuso de poder ou desvio de finalidade, e que proporcionou prejuízos à sociedade, de forma a eximir ou se ressarcir da manipulação artificiosa.

A manipulação da personalidade jurídica pelo sócio de fato caracteriza ato ilícito pelo excesso de poder ou desvio de finalidade, isso sem falar em eventuais fraudes de simulação absoluta ou dissimulação, o que configura um ato *ultra vires* a atrair a responsabilidade direta do sócio.

A conduta ilícita dos administradores que excedem os limites concedidos pelos atos constitutivos da sociedade, tem o potencial até de afastar a responsabilidade da sociedade, de forma que o instrumento mais adequado para solucionar a questão não é o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, mas a implicação direta do patrimônio do sócio por ato ilícito próprio.

Sobre o tema Carvalhosa explana que os estatutos e regulamentos das sociedades limitam as atividades dos sócios e administradores, e a respeito do excesso e desvio de finalidade explana:

¹¹² A conclusão enunciada encontra amparo em julgado do Superior Tribunal de Justiça: REsp. nº 1.421.464, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 24/04/2014, onde o voto vencedor afirmou que a “desconsideração da personalidade jurídica resguarda interesses de credores e também da própria sociedade indevidamente manipulada”.

... a eventual nulidade do ato *ultra vires* não exime o administrador do ato ilícito, consubstanciado na sua conduta lesiva. Também não exime da sua responsabilidade a eventual ratificação do ato pela assembleia geral ¹¹³.

Em relação às sociedades limitadas, Hentz¹¹⁴ assevera que o escopo da teoria *ultra vires* é proteger os interesses dos sócios e da sociedade, na medida em que ao exorbitar os limites de atuação do poder que lhes são concedidos, a mácula desses atos ilícitos não atingirá o patrimônio da sociedade com reflexo aos demais sócios, pois redundarão em responsabilidade civil por ato ilícito e pessoal de quem os praticou.

Com tais considerações entendemos que quem não é credor originário da obrigação em relação ao devedor não detém a legitimidade para requerer a extensão de tal responsabilidade patrimonial a terceiro que detém relação societária com o devedor.

Na hipótese da Recuperação Judicial e Falência o Administrador Judicial possui legitimidade para propor o incidente de desconconsideração, eis que a legislação especial confere amplos poderes de arrecadação, gestão e administração dos ativos, para a realização e pagamento aos credores, conforme a ordem de prioridade ¹¹⁵, de forma que possui legitimação extraordinária para propor todas as medidas que digam respeito aos ativos e seus responsáveis como representante dos credores originários.

De forma diversa, não possui legitimidade para propor a desconconsideração da personalidade o terceiro que opõe embargos em face da constrição que lhe atingiu o patrimônio. Isso porque não possui relação com a obrigação de origem, e nem interesse processual em discutir a essência da relação de direito material, salvo algumas questões prejudiciais que independem de base probatória e modificam ou extinguem o crédito além de objeções e ordem pública.

Sendo lhe vedado entrar no âmago do debate sobre a constituição da relação obrigacional, não tem a legitimidade para indicar o patrimônio de terceiro para solver a dívida também alheia, o que equivaleria a discutir em nome próprio o direito subjetivo que não lhe diz respeito.

Nos embargos de terceiros somente é cabível a discussão da validade da constrição, jamais o vínculo do direito obrigacional ou sua extensão anômala e episódica para superar a autonomia personificada, o que está fora dos limites de cognição da *disregard doctrine* pela

¹¹³ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. Vol. I. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 316.

¹¹⁴ HENTZ, Luiz Antônio Soares. *Direito de empresa no código civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 115.

¹¹⁵ Lei nº 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, art. 22.

completa ilegitimidade ativa e ausência de interesse processual, na modalidade adequação do instrumento escolhido.

A legitimidade passiva de terceiros está afeita àqueles que fizeram uso abusivo do vínculo societário, de fato ou de direito que possuem em relação ao devedor, seus sócios, herdeiros ou sucessores, e também aqueles terceiros que apesar de não possuírem vínculos formais com o devedor, tenham participado de manobras fraudulentas ou atos ilícitos para fraudar a solvência do crédito constituído.

Nessas hipóteses o credor questiona pela via da demanda paralela e incidente próprio a existência, eficácia e validade de atos e negócios jurídicos nos quais o terceiro imputado tenha tomado parte, e confirmada a manobra artificiosa tem lugar o acatamento da desconsideração da personalidade na modalidade imputação sanção, de forma a estender extraordinariamente a responsabilidade pela dívida ao terceiro.

3.3.2. DO INTERESSE DE AGIR

O interesse de agir é a relação que o titular de um interesse tutelado possui com a causa que o legitima a demandar em juízo. Na desconsideração é a afirmação de um crédito inadimplido ou em crise de solvência (necessidade) que postule a solvência através do incidente de desconsideração da personalidade, pelo patrimônio de terceiro com vínculo societário (de fato ou de direito) ao devedor originário (adequação).

A ausência de certeza da dívida não suprime o interesse de agir de quem se afirma credor, pois o texto de regência (art. 134, CPC/2015) permite o ajuizamento do incidente durante a fase cognitiva, inclusive no ato do ajuizamento da ação para constituir o título executivo até então inexistente.

Mesmo que em fase antecedente ao ajuizamento da ação, é possível postular em tutela provisória medidas de preservação do patrimônio de responsável secundário com base na superação episódica da personalidade jurídica, desde que apresente posteriormente o pedido de condenação do devedor principal, cumulado com o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Ainda é possível conceber o interesse de agir de um credor cujo crédito ainda não é exigível, mas que afirme e demonstre a possibilidade do inadimplemento pela incapacidade patrimonial do devedor originário, de forma que busque a salvaguarda de seu direito frente a extensão patrimonial a terceiro através da superação episódica da autonomia personificada.

A partir de julgado do Superior Tribunal de Justiça¹¹⁶ onde se afirmou que “a inexistência ou não de localização de bens da pessoa jurídica não é condição para a instauração do procedimento que objetiva a desconconsideração”, foi pronunciado que a insolvência não é pressuposto do incidente, o que veio a confirmar o enunciado 281, da IV Jornada de Direito Civil que aprovou a tese: “a aplicação da teoria da desconconsideração, descrita no art. 50 do Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica”.

De fato, o comando normativo de regência não exige como pressuposto da desconconsideração episódica a insolvência, mas apenas o inadimplemento da obrigação, sendo a crise de solvência um estado de fato potencial que justifica o interesse à salvaguarda do direito.

Relevante observar dentro do interesse de agir a limitação objetiva e subjetiva da extensão do julgamento do incidente, que está afeita à descrição do elemento episódico, ou seja, os fatos qualificados à luz dos enunciados descritivos que atraiam consequente construção da regra matriz de incidência da desconconsideração, àquela particular relação jurídica, dentro das circunstâncias que permeiam as vicissitudes da relação obrigacional, e entre as partes envolvidas, notadamente o credor, o terceiro que possua relação societária com o devedor originário.

Dessa forma, salvo quando a relação jurídica e os interesses envolvidos extrapolem a individualidade, por previsão legal ou pela natureza da causa (direitos transindividuais, coletivos, ações civis públicas, proteção aos interesses de consumidores, falência, etc.), a decisão proferida no âmbito da desconconsideração apenas se aplica aos sujeitos parciais da demanda de desconconsideração e àquela situação jurídica episódica levada à apreciação judicial.

O objeto da demanda incidental de desconconsideração é o estado de sujeição anômala do patrimônio de terceiro por dívida originária da personalidade jurídica, ou a situação inversa, verificada a subsunção dos eventos à *fattispecie* abstrata enunciada, naquela especial relação jurídica trazida a julgamento pela demanda paralela própria.

Outras questões pertinentes à constituição do crédito, participação do terceiro na sociedade ou outras questões afeitas às atividades da pessoa jurídica e do terceiro imputado, em relação a outras situações e credores não são alcançados pela eficácia preclusiva da coisa julgada, e nem produzem efeitos fora da superação episódica da autonomia personificada.

Dessa forma, constitui decisão extra petita para fins do incidente de desconconsideração, até porque extrapola os limites da entrega da tutela que contempla, adentrar ao mérito de questões objeto de ações autônomas de cognição exauriente, o que impede de a decisão

¹¹⁶ REsp nº 1.729.554-SP, Quarta Turma, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 08/05/2018

incidental abordar o mérito de eventual ineficácia ou invalidade de ato ou negócio jurídico, ou sobre a condição de o terceiro ser considerado responsável principal pela obrigação, o que constituiria nulidade pela ausência de congruência entre o objeto da desconsideração e o conteúdo exorbitante decidido.

Todavia, há que se reconhecer a possibilidade de o pedido de desconsideração conter uma cumulação objetiva em relação a outros créditos e obrigações inadimplidas, por ajuizar ou pendentes de apreciação em outros processos, em relação aos mesmos devedores, e direcionados aos mesmos terceiros, sem replicar o incidente em cada uma das relações processuais.

Nessas hipóteses a questão de extensão da sujeição patrimonial dos terceiros à outras hipóteses vinculadas ao mesmo devedor possui a eficácia preclusiva da *res judicata* o que impede a reapreciação do tema, bastando transportar a decisão transitada em julgado para a outra hipótese mencionada desde o ajuizamento do incidente para que produza os efeitos da decisão proferida.

Importante observar que após a descrição dos fatos e a citação do terceiro, não é mais lícito ampliar os limites objetivos do pedido, de forma a atingir outras situações que poderiam ter sido mencionadas e não o foram com exceção da observância à regra pertinente à petição inicial no procedimento comum, que permite a emenda antes da citação. Após o aditamento somente pode ser deferido se houver a concordância expressa da parte demandada, o que é vedado após a contestação e o saneamento do feito.

3.3.3. DA AÇÃO E PROCESSO AUTÔNOMO DE DESCONSIDERAÇÃO

Apesar de o direito positivo tratar do tema e referir ao instrumento processual adequado como um procedimento incidente, o que significa a cumulação objetiva de demandas, com dois sujeitos passivos independentes e duas relações processuais paralelas, o problema teórico a ser enfrentado diz respeito à possibilidade do ajuizamento de uma relação processual autônoma, apenas tratando da demanda de desconsideração em caráter principal.

Pelo menos em tese, e independente da ação principal cujo objeto é a obrigação em si, o sistema processual contempla a possibilidade de levar à apreciação judicial em caráter principal apenas a desconsideração da personalidade, objetivando a declaração do modo de ser da relação jurídica de direito material¹¹⁷ e suas circunstâncias que levariam à superação

¹¹⁷ Art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

episódica da autonomia patrimonial, bem como a extensão da responsabilidade patrimonial e vinculação do patrimônio de terceiro ao adimplemento.

Dessa forma, havendo prévia constituição de uma obrigação, no plano deôntico é possível a declaração do modo de ser de uma relação jurídica entre o terceiro e o devedor titular da polaridade passiva da relação obrigacional, na medida da qualificação dos fatos e eventos à luz da *fattispecie* abstrata que justifica a ampliação objetiva e subjetiva da obrigação capaz de buscar a responsabilidade patrimonial do terceiro em processo isolado e autônomo. Nas palavras de Yarshell¹¹⁸ “se determinada providência é possível em caráter incidental a um dado processo, então ela é possível de forma autônoma”.

Contudo a possibilidade em relação ao terceiro, de forma exclusiva somente se mostra viável se anteriormente estiver constituída a obrigação, caso contrário, seria necessário cumular a ação para a constituição da obrigação, que tem por sujeito passivo o titular da relação obrigacional, com a ação de desconsideração, cuja titularidade envolve quem se alega credor e o terceiro a quem se busca a imputação da responsabilidade por extensão.

Não havendo prévia constituição do crédito a demanda paralela autônoma e exclusiva contra o terceiro careceria do interesse de agir, na modalidade utilidade da tutela, pois o objeto litigioso não poderia tratar do crédito em si pela ausência de legitimidade do terceiro em relação ao tema, e sem esse pressuposto não há como sujeitar o patrimônio do terceiro a um hipotético condicional não verificado.

Essa hipótese seria de insofismável litisconsórcio necessário de forma que antes de extinguir a relação processual de desconsideração o juiz deve determinar a emenda da petição inicial para incluir no objeto da ação autônoma de desconsideração o pedido de constituição da obrigação e a participação necessária do sujeito passivo daquela relação obrigacional, sob pena de extinção da relação processual paralela (artigos 114 e 115, do CPC/2015).

I - da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica; (CPC - Lei 13.105, de 16 de março de 2015)

¹¹⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 133 a 137. In: *Comentários ao novo código de processo civil*. Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coordenadores). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 232.

3.3.4. DA RELAÇÃO ENTRE AS DEMANDAS. CONTRA O DEVEDOR ORIGINÁRIO NA AÇÃO E DA DESCONSIDERAÇÃO NO INCIDENTE

Pela própria natureza do instituto, que exige uma obrigação antecedente com crise de solvência, prejudicada pelo uso ilícito da personalidade jurídica, e até mesmo pelo instrumento processual adequado para a solução da demanda paralela, é certo afirmar que, via de regra a desconsideração estará ligada a uma lide pendente onde se busca uma prestação em relação ao devedor originário.

Assim, na esmagadora maioria dos casos haverá uma ação condenatória ou uma execução em busca de uma tutela objetivando o recebimento de um crédito frente ao devedor originário, e diante da insuficiência patrimonial, verificada a subsunção dos fatos à *fattispecie* abstrata de desconsideração, abre-se a oportunidade do exercício do direito à pretensão paralela de desconsideração da personalidade jurídica para vincular o patrimônio de terceiro à solvência da dívida originária.

Importante observar que existe clara relação de interdependência entre as relações de crédito consubstanciada no direito material e a imputação da sanção pelo uso ilícito da personalidade jurídica, que abre o ensejo à responsabilidade patrimonial excepcional pelo adimplemento de dívida alheia.

Existe uma conexão entre a demanda originária, que tem por objetivo o recebimento do crédito e a demanda paralela, que objetiva a imputação sanção de responsabilidade pela conduta injurídica relacionada ao uso indevido da personalidade jurídica da devedora principal.

A vinculação material conflui nos fatos que circundam o débito, desde a constituição da obrigação originária, passando pelas condutas de relacionamento entre o sujeito passivo da desconsideração e a devedora originária, o que impõe uma relação de prejudicialidade entre as demandas, eis que as entregas das tutelas resolvendo os pontos controvertidos vinculam as próximas decisões objeto de futuros julgamentos, nos limites em que as matérias se entrecruzarem.

A relevância do tema diz respeito à eficácia preclusiva da questão decidida, e da coisa julgada sobre temas que decididos na demanda prejudicial tenham a aptidão de vincular o julgamento na demanda prejudicada, cujo conteúdo acobertado pela *res judicata* implica em

aceitar a premissa como insuscetível de ser confrontada nos futuros pronunciamentos, até mesmo pela vedação expressa do direito positivo.¹¹⁹

A prejudicialidade é uma vinculação jurídica entre circunstâncias e elementares que permeiam relações intersubjetivas, cuja raiz comum atrai a necessidade de uniformidade de entendimento e coerência nos julgamentos para evitar decisões conflitantes e paradoxos de interpretação intransponíveis.

Na dogmática de Frechiani “prejudicial jurídica é o vínculo que tem *aptidão* a vincular um outro juízo processual em virtude da eficácia das decisões ou da exigência de coerência interna no processo”.¹²⁰

Considerando a conexidade entre as demandas a ação original contra o devedor titular da obrigação funciona como demanda prejudicial à pretensão incidental de desconsideração, que seria a demanda prejudicada, na medida em que ela é sempre acessória e somente tem razão na medida da verificação da insolvência, pois a imputação da sanção pelo mau uso da personalidade jurídica não erige o sancionado a devedor principal, a ponto de afastar a responsabilidade primária pelo adimplemento da obrigação.

Dentro desse esquema, as vicissitudes que venham atingir o crédito, de forma a modifica-lo ou até mesmo lhe extinguir acabam por refletir seus efeitos na extensão da responsabilidade por imputação sanção.

Apesar de teoricamente poder haver o julgamento da desconsideração antes da condenação de constituição do título executivo acerca do crédito, hipótese em que o incidente poderia ser intentado no curso do processo de conhecimento, o que poderia conduzir à suspensão da relação processual principal até o julgamento do incidente, conforme a dicção do texto positivado no artigo 134, § 3º, do Código de Processo Civil, ainda aqui o édito de procedência da superação episódica está condicionado à existência e insolvência em relação ao crédito objeto da lide prejudicial, de forma que os efeitos deste julgamento principal vinculam o conteúdo decidido na demanda de desconsideração.

Por uma questão de coerência e lógica, dentro da melhor interpretação e hermenêutica, pensamos que a *ratio* da suspensão é proporcionar a reunião de estágios processuais da lide paralela de desconsideração com o momento processual da demanda principal relativo ao

¹¹⁹ Código de Processo Civil – Lei 13.105, de 16 de março de 2015: Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide,...

Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.

¹²⁰ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 89.

crédito, de forma a permitir união das demandas para o julgamento conjunto, como ocorre de regra nas hipóteses de conexão para evitar decisões conflitantes e prestigiar a segurança jurídica.

Dentro da relação de prejudicialidade impõe-se o julgamento da questão prejudicial relativa ao crédito, que uma vez afirmado justifica o interesse processual, e abre ensejo ao julgamento da extensão da responsabilidade pela imputação da sanção pelo uso indevido da personalidade jurídica.

Importante observar que a ausência de qualquer das condições da ação e dos pressupostos processuais em relação a ação prejudicial (prejudiciais de rito) ou a modificação ou extinção do crédito (prejudiciais de mérito) conduz necessariamente à extinção da demanda paralela incidental de desconsideração pela ausência de interesse processual.

4. DO PROCESSO E DO PROCEDIMENTO NO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO

O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica ingressou no ordenamento jurídico pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Novo Código de Processo Civil, com o escopo de solucionar questões de operacionalidade e aplicabilidade da regra geral de direito material que trata dos pressupostos da superação episódica (art. 50, do CC/02), de forma a pacificar a celeuma sobre a forma e o instrumento adequado para introduzir a modificação objetiva e subjetiva da nova responsabilidade patrimonial no sistema jurídico.

O contexto dogmático e jurisprudencial tendiam à apreciação da temática como simples questão incidental no âmbito da execução, com contraditório diferido para o futuro, através de ações ou meios próprios, o que sofria fortes críticas doutrinárias, pela ausência do devido processo legal e afronta ao contraditório e à ampla defesa, isso sem falar na imposição da necessidade de exercício do direito de ação em uma nova relação processual, impondo custos e ônus, sem que antes houvesse qualquer participação do terceiro na formação da obrigação, assim como não havia instrumento que levasse à sujeição do seu patrimônio ao adimplemento.

A solução legislativa, inclusive para refrear a tendência de certos abusos que vinham sendo observados, foi a concepção do instrumento processual apto a operacionalizar a regra de desconconsideração, que veio a assegurar o contraditório dentro de um devido processo legal para a adequada entrega da tutela jurisdicional, com baixa complexidade e segurança jurídica.

De proêmio impende observar que a nomenclatura não define um instituto o que se faz investigando a sua natureza jurídica dentro do contexto a que se presta e escopo objetivado aproximando-o da correta classificação dentro do sistema jurídico, o que deve ser revelado dentro da técnica na medida em que o legislador não se preocupou em qualificar o instrumento como ação incidental, processo ou procedimento incidente a uma relação processual prejudicial ao objeto desenhado.

A legislação menciona simplesmente incidente para a superação episódica, mas previu um procedimento para que a adequada entrega da tutela se desse com segurança, e incluiu o tema no capítulo da intervenção de terceiros no processo, o que definiria a sua natureza jurídica. Da forma como tratado na legislação, o instrumento tem a natureza jurídica de procedimento incidente à relação processual prejudicial, que trata exclusivamente da obrigação, ampliando os limites objetivos e subjetivos daquela relação primária de direito material.

No entanto, ao analisar a relação jurídica paralela em si é possível afirmar que introduz um novo litígio independente em paralelo à lide obrigacional, com partes distintas, interesse

processual autônomo e pedido constitutivo, de forma que o fenômeno consubstancia verdadeira relação entre sujeitos de interesses antagônicos, com base em permissivo de direito material que contempla a possibilidade de modificação da obrigação primária, verificados os pressupostos próprios, e essa relação jurídica dinâmica é orientada por direitos, deveres e ônus de forma a conduzir à entrega da prestação jurisdicional. Dentro dessa realidade é possível afirmar a natureza jurídica do instrumento que é de um processo incidente, verdadeira ação constitutiva incidental, com procedimento simplificado e prejudicialidade ínsita que decorre do crédito originário.

O procedimento incidente (processo) amplia o objeto litigioso da relação processual primária, tanto sob a ótica subjetiva, acrescentando nova parte, quanto do ponto de vista objetivo, pois agrega novo pedido de desconsideração sob a causa de pedir tipificada nos permissivos da ‘teoria maior’.

Importante anotar que a instauração do incidente provoca o fenômeno de pluralidade de partes e pedidos numa mesma relação processual, porém com contornos próprios e independentes entre as demandas, o que deflui do fato de o incidente estar alocado no capítulo da intervenção de terceiros, tendo merecido tratamento especial e forma própria, o que revela particularidades relevantes.

A primeira delas é a independência e autonomia entre a demanda principal e a acessória, com pelo menos uma das partes, pedido e causa de pedir divergentes, o que significa que antes do julgamento conjunto ou separado de ambas as demandas não existe o litisconsórcio propriamente dito, apesar de essa afirmação contrastar com o enunciado nº 125, do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

Para justificar tal afirmação é relevante analisar a particular situação de cumulação objetiva e subjetiva que ocorre quando o incidente de desconsideração da personalidade é pleiteado na petição inicial de ação condenatória, onde tecnicamente estar-se-ia formando um litisconsórcio facultativo passivo, na medida em que seriam ao menos dois réus litigando na mesma relação processual, porém sobre interesses e objetos diferentes que não se comunicam.

Isso porque objeto de cada relação processual é independente e gera um pedido circunscrito à respectiva parte, eis que seria impróprio conceber, por exemplo, que a contestação do devedor pudesse aproveitar ao terceiro e vice versa, até porque seria necessária intervenção como assistente, pois o devedor não é titular do interesse de defender o patrimônio alheio, assim, como o terceiro não detém interesse relativo à constituição do crédito. Assim, somente tais protagonistas interessados poderiam intervir nessas questões como assistentes, e, em havendo o pedido de assistência, por óbvio não estaríamos diante da posição processual de

parte, o que impede adotar a concepção de litisconsórcio, tal como indica o enunciado da jornada.

Pragmaticamente o devedor principal não assume a posição de parte no incidente de desconsideração da personalidade, muito menos o terceiro detém titularidade em relação a demanda principal que trata do crédito, razão pela qual não há que se cogitar no litisconsórcio. É possível que esses interessados pleiteiem a intervenção nas demandas na qualidade de assistentes, e se isso acontecer assumem a condição de coadjuvantes nas relações processuais respectivas, com o intuito de auxiliar as partes.

Somente após o julgamento da demanda de desconsideração, com a ampliação objetiva e subjetiva da obrigação, o terceiro passa a ser responsável pelo pagamento e assume a posição de litisconsorte passivo da obrigação.

Quanto ao litisconsórcio propriamente dito é possível ser concebido tanto na polaridade ativa, se vários forem os credores de uma mesma relação processual, quanto no polo passivo da desconsideração, eis que a pretensão pode ser deduzida em relação várias terceiras pessoas indicadas como possíveis abusadores da personalidade jurídica devedora, com a qual mantivessem vínculo societário de fato ou de direito.

Todavia, não é possível formar esse litisconsórcio ativo entre credores de diversas relações processuais, para o debate da desconsideração múltipla em um único processo pendente, pois haveria a afronta ao princípio do juiz natural, além de ofensa à acessoriedade que impera entre a lide principal prejudicial, que trata do crédito e a lide secundária, que cuida da extensão pontual da responsabilidade patrimonial.

4.1 DA DESCONSIDERAÇÃO NO PROCESSO DE CONHECIMENTO

O procedimento da desconsideração merece tratamento especial conforme seja requerido no início da relação processual ou no curso do procedimento que lhe é inerente, de forma que deve se adaptar às particularidades e vicissitudes daquela especial relação processual que se desenvolve. Também possui tratamento diferenciado quando é requerido na execução de título judicial ou extrajudicial, o que será tratado adiante.

Segundo a redação do artigo 134, § 2º, do Código de Processo Civil: “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”.

A razão da disposição se prende à razoável duração do processo, de forma que a fórmula encontrada permite que a lide principal e a lide paralela caminhem juntas, eis que serão

decididas concomitantemente por ocasião da entrega da tutela, em capítulos distintos da sentença, observado que a boa técnica impõe a apreciação primeiro da lide prejudicial, e após, afirmada a constituição do crédito, tratar da extensão da responsabilidade patrimonial ao terceiro indicado.

De fato, toda vez que se mostrar desnecessária a instauração do incidente como procedimento autônomo deve se preterir tal formalidade, até mesmo em atenção aos escopos maiores da instrumentalidade, da efetividade e da economia processual, pois proporciona economia de atos e formalidades o que se converte em celeridade e eficiência, desde que a medida não cause prejuízo ao contraditório e à ampla defesa.

Dessa forma, mesmo após a distribuição da petição inicial no processo de conhecimento, antes da citação é possível emendar a petição inicial para acrescentar o pedido e a causa de pedir da desconconsideração, e, mesmo após a citação e antes do saneamento há que se admitir o aditamento da petição inicial para tal finalidade, anotando-se que nessa particular hipótese seria desnecessária a concordância do réu ao aditamento, até porque não é titular do interesse de defender patrimônio alheio, o que não lhe traria prejuízo o acréscimo da demanda paralela, dada a autonomia mencionada.

E mesmo em face da contestação da ré, pessoa jurídica, na ação condenatória, afirmada a ilegitimidade o que permite a substituição da parte para o aproveitamento dos atos processuais¹²¹, diante de informações acrescidas com a resposta pode o autor credor substituir ou manter as partes primárias, e promover a lide paralela de desconconsideração sem a necessária instauração do incidente.

Aliás, a concepção do incidente com o escopo de fornecer instrumento procedimental adequado à entrega da tutela, e a regra aberta de se observar os pressupostos previstos em Lei e específicos da desconconsideração, implica na releitura do comando normativo de regência para a flexibilidade necessária a segurança jurídica, com o mínimo de complexibilidade e formalidades possível, pois do contrário a legislação trataria o tema como ação e processo de desconconsideração, e não como simples procedimento incidente à relação processual.

Quando o pedido de desconconsideração vier aos autos após a estabilização da relação processual (saneamento) é necessário instaurar o incidente procedimental paralelo, de forma a permitir a fase postulatória, e, eventualmente, a fase de instrução, ao menos até que os procedimentos alcancem a mesma fase processual, de forma a proporcionar o sempre desejado

¹²¹ Art. 338. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu. (CPC/2015 – Lei 13.105 de 16 de março de 2015)

julgamento conjunto, observando-se sempre a ordem de julgamento da demanda prejudicial para em seguida julgar a extensão da responsabilidade patrimonial.

Pensamos que a suspensão da lide principal¹²² que trata do crédito deve perdurar apenas e até quando o incidente alcançar a mesma fase procedimental do processo principal, oportunidade em que ambas as lides devem ser reunidas para julgamento conjunto, com base na razoabilidade e na coerência da ordem de julgamento entre as lides conexas, prejudicial e paralela, até porque não tem o menor sentido afirmar a responsabilidade por extensão condicional ao crédito, para depois julgar a improcedência do direito creditório, o que seria desperdício de energia processual, afronta a efetividade e a razoável duração do processo.

Dessa forma, a boa técnica e a instrumentalidade do processo impõem o cuidado de que a suspensão perdure apenas e tão somente até que seja possível a entrega da tutela de forma conjunta, hipótese em que com base na conexão ambos os procedimentos caminhem para um único julgamento em capítulos na sentença, tratando-se de processo de conhecimento.

4.2 DA DESCONSIDERAÇÃO NA EXECUÇÃO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

Situação completamente diversa diz respeito ao pedido de desconconsideração formulado na execução, tanto de título judicial como extrajudicial, e também no cumprimento de sentenças, onde o terceiro não participou da formação do título executivo que constituiu o crédito, eis que sem a formalidade do instrumento não seria possível afirmar com razoável certeza a sujeição patrimonial.

Nessas hipóteses cogitadas sempre haverá a necessidade de instauração do incidente de desconconsideração para a entrega da tutela específica de sujeição anômala do patrimônio de terceiro à solvência de crédito do qual não participou da formação do título executivo.

Permitir a dispensa do incidente quando o pedido de desconconsideração for veiculado na petição inicial da execução viola o devido processo legal e vulnera as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa para a sujeição patrimonial, isso porque é regra de conhecimento geral que somente a Lei, o negócio jurídico, as declarações unilaterais de vontade

¹²² Art. 134. O incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º. (CPC/2015, Lei 13.105 de 16 de março de 2015)

e as decisões judiciais são fontes capazes de constituir obrigações, e verte-las em linguagem apropriada para a introdução de tais realidades no sistema jurídico.

Não é por outro motivo que o Código de Processo Civil sujeita a expropriação dos bens de devedor ao pagamento do crédito àquele que a Lei confere título executivo (artigo 778, do CPC/2015), e exige a indicação no documento da pessoa responsável pelo pagamento, de forma que a sujeição do patrimônio de terceiro ao cumprimento de obrigação alheia tem lugar apenas na hipótese da desconsideração da personalidade jurídica¹²³, o que irá constituir o vínculo jurídico de sujeição capaz de autorizar a deflagração de atos executivos.

Por outro lado, ao tratar da dispensa do incidente de desconsideração quando o pedido for formulado na petição inicial, não se atentou o legislador à incompatibilidade de rito entre o procedimento do incidente e os atos executivos, o que leva a uma total inviabilidade de se processar as demandas de forma paralela, com a observância do contraditório e a produção de decisão com a entrega da tutela jurisdicional pela ausência de sentença nos procedimentos mencionados, como, aliás, contempla o artigo 327, § 1º, do Código de Processo Civil.¹²⁴

Importante observar a exposição de motivos do Código de Processo Civil, sobre o tema onde se busca reafirmar a harmonia e a “concreção” que o novo sistema busca conferir aos princípios constitucionais, e dentro desse intuito refere a “um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera a pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou ‘às avessas’ ”, o que por óbvio não haveria nas execuções e cumprimentos de sentença caso não houvesse a efetiva instauração do incidente.

O incidente de desconsideração, ao mesmo tempo que compatibiliza a atividade probatória no curso de demanda executiva ou na fase de cumprimento de sentença, também racionaliza o trâmite processual e a entrega da tutela ao colocar em autos apartados a análise quanto a eventual uso irregular da sociedade.

E de forma expressa inaugura a regulamentação da desconsideração afirmando a necessidade do instrumento procedimental para que venha a produzir o vínculo de sujeição patrimonial, o que vem textualizado de forma cogente: “O incidente de desconsideração da

¹²³ Art. 790. São sujeitos à execução os bens:

VII - do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica. (CPC/2015, Lei 13.105 de 16 de março de 2015)

¹²⁴ Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

§ 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum. (idem)

personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo”.

Todavia, o legislador não se atentou às peculiaridades do processo de execução e cumprimento de sentença e silenciou a respeito da necessidade de prévia decisão no procedimento de desconconsideração, posto que tais procedimentos executivos não possuíssem a fase postulatória e de resistência (contestação), muito menos preveem instrução ou contemplam sentenças ou decisões prévias sobre o suposto vínculo de sujeição.

Sem participar da formação do título, e sem responsabilidade pela dívida não pode o terceiro se sujeitar a atos executórios, muito menos ser obrigado a lançar mão dos embargos à execução, verdadeira ação constitutiva negativa ao crédito, para discutir um vínculo de sujeição até então inexistente, certo que não pode sequer se voltar contra o direito creditório que não lhe diz respeito ainda. Nesse sentido é o magistério de Dinamarco¹²⁵, que sobre o tema discorre: “se houver necessidade de instrução probatória, a via executiva seria incompatível”. Comunga com o mesmo pensamento a dogmática de Humberto Theodoro Júnior:

Na hipótese de a desconconsideração da personalidade jurídica ser requerida nos autos da execução ou durante o cumprimento de sentença, mesmo quando a formulação do pedido se der na própria petição inicial ou no requerimento do cumprimento da sentença, será sempre obrigatória a observância do incidente regulado nos arts. 134 a 136. É que o procedimento executivo, em sua forma pura, não tem sentença para resolver sobre a responsabilidade nova (a do sócio ou da pessoa jurídica, não devedores originalmente) e, sem tal decisão, faltará título executivo para sustentar o redirecionamento da execução. Somente, portanto, por meio do procedimento incidental em tela é que, cumprido o contraditório, se chegará a um título capaz de justificar o redirecionamento.¹²⁶

Aplicar a literalidade do disposto no artigo 134, § 2º, do Código de Processo Civil, levaria a um paradoxo de tratamento desigual conforme o momento da dedução da pretensão à desconconsideração, verdadeira teratologia, pois no início da execução não haveria contraditório, ampla defesa e decisão, enquanto a dedução do pedido no curso da execução levaria à instauração do incidente com a produção de provas e decisão, de forma que não se pode conceber dois tratamentos distintos a uma mesma realidade jurídica.

Dessa forma, há que se concluir que tanto na fase de cumprimento de sentença como na execução, o pedido de desconconsideração deve sempre provocar a instauração do incidente nas hipóteses em que o terceiro não participou da formação do título executivo.

¹²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Vol. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1198.

¹²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 57. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 405.

Como corolário da necessária instauração e da prévia decisão sobre a desconconsideração para implicar o patrimônio de terceiro que não participou da formação do título executivo, e nos termos do artigo 134, § 3º combinado com o artigo 921, III, ambos do Código de Processo Civil, o procedimento do incidente suspende a execução até o julgamento, observando-se após, no tocante ao recurso cabível contra a decisão que julga a desconconsideração (agravo de instrumento) a possibilidade de concessão ou não do efeito suspensivo para destravar a deflagração dos atos executórios em relação ao terceiro, cujo patrimônio foi eventualmente implicado.

Importante observar que a instauração do incidente no âmbito da execução suspende apenas os atos executórios em relação ao terceiro sujeito passivo do procedimento da desconconsideração, de forma que podem ser praticados os atos executórios em relação ao devedor originário e eventual patrimônio que possa ser encontrado, conquanto essa possibilidade em tese se mostra frustrada, na medida em que se patrimônio houvesse estaria ausente o pressuposto da possível insolvência que justifica a demanda paralela para a extensão da responsabilidade patrimonial.

Vale mencionar ainda que é possível manejar tutelas provisórias no âmbito da lide paralela de desconconsideração, observados os pressupostos próprios, para preservar o patrimônio do terceiro indicado à solvência da obrigação no caso de julgamento positivo de superação da autonomia personificada, o que não pode ser confundido com os atos executórios inerentes ao procedimento de apreensão e excussão.

4.3 DA POSTULAÇÃO E RESPOSTA NO INCIDENTE

O pedido de desconconsideração deve observar os requisitos da petição inicial (artigos 319 e seguintes do CPC/2015), ser dirigido ao juiz competente para processar a demanda principal que trata do crédito, e o peticionamento deve atender aos pressupostos processuais do procedimento (artigo 133, § 1º) e pressupostos de direito material específicos ao pedido de superação episódica (artigo 134, § 4º).

O momento processual de requerer a desconconsideração é amplo, pois a matéria não se sujeita à preclusão, de forma que pode ser requerido a qualquer tempo e grau de jurisdição, tanto no processo de conhecimento como na execução, desde que a demanda principal que trata do crédito esteja pendente de solução. Se o processo principal de formação do crédito estiver extinto não cabe o incidente.

Da mesma forma que se dá com o processo de conhecimento a instauração da relação processual se dá com o ajuizamento do incidente, o que está sujeito a um juízo de admissibilidade, de forma que o indeferimento ou a decisão negativa equivale ao indeferimento de uma petição inicial, ou seja, aquela que rejeita liminarmente a pretensão deduzida.

Observado o primado da teoria da substanciação adotada pelo sistema processual ao formular o pedido de desconconsideração o credor deve mencionar os fatos (causa de pedir remota) e fundamentos jurídicos (causa de pedir próxima) que amparam a pretensão deduzida (art. 134, § 4º, do CPC/2015). Protocolada a petição inicial do incidente, da mesma forma como se dá no processo comum será comunicada ao cartório distribuidor para as devidas anotações e registros, de forma a proporcionar o conhecimento e informações a todos que acessem o sistema.

Nesse momento não é necessário, e nem se pode exigir, a apresentação de provas exaurientes dos fatos afirmados, até porque haverá a oportunidade processual para a produção de provas, mas apenas de informar que estão presentes os pressupostos enunciados no direito material que conduzem à construção da regra matriz de incidência da superação episódica da autonomia personificada.

O artigo 133, § 2º, do Código de Processo Civil determina a utilização do incidente “à hipótese de desconconsideração inversa da personalidade jurídica”, sendo essa a única indicação enunciada no direito positivo que refere à hipótese em que a sociedade empresária responde pelas dívidas do sócio, nas mesmas situações de abuso, uso indevido, fraude e confusão patrimonial.

Ao juiz cabe apreciar as condições da demanda de desconconsideração e seus pressupostos processuais para acatar o processamento do incidente, determinar a emenda ou rejeitá-lo liminarmente, pela ausência dos requisitos necessários a conduzir à apreciação meritória da pretensão deduzida, sendo relevante observar a sistemática introduzida pelo Novo Código de Processo Civil, de buscar o aproveitamento dos atos praticados e sempre preferir o julgamento de mérito em detrimento de uma extinção do processo sem tal apreciação.

Atendendo às condições da ação e pressupostos processuais o juiz determinará o processamento do incidente nos mesmos autos, ou em autos apartados conforme entenda mais adequado, de acordo com a complexidade e a necessidade de dilação probatória que entenda pertinente, o que está adstrito à conveniência e discricionariedade do juízo, observada a razoabilidade e lógica da determinação sempre para preservar o melhor direcionamento dos trabalhos e evitar tumultos.

O incidente de desconconsideração pode ser requerido diretamente nos tribunais, no âmbito de recurso pendente de julgamento, situação em que caberá ao relator prevento para o

julgamento do recurso processar e julgar o incidente¹²⁷. Nessa particular hipótese o contraditório, a instrução e o julgamento não são feitos pelo colegiado, mas pela decisão monocrática do relator do recurso, e somente em caso de recurso da decisão monocrática é que a turma julgadora passará a apreciar, em julgamento conjunto, a demanda que refere ao crédito e a demanda paralela de desconconsideração, devendo observar a relação de prejudicialidade no julgamento.

Instaurado o incidente ou dispensada a instauração autônoma em razão da cumulação objetiva e subjetiva na petição inicial do processo de conhecimento, será o terceiro vinculado à personalidade jurídica devedora citado para que no prazo de quinze dias venha a apresentar contestação e indicar as provas que pretende produzir, não sendo hipótese de designar audiência de conciliação, na medida em que a simplificação e brevidade de rito adotado na legislação dispensou a prévia conciliação.

Com relação à resposta em si se dará na forma de contestação, onde podem ser alegadas todas as matérias que dizem respeito à possibilidade de afastar o vínculo de sujeição patrimonial do terceiro ao pagamento de obrigação alheia¹²⁸.

Importante observar que a amplitude da resposta no processo de conhecimento tendente à constituição do crédito é mais elástica do que a contestação ofertada no incidente interposto na fase da execução, e, por consequência, impõe um ônus mais elevado, pois pelo princípio da eventualidade e concentração das defesas toda a matéria passível de trazer um benefício para o terceiro deve ser alegada na contestação ao incidente, reputando-se preclusas todas as arguições que poderiam ser alegadas e não o foram.

Podem ser arguidas objeções e exceções de direito material ou cunho processual, inclusive matérias que o juiz deva conhecer de ofício, de forma que qualquer argumentação, inclusive em relação à possível formação do título e sua exigibilidade, ou qualquer outra circunstância que forneça uma posição favorável ao interesse do terceiro pode ser alegada como fundamento de defesa, e o que não for arguido é atingido pela preclusão, aplicando-se à hipótese

¹²⁷ Art. 932. Incumbe ao relator:

VI - decidir o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal (CPC/2015, Lei 13.105 de 16 de março de 2015)

¹²⁸ Enunciado 248 do Fórum Permanente de Processualistas Civil: “248. (art. 134, § 2º; art. 336) Quando a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, incumbe ao sócio ou a pessoa jurídica, na contestação, impugnar não somente a própria desconconsideração, mas também os demais pontos da causa. (Grupo: Petição inicial, resposta do réu e saneamento). Carta de Florianópolis, 2017. Disponível em <https://institutodec.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf> acesso em 11 de dezembro de 2022.

a partir daí as regras pertinentes à formação do título executivo judicial em relação ao terceiro imputado responsável.

Inclusive a reconvenção teoricamente poderia ser cabível no âmbito da desconconsideração no processo de conhecimento, conquanto seja difícil conceber uma conexão da demanda paralela em relação ao credor com o fundamento de defesa do terceiro indicado.

O terceiro em face da demanda paralela da desconconsideração pode pleitear tutelas de urgência e medidas cautelares em relação ao devedor para preservar eventual patrimônio apto a resguardar a solvência do crédito, que possa nascer do direito de regresso pelo pagamento da dívida da sociedade.

A amplitude da resposta do terceiro no procedimento de desconconsideração instaurado em fase de execução não atrai a preclusão pertinente ao processo de conhecimento, apenas em relação as matérias alegadas e apreciadas, e àquelas pertinentes exclusivamente ao vínculo de sujeição, que é o objeto específico de julgamento na decisão proferida ao término do procedimento da desconconsideração.

Nessas hipóteses, constituído o vínculo de sujeição, abre-se o prazo para pagamento ou resistência, hipótese em que ainda é possível manejar as defesas específicas do devedor, previstas no tocante aos títulos executivos judiciais e cumprimentos de sentença, observados os pressupostos e instrumentos processuais próprios, desde que o tema não tenha sido arguido e enfrentado pela decisão que decidiu pela desconconsideração da personalidade no âmbito da execução.

O pedido de desconconsideração em face de terceiro não traz às partes originárias quaisquer ônus de participar da relação procedimental acessória e paralela, mas necessariamente o devedor originário deverá ser intimado acerca do pedido, para que tenha ciência e eventualmente possa pedir a intervenção no procedimento como assistente simples do terceiro contra o qual é manejado o pedido de extensão da responsabilidade pela dívida.

A mesma faculdade cabe ao terceiro após a formulação do pedido de desconconsideração, pois pode pedir a intervenção como assistente do credor em face da sociedade devedora, na medida em que o caráter acessório impõe o entendimento de que a solvência da dívida pelo devedor primário prejudica o pedido de desconconsideração.

Uma vez formulado o pedido de intervenção na forma da assistência se lhe aplicam as regras daquela intervenção, que abre a possibilidade inclusive de apresentar defesa em caso de revelia, promover o andamento do processo e interpor recursos.

4.4 DA INSTRUÇÃO NO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO

A produção de provas no incidente da desconsideração é atividade textualmente prevista (art. 136, do CPC/2015), e da mesma forma que no processo de conhecimento sempre se instala no incidente em razão da necessidade de produção de provas que emerge da argumentação factual aliado ao suporte documental apresentado, que deve ser orientado pela distribuição do ônus da prova.

Importa observar no particular tema da suspensão do processo e dilação probatória, quando o incidente for instaurado na pendência de processo de conhecimento que a produção das provas deve seguir à lógica e coerência da efetividade e razoabilidade, o que de conformidade com o defendido nesse trabalho, a lógica da conexão por prejudicialidade que existe entre a demanda principal e a demanda acessória justifica o julgamento conjunto de ambas as demandas.

Aliás, é dever do juiz “velar pela duração razoável do processo”, e para tanto pode e deve “dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”.¹²⁹

Também existe a regra afeita à oposição (artigo 685, do CPC/2015), aplicável por analogia quando se mostrar pertinente, que permite ao juiz concluir a instrução do processo de conhecimento e somente após promover a suspensão de forma a se colher a prova da oposição, no caso do incidente de desconsideração), a fim de promover a reunião de ambas as demandas para o julgamento conjunto.

Dessa forma somos adepto de que a suspensão da relação processual principal no processo de conhecimento somente tem lugar para proporcionar a produção das provas no procedimento acessório de forma a promover a reunião de ambas as demandas para julgamento conjunto, nada impedindo ou prejudicando que ambas as dilações probatórias ocorram de forma concomitante, culminando com uma única audiência de instrução e julgamento que concentre o término da dilação probatória de ambas as relações procedimentais.

Ainda que o incidente seja interposto em âmbito recursal no processo de conhecimento, a observação continua pertinente, de forma que o incidente proporcionará a suspensão do recurso de apelação objeto da ação principal que trata do crédito, e será processado e julgado pelo relator o incidente paralelo, cabendo contra tal decisão monocrática o agravo interno. A

¹²⁹ Artigo 139, II e VI, do Código de Processo Civil.

lógica de julgamento das demandas conexas impõe a reunião da apelação com o agravo interno para a apreciação dos recursos e julgamento conjunto de ambas as demandas.

Acerca do tema da prova emprestada, se aplica ao incidente a regra do artigo 372, do Código de Processo Civil, que permite o uso da prova emprestada: “O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”.

O ônus da prova segue a regra de distribuição cabendo ao credor o ônus de comprovar os fatos constitutivos do direito à desconsideração, notadamente, os hipotéticos permissivos da superação episódica enunciados de forma abstrata no direito material, que atraíam a incidência da regra matriz de incidência da desconsideração.

Dentro do tema da desconsideração da personalidade jurídica não se pode descuidar da natureza excepcional e da carga agregada que tal situação atrai ao palco da dialética paralela, nem se pode olvidar o fato de que o ilícito e os abusos podem estar camuflados e demandarem medidas também especiais para o levantamento do véu protetor da autonomia personificada.

A redistribuição do ônus da prova pode se mostrar útil, desde que utilizada com parcimônia e dentro da razoabilidade e proporcionalidade, que venha permitir a inversão também excepcional, determinada por decisão motivada, isso porque a superação da autonomia pode se ligar a atos internos da sociedade, informações e registros contábeis que podem se mostrar úteis ao julgamento, assim como a apresentação de documentos que retratem as atividades, receitas, despesas, distribuições proporcionais de lucros efetivamente verificados, etc.

Dessa forma, à luz de elementos indicadores de possível uso abusivo da personalidade jurídica, pode o juiz fundamentadamente inverter o ônus da prova e determinar que o terceiro comprove a regularidade de sua conduta, o que se fará mediante a demonstração de fatos positivos que atestem a independência e distanciamento, além de demonstrar ausência de benefício no indigitado uso abusivo da personalidade jurídica.

Sobre a dilação probatória o juiz determinará a produção daquelas necessárias ao seu convencimento e apreciará os elementos apresentados para decidir a lide secundária segundo o seu livre convencimento, de forma motivada nos elementos constantes dos autos, lembrando que o juiz pode se valer de regras de experiência, da lógica, além de extrair significados das proposições contrapostas e argumentações da dialética processual, bem como considerar eventuais fatos públicos, notórios ou de amplo conhecimento.

4.5 DA DECISÃO NO INCIDENTE, HONORÁRIOS, RECURSOS E COISA JULGADA

Ao término da instrução é proferida a decisão no incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, eventualmente julgado em conjunto com a decisão condenatória quando requerido na pendência de demanda tendente à constituição do crédito, o que justifica o julgamento conjunto da demanda principal com a demanda conexa e acessória de desconconsideração.¹³⁰

Independentemente de a decisão ser proferida nos autos principais, em conjunto com a constituição do crédito, ou no incidente em apartado, tanto no processo de conhecimento como na execução, sempre haverá a entrega da tutela jurisdicional em procedimento de cognição exauriente, o que justifica a aplicação de toda a sistemática afeita aos ônus de sucumbência, inclusive a condenação do vencido ao pagamento dos honorários advocatícios ao profissional que assiste a parte vencedora.

A tese encontra resistência no Superior Tribunal de Justiça, que tem posicionamento firmado no sentido da impossibilidade de condenação ao pagamento da verba honorária por ausência de previsão legal específica, como se pode observar no recente julgado (27/03/2023) – AgInt no AREsp 2.131.090/SP, Quarta Turma, da relatoria do Ministro Marco Buzzi¹³¹.

No entanto, apesar de não haver previsão expressa à condenação, a necessidade emerge da causalidade, na medida em que se instaura um litígio em demanda paralela, com a dilação probatória e entrega da prestação jurisdicional exauriente, o que impõe dispêndio de energia e gastos financeiros, circunstâncias a justificar a necessidade da fixação atribuída a parte que resistiu e sucumbiu à argumentação da parte vencedora.

Aliás, o posicionamento firmado sobre verba honorária em incidente de desconconsideração parece contraditório em relação a outros temas muito semelhantes ou de igual jaez, onde se afirmou a incidência da condenação decorrente da sucumbência, inclusive na sistemática da repetição.

¹³⁰ Artigo 55, § 1º, do Código de Processo Civil.

¹³¹ Ementa: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DOS AGRAVANTES.

1. A orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que, em virtude da ausência de previsão legal específica, não é cabível condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais em incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, sendo irrelevante a qual das partes se possa imputar a sucumbência ou a responsabilidade por dar causa à instauração do incidente.

2. Agravo interno desprovido.

Nesse sentido temos o Tema 961, que trata da fixação de honorários advocatícios em exceção de pré-executividade, quando o sócio é excluído do polo passivo da execução fiscal. No mesmo sentido é o posicionamento pacífico do Superior Tribunal de Justiça quando analisa o tema de procedência da impugnação ao cumprimento de sentença, matéria também julgada no rito da repetição.

Ambas as hipóteses se referem a incidentes submetidos à resistência, com acentuada litigiosidade, onde uma das partes sucumbe à pretensão alheia, sendo relevante pontuar que nas duas situações inexistente a previsão expressa de fixação da verba honorária pela sucumbência, de forma que o princípio a ser observado, que dita a necessidade da fixação é a causalidade e a litigiosidade, pois quem dá causa a dialética processual contenciosa pela demanda ou resistência se submete à consequência do insucesso da pretensão perseguida, de forma que não nos parece necessária a previsão expressa para dar azo à condenação, na medida em que a regra geral que decorre da causalidade já contempla a possibilidade da fixação.

Aliás, existem referências no Pretório Superior no sentido da modificação substancial, ou extinção (mesmo que parcial) da demanda originária em razão do incidente, hipóteses em que se admite a condenação ao pagamento da verba advocatícia em razão da sucumbência, o que sempre ocorre no incidente de descon sideração. O próprio pedido de extensão da responsabilidade patrimonial a terceiro alheio à demanda originária tem o condão de trazer a pretensão à extensão objetiva e subjetiva da obrigação a terceiro alheio à constituição originária do crédito, posição essa litigiosa que sempre induzirá ao resultado de uma pretensão acolhida e outra vencida, não pela discricionariedade das partes, mas pela sujeição obrigatória à relação processual instrumento de entrega da prestação jurisprudencial, o que enseja investimentos e dispêndios decorrentes do litígio (causalidade), fato inexorável a impor a aplicação do princípio geral que distribui os ônus de sucumbência ao vencido.

Outras hipóteses podem ser concebidas, e já foram apreciadas pelo Pretório de vértice da interpretação da legislação federal, como a hipótese de honorários advocatícios em liquidação de sentença¹³², incidente para o qual não existe a previsão legal de fixação, mas em casos excepcionais pelo cunho litigioso e esforço processual admite-se a condenação.

¹³² STJ, AgInt no REsp 1.919.550/RJ (2021/00300850-0), 1ª T., Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 11/10/2021:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. EXCEPCIONAL. NÍTIDO CUNHO LITIGIOSO. HIPÓTESE NÃO VERIFICADA. PRECEDENTES.

[...]

2. Na hipótese, verifica-se que o entendimento adotado pelo acórdão recorrido encontra-se de acordo com a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que define que a fixação de honorários sucumbenciais na

No incidente de descon sideração o argumento lógico para a fixação reside na circunstância pragmática de que se o pedido de descon sideração fosse deduzido em conjunto com o pedido de condenação no processo de conhecimento, ambas as demandas seriam decididas em conjunto e mereceriam a distribuição dos ônus aos que sucumbirem em suas pretensões, inclusive a condenação ao pagamento da verba honorária.

O simples fato de a decisão ter se dado no bojo de um incidente não implica em alterar a natureza jurídica de ação, e o conteúdo da decisão final de entrega da tutela em cognição exauriente, que apesar de impropriamente chamada de decisão interlocutória o que se justifica para eleger a espécie recursal mais célere (agravo), não modifica o seu conteúdo de verdadeira sentença.

A designação ou nomenclatura diversa não exclui a aplicabilidade do instituto da sucumbência, eis que o sistema prevê decisões interlocutórias com força de sentença, como, por exemplo, aquelas que julgam parcialmente o mérito, ou homologam a desistência de parcela da pretensão, onde o ato decisório julga a demanda, mantendo ou excluindo uma parte de forma involuntária vinculada à entrega de uma tutela jurisdicional que lhe traga consequências no âmbito do direito material, o que por óbvio implica na necessária distribuição dos ônus de sucumbência à parte e no contexto em que foi vencida na relação processual.

Questão importante acerca do tema é quantificar a base de cálculo, a grandeza econômica que reveste o pedido de descon sideração, e para tanto há que se investigar o alcance da extensão da responsabilidade patrimonial que recairá ou não sobre o terceiro ao qual se procura imputar a qualidade de corresponsável pelo pagamento da dívida originária.

Como está enunciado no direito positivo, “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”¹³³ o que impõe o raciocínio de que a responsabilidade atingirá não apenas o patrimônio presente do terceiro, mas também as futuras acumulações.

Por outro lado, não se pode definir a grandeza econômica de uma demanda com a capacidade subjetiva das partes, mas em razão dos elementos objetivos que definem o montante da pretensão, ainda que não se lhe alcance a solvência, motivo pelo qual os parâmetros para a

fase de liquidação de sentença não é a regra, mas sim uma exceção, a ser verificada quando, nessa fase, estiver configurada uma litigiosidade entre as partes capaz de prolongar a atuação contenciosa dos patronos das partes. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.420.633/GO, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 12/02/2021; AgInt no AREsp 1.575.882/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, Terceira Turma, DJe 27/04/2020; AgInt no AREsp 1419045/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, Terceira Turma, DJe 12/09/2019.

¹³³ Artigo 789, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015).

fixação devem ser objetivos e encontram eco nos parâmetros cogentes prescritos¹³⁴, o que no caso encontra justificativa coerente no valor do crédito, que é a base da extensão da responsabilidade patrimonial, a correta determinação da base de cálculo para fins de fixação da verba honorária.

Tanto se buscar pela ótica da extensão objetiva do débito ao terceiro, quanto se observada a hipótese à luz da modificação da obrigação originária em seus aspectos objetivo e subjetivo, não há como se encontrar outra grandeza econômica, de forma que o valor da dívida que se pretende imputar ao terceiro por extensão é o valor da causa da desconsideração, o que servirá como base de cálculo para a quantificação da condenação na decisão que julga o incidente com base nos parâmetros fornecidos pelo artigo 85, do Código de Processo Civil.

Aliás, o mesmo raciocínio sobre a base de cálculo, agora sem levantar dúvidas, justifica o valor da causa e da condenação à sucumbência quando os pedidos de condenação e de desconsideração são formulados na petição inicial de ação condenatória, hipótese em que, dispensado o incidente, não há dúvida sobre o valor da causa – do crédito a ser constituído, muito menos sobre a natureza do ato decisório, uma sentença, que aprecia o mérito de ambas as demandas e põe fim ao processo de conhecimento, e que condena as partes sucumbentes a arcarem com os respectivos ônus do insucesso em suas pretensões. Sentença contra a qual cabe o recurso de apelação.

Apenas nessa particular hipótese o recurso será o de apelação, pois todas as outras decisões que julgarem o incidente em momento diverso da decisão que julgue a constituição do crédito, apesar de manter a natureza jurídica de sentença possui a indicação de que o recurso cabível é o agravo de instrumento¹³⁵, tratando-se de pedido formulado em primeiro grau de jurisdição. Na hipótese de o incidente ser interposto em grau recursal e decidido pelo relator cabe agravo interno contra a decisão monocrática que apreciou o tema (art. 136, parágrafo único, do CPC/2015).

A decisão proferida no incidente de desconsideração julga uma demanda com natureza jurídica de ação, com a entrega de tutela jurisdicional exauriente capaz de modificar a obrigação originária e ampliar os limites objetivos e subjetivos de sua abrangência, de forma que constitui

¹³⁴ Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será:

I - na ação de cobrança de dívida, a soma monetariamente corrigida do principal, dos juros de mora vencidos e de outras penalidades, se houver, até a data de propositura da ação;

II - na ação que tiver por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação, a resolução, a resilição ou a rescisão de ato jurídico, o valor do ato ou o de sua parte controvertida;

¹³⁵ Artigo 1.015, IV e XI, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015).

uma nova situação jurídica e a introduz no ordenamento com a eficácia preclusiva da coisa julgada material, que se opera em relação aos protagonistas da obrigação e da ampliação da responsabilidade patrimonial.

Assim, dentro do contexto jurídico a decisão de mérito proferida no incidente atende ao suporte fático qualificado pelos enunciados dos artigos: 487; 490 e 502 do Código de Processo Civil e produz a coisa julgada material, o que atrai a eficácia preclusiva da imutabilidade do conteúdo decidido.

Importa, ainda, ao tema a resolução de questões prejudiciais ao julgamento de mérito, que uma vez decididas de forma expressa e incidentalmente no procedimento de desconconsideração, com o devido contraditório e ampla defesa é acobertado pela eficácia preclusiva da coisa julgada, conforme dispõe o artigo 503, §1º, do Código de Processo Civil.

Questões prejudiciais são pontos afirmados que receberam a controvérsia e que prejudicam ou influem no julgamento do mérito da demanda, no caso a paralela, a respeito dos quais, superadas as fases recursais, não é dado mais a possibilidade de rediscutir o conteúdo decidido. Dentro da desconconsideração o tema toma relevo e importância na medida em que para se chegar à desconconsideração da personalidade é preciso qualificar os fatos à luz dos enunciados abstratos de direito material, que permitem a construção da regra matriz de incidência da desconconsideração.

Cada ponto controvertido se assenta sob a argumentação fática e controvérsia, que revela questões a serem decididas para a construção da norma individual e concreta, de forma que a coisa julgada contempla essas questões decididas incidentalmente, na medida em que sejam enfrentadas por decisões, estabilizadas pela imutabilidade preclusiva.

E o modo de ser do relacionamento do terceiro com a pessoa jurídica e todas as circunstâncias e vicissitudes que revelem o abuso, conquanto produza efeitos apenas em relação ao pedido e causa de pedir formulados e entre as partes daquela relação processual, pode beneficiar terceiros na medida em que afirma e qualifica uma relação jurídica entre a sociedade e terceiro que pode vir a beneficiar terceiros credores, na medida em que nas mesmas condições fáticas não é possível descartar a premissa acobertada pela coisa julgada em outro processo.

A regra prevista no artigo 506 do Código de Processo Civil veda o prejuízo a terceiros, mas não o benefício, de forma que a questão decidida e transitada em julgado arguida em relação às partes de outra relação processual (devedor e terceiro), produz a eficácia positiva da coisa julgada, pois não é dado mais a rediscussão daquelas particulares questões decididas anteriormente.

4.6 DA FRAUDE À EXECUÇÃO

Até pela referência legislativa de fecho do capítulo que trata da desconsideração da personalidade jurídica¹³⁶, se mostra relevante tratar não apenas da fraude de execução, mas de outros institutos afins, e que podem buscar no incidente um campo fértil e instrumentação mais ágil e eficaz para atingir os seus escopos.

A norma processual não prescreve a ocorrência da fraude, mas confere uma eficácia aderente de trazer à hipótese a regulamentação da matéria prevista no art. 792, I a V, do Código de Processo Civil, de forma que verificada a subsunção dos fatos qualificadores à norma de desconsideração se tenha a consequência da regulamentação da matéria, conforme a norma de regência.

Dentro do tema pelo que dispõe o art. 792, § 3º, do Código de Processo Civil, e até mesmo em razão da impropriedade da redação se mostra de extrema importância definir o tempo em que se pode ter por consumada a fraude de execução em relação ao patrimônio do terceiro ao qual se persegue a imputação sanção da responsabilidade por extensão. Observe-se a redação do texto legislativo:

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.

Pelo texto de regência, o legislador revela a tendência de considerar a ineficácia da personalidade jurídica, o que implica em reconhecer a ineficácia das alienações e onerações dos bens dos sócios de fato e de direito, a partir da citação da sociedade para o processo que trata da obrigação, antes mesmo de o terceiro ter a ciência e consciência de poder vir ou não a integrar uma possível futura lide paralela, o que significa em responsabilizar os sócios, e trazer consequências a terceiros, sem consentimento e consciência de hipotético condicionado ao ajuizamento da demanda paralela.

O tratamento do tema com tal amplitude se traduz em insegurança jurídica, na medida em que se funda em uma condição potestativa (a critério exclusivo do credor), cuja verificação hipotética não pode atrair a consequência reflexa de implicação patrimonial objetiva, pela simples perspectiva de sua possível ocorrência, eis que o agir dentro dessa perspectiva isolada

¹³⁶ 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. (Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015)

não constitui ilícito e os atos e negócios praticados em relação a terceiros se revestem de boa-fé, de forma que não haveria justificativa para eventuais prejuízos.

Aliás, a impropriedade da redação é patente eis que o texto menciona que a fraude se opera a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar (sociedade), porém a sociedade devedora não é citada para participar da demanda paralela de desconsideração, apenas intimada para eventualmente intervir como assistente.

Nem se alegue que a citação a que se refere diz respeito a ação originária que trata do crédito, pois o complemento “cuja personalidade se pretende desconsiderar” remete a um evento presente, o que no início da demanda principal de condenação ou execução não se mostra presente, a não ser na hipótese de cumulação das demandas onde a questão passa a ser irrelevante.

Para compatibilizar a redação ao contexto lógico, cronológico e semântico da matéria dentro do sistema processual é necessário fazer a releitura da disposição para manter a coerência com a responsabilidade subjetiva que poderia qualificar a conduta como fraude de execução, até porque quem aliena ou onera patrimônio livre antes de ter conhecimento de futuro pedido de desconsideração, por óbvio que não revela conduta de conteúdo ilícito a macular o ato ou negócio jurídico praticado, de forma a ser desconsiderado frente a execução do crédito que não lhe diz respeito.

A melhor leitura e solução aponta no sentido de que a desconsideração retroage à data da citação do terceiro para o pedido de superação episódica, momento a partir do qual essa pessoa tem ciência e consciência de que passa a estar vinculada a uma relação processual, onde se dará a entrega da prestação jurisdicional com o objeto de extensão da responsabilidade patrimonial, para implicar o seu patrimônio ao pagamento da dívida da sociedade.

Existem hipóteses excepcionais, revestidas de um grau maior de ilicitude, em que por força da fraude nos atos de oneração e alienação se vislumbra de antemão a intensão maliciosa de fraudar credores, como as hipóteses de simulação absoluta, atos fraudulentos, utilização de interpostas pessoas e empresas fantasmas, onde a situação é de evidente fraude revelada já em momento anterior, que descaracteriza a própria autonomia dos patrimônios e titularidade das condutas viciadas, o que permite a consideração excepcional de retroação, não apenas com base no pedido de desconsideração, mas na gravidade dos fatos que revestem o ilícito.

Essas hipóteses de ilicitude intensa atingem o plano de eficácia e validade dos próprios negócios jurídicos praticados, de forma que independente do instrumento da desconsideração episódica o evento factual constituiria objeto de ação autônoma, o que justifica a utilização lógica do instrumento mais célere e menos complexo com base no mesmo fundamento.

Outra hipótese que se pode cogitar da retroação são as hipóteses em que a personalidade jurídica praticamente se confunde com a personalidade do sócio, como nas empresas individuais e nas empresas de responsabilidade limitadas unipessoais onde a figura do administrador e representante legal se confunde com a do único titular da pessoa jurídica. Nessas hipóteses a citação da pessoa jurídica implica no conhecimento da ação pelo representante legal, de forma que se onera ou aliena o patrimônio pessoal pode estar dilapidando ou blindando os ativos de futura sujeição à execução da dívida.

4.7 DA FUNGIBILIDADE E FUNCIONALIDADE DO INCIDENTE

Definidas as hipóteses de cabimento da desconsideração, segundo as premissas da ‘teoria maior’ e da ‘teoria menor’, ainda que por construção pretoriana, existem situações que se amoldariam a regulamentação do tema por afinidade e seriam beneficiadas pela utilização do instrumento, mais célere, eficiente e seguro do que pelos outros meios utilizados.

Não é por outro motivo que a dogmática contemporânea vem apontando os benefícios de utilizar a estrutura do incidente para solucionar determinadas crises de autoridade legislativa. Muitos exemplos da práxis forense indicam um benefício quando a hipótese sub judice envolve a qualificação de fatos à margem da regulamentação formal das estruturas, como por exemplo nas hipóteses que envolvem questões de grupo econômico de fato, de redirecionamento da execução fiscal para empresas vinculadas por situações de fato ou contratações informais a outras estruturas e pessoas, além de outras hipóteses em que a responsabilidade primária pode extrapolar os limites da constituição formal da obrigação.

No universo da artificialidade e mecanismos possíveis para a blindagem patrimonial e a subtração da garantia natural à solvência de obrigações a imaginação é pródiga e as estruturas ganham robustez e sofisticação, de forma que desvendar o beneficiário cerne da operação passa a ser um desafio, que muitas vezes surpreende os protagonistas de uma relação processual tendente a solvência de um crédito regularmente constituído.

Existem inúmeras formas de se desviar o faturamento, criar obrigações, utilizar instrumentos de cessão fiduciária de recebíveis, contratações cruzadas entre subsidiárias e controladoras, envolvendo terceiras personalidades jurídicas ou físicas, sucessão de empresas e sócios, tudo com a sofisticação do enquadramento no tempo e nas estruturas constituídas em consonância com o permissivo do Direito Positivo.

A agilidade de se ‘criar’ estruturas e mecanismos demandam a resposta em tempo hábil de se obstar o exaurimento do patrimônio de forma a evitar que nessa dinâmica venham a ser prejudicados terceiros de boa-fé, o que efetivamente é defeso e inconcebível.

Podemos lembrar ainda, de estruturas profissionais que geram e administram entidades de investimentos, multimercado, onde os cotistas investidores aportam recursos para realizar investimentos em outras empresas, que passam a pertencer ao “Fundo de Participações e Investimentos”, mas mantêm as suas estruturas administrativas internas inalteradas, o que pode dar azo à construção de mecanismos para evitar a solvência.

Para essas hipóteses que em tese deveriam desbordar no caminho natural do processo de conhecimento pelo procedimento comum, poder-se-ia conceber o arquétipo do procedimento incidental da desconsideração para solucionar de forma mais eficaz a crise obrigacional e necessidades de redimensionamento objetivo ou subjetivo, como vicissitude ao processo de execução que não comporta adaptações em razão dos limites objetivos e subjetivos do título executivo, ou redimensionamento do processo de conhecimento em momento posterior à estabilização da relação processual, em hipóteses que na origem não aparentava possuir vínculo obrigacional, mas que na sequência e durante o processamento se revela possível.

Considerando a natureza do incidente com forte carga constitutiva, o que perpassa pela declaração do modo de ser de uma relação jurídica, e levando-se em conta ainda a simplificação e agilidade do rito, uma vez frustrada, ainda que potencialmente a solvência e havendo indícios de artificialidade, pode se conceber a utilização do método em incidente autônomo para levantar o véu das estruturas e investigar a base e eventuais beneficiários das operações.

Nesse esteio a concepção do propósito negocial, o sentido do negócio e os benefícios gerais a todos, muito estudado em direito tributário, nos fornecem elementos de interpretação para averiguar a possibilidade de estarmos diante de fatos e circunstâncias ‘manipulados’ que dariam azo à extensão da responsabilidade pela via da desconsideração.

Aliás, os princípios gerais da ordem econômica fornecem importantes premissas para a análise da lógica e do propósito negocial frente aos princípios programáticos que se pretende buscar, de forma a extrair o sentido semântico dos permissivos de vértice para confrontá-los às estruturas criadas e negócios praticados, muitas vezes bem estruturados e com grande sofisticação, para ver se estão de acordo e atendem às exigências do mercado, conforme concebido em sua regra matriz.

Nesse sentido a dogmática de Yarshell¹³⁷ reconhece que as garantias fornecidas pelo incidente de desconconsideração, por assegurar o contraditório amplo e defesa condizente, além de proporcionar a produção de provas e conduzir à tutela exauriente de sujeição patrimonial dos bens de terceiros à obrigação alheia, pode ser utilizado em outras hipóteses que atraem a responsabilidade de terceiros, como nas fraudes de execução, sucessão de empresas, reorganizações societárias de fato, contratações cruzadas com interposição de agentes financeiros ou fiduciários, etc.

Não há que se objetar como impedimento a complexibilidade da questão emergente ou mesmo demandas de tempo, ou de duração razoável da relação processual, pelo fato de a demanda principal se encontrar despida de garantias e solvência, e o incidente tramitar em autos autônomos.

Evidentemente que não se pode eternizar demandas, e por isso a utilização do incidente deve se ater à probabilidade dos fatos alegados e ao documentos de base, que possam fornecer indícios mínimos da ocorrência de ilícito autorizador da extensão da responsabilidade patrimonial, cabendo a análise das condições da demanda paralela e seus pressupostos processuais ao prudente arbítrio e apreciação do Estado Juiz, sempre lembrando a preferência ao julgamento de mérito do que a extinção da relação processual, muito presente na reforma introduzida pelo Código de Processo Civil em 2015.

Thiago Siqueira obtempera: “trata-se de um modelo que, ao mesmo tempo em que assegura a plena observância da garantia do contraditório é plenamente capaz de atender ao ideal de efetividade da tutela executiva” e conclui que “pode ser utilizado em hipóteses nas quais a lei não é clara quanto à forma como se dar o ingresso do responsável secundário no processo, ou em que a disciplina legal não seja satisfatória”.¹³⁸

Assim o incidente de desconconsideração pode servir em tese como modelo procedimental de um incidente cognitivo de tutela exauriente capaz de solucionar diversas alterações objetivas e subjetivas nas execuções e cumprimentos de sentenças, verificados os hipotéticos que constroem essas vicissitudes, sem que se tenha de retroagir ao início, com a renovação de atos processuais a comprometer a eficiência e a razoável duração do processo.

¹³⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no cpc 2015: aplicação a outras formas de extensão da responsabilidade patrimonial. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti Junior. *Processo societário*. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 213-224.

¹³⁸ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 209.

A estrutura aberta do procedimento incidental possibilita acomodar a necessidade de modificação de demandas, que não vem contempladas e estruturadas em procedimentos específicos pelos comandos normativos de regência, isso porque o incidente proporciona segurança jurídica e previsibilidade o que intensifica a efetividade dentro de uma razoável duração do processo, o que permite a partir de uma interpretação extensiva e da analogia a utilização flexível do instituto para situações despidas de regulamentação específica.

Por óbvio que o incidente não pode substituir ao processo de conhecimento quanto à construção de normas individuais e concretas que não estejam atreladas a uma obrigação razoavelmente concebida, cuja dialética se desenvolve de forma total ou parcial atreladas a outras lides.

Mas a utilização tende a evoluir para encampar situações depreendidas no decorrer de questionamentos sobre o crédito, e situações que lhe influenciem, modifiquem ou até extingam, bem como nas alterações subjetivas que atraíam a imputação de responsabilidade, como as hipótese de simulação, fraude contra credores, fraude de execução, sucessão irregular de sócios e sociedades, responsabilidade de grupos econômicos de fato, dissimulação, dentre outras hipóteses que poderiam se beneficiar com a demanda incidental menos complexa para proporcionar a modificação do objeto litigioso.

Na concepção ampliada do incidente como modelo de alteração objetiva e subjetiva da responsabilidade, não importa o fato da desconsideração em si e seus permissivos autorizadores de regência, que serviu de inspiração à criação do instrumento procedimental, sob a perspectiva ampliada é necessário mais se ater à efetiva sujeição patrimonial de terceiros, ou mesmo da ampliação e modificação do objeto litigioso à luz e sob outras justificativas hipotéticas enunciadas que possam conduzir à consequente modificação obrigacional, ainda que imprevisto o instrumental jurídico específico para conduzir à construção desse novo modelo.

NOTAS CONCLUSIVAS

A Análise do tema sob a perspectiva do estudo impõe ao intérprete observar a escorrega caracterização da responsabilidade patrimonial primária e àquela por decorrência de eventos, próprios ou motivados por conduta de terceiros, de forma a identificar a aplicabilidade da “desconsideração da personalidade jurídica” em sua acepção pura, pela qualificação especial da relação jurídica no direito positivo, ou por imposição de sanção motivada por anomalias e ilícitos decorrentes de condutas contrárias à Lei, ao contrato social, abusivas e fraudulentas.

Ainda que se avance para a aplicabilidade do instituto de forma elástica e além dos hipotéticos que lhe deram azo a previsibilidade normativa enunciada, pois de fato como técnica de interpretação e aplicação do direito prescinde de hipotéticos normativos que fundamentem a sua aplicabilidade casuística, como bem observou Rubens Requião desde o início da introdução do sistema no ordenamento jurídico pátrio.

Dessa forma, o mecanismo serve de esteio à solução de crises legislativas e ausência de previsão específica no sentido permissivo da alteração dos limites objetivos e subjetivos de relação obrigacional questionada em juízo, o escopo e utilidade do instituto e de seu instrumento, para proporcionar o contraditório, a ampla defesa, a instrução adequada, de forma a conduzir a um julgamento exauriente e com previsibilidade, para introduzir com segurança jurídica a nova realidade obrigacional no sistema pertinente.

Importa observar que a responsabilidade patrimonial por extensão da obrigação originária está a ela atrelada em uma relação de prejudicialidade externa, e como tal se mostra acessória e segue o destino que se possa aplicar à dívida, de forma que a demanda de desconsideração perde a eficácia e se resolve espontaneamente ante a modificação, extinção ou resolução da obrigação que lhe deu ensejo.

Dentro da estrutura normativa existe a base do sistema, aplicável às hipóteses que não encontram previsão específica em pressupostos especiais, chamada de “teoria maior”, onde os requisitos impõem a demonstração do elemento subjetivo, carregado de conteúdo injurídico, contrário à Lei, atos constitutivos e contratações, bem como elementos objetivos de vinculação factual do resultado danoso ao crédito e ao beneficiário contemplado com a proteção personifica a encobrir a responsabilidade natural pela obrigação.

A par dessa orientação geral e basilar existe uma “teoria menor”, mais casuística e regulamentada, onde os riscos do empreendimento econômico impõem responsabilidade adicional por eventuais prejuízos que a atividade possa causar a objetividades jurídicas ressalvadas e protegidas pelo direito positivo, em razão da relevância, ou da vulnerabilidade

que as situações impõem dentro da relação obrigacional de base, e suas consequências sociais, econômicas e à regulação do mercado. Nessas hipóteses a extensão da responsabilidade se dá pela simples dificuldade que a personalidade jurídica possa proporcionar ao ressarcimento dos prejuízos, porém, necessariamente deve estar evidenciada a vinculação dos imputados por extensão com a personalidade jurídica que se pretende desconsiderar.

Sempre que não se denotar a vinculação formal do imputado por extensão com a personalidade jurídica a ser desconsiderada, e for necessário comprovar uma vinculação de fato à atividade econômica tutelada pela ‘teoria menor’, necessariamente deve se observar os pressupostos da “teoria maior” para construir a regra matriz de incidência da desconsideração de forma a alcançar o patrimônio de personalidades estranhas e desvinculadas da personalidade jurídica objeto da pretensão de desconsideração.

Qualquer que for a modalidade de desconsideração, indireta, expansiva ou inversa, após a entrega da tutela positiva de desconsideração, afirmada a extensão obrigacional ao terceiro, esta personalidade passa a ostentar a condição de sujeito passivo da obrigação, portanto litisconsorte da relação jurídica processual que demanda a cobrança ou execução do crédito.

Dentro da imputação sanção da responsabilidade patrimonial ao terceiro, a causa de pedir de desconsideração pode avançar para ilícitos mais graves, de simulação ou fraudes, inclusive com a utilização de outras interpostas pessoas e empresas de fachada, pois tais circunstâncias estariam amparadas pelo uso abusivo da personalidade jurídica, de forma direta ou inversa, de forma a fraudar a lei, o contrato social e a garantia natural de solvência ao crédito.

O incidente estudado como método de interpretação e aplicação do direito à luz da teoria geral do processo, com as peculiaridades de seu procedimento, mais simplificado e ágil fornecem importantes mecanismos de repressão a fraudes e ilícitos, proteção ao crédito, além de permitir a flexibilização casuística e utilidade do instituto para ampliar a aplicabilidade

Não há dúvida de que o instituto da desconsideração da personalidade e o incidente são mecanismos eficientes de proteção ao crédito pela investigação e preservação da responsabilidade patrimonial que se busca ocultar sob o manto da autonomia personificada, além de agregar eficácia à tutela executiva que ganha efetividade para tutelar o direito ao crédito, além de reprimir abusos e atitudes ilícitas que se prestam a frustrar o adimplemento, de forma a subtrair o patrimônio que deveria assegurar a obrigação.

Em paralelo a outras figuras que envolvem fraudes patrimoniais, a desconsideração e seu instrumento procedimental podem ser utilizados com benefícios, para atingir o escopo de proporcionar a tutela ao crédito, à segurança jurídica que envolvem os atos e negócios e à boa-fé, proporcionando ambiente mais seguro e previsível às relações econômicas.

A aplicação da desconsideração é um direito subjetivo e disponível do titular do crédito, de forma que depende da provocação do credor, mediante o ajuizamento da demanda, para que a partir da provocação do Estado à entrega da tutela específica (direito de ação) se instaure o instrumento processual capaz de dentro do devido processo legal conduzir à entrega da tutela jurisdicional específica.

Importante avançar na provocação do debate no sentido de que o instituto da desconsideração e o instrumento procedimental incidental serve de base normativa para rearranjar várias situações de modificação dos limites de uma demanda obrigacional ajuizada, sob a significação semântica que se pode extrair de seu contexto constitutivo, sobre as quais a legislação não previu mecanismos específicos e eficientes para proporcionar os mesmos resultados, que se poderia extrair com a utilização do mecanismo estudado.

É possível conceber uma regra geral a partir da concepção do instituto e seu instrumento para conduzir soluções às vicissitudes de execuções que se veem paralisadas, de forma a lhes proporcionar meios de avançar, dentro de um ambiente de contraditório, a ampla defesa e decisão exauriente em variadas hipóteses anômalas que possam ser concebidas ou encontradas.

Em conclusão, deve se reconhecer o valor da técnica da desconsideração, seu conteúdo semântico e o instrumento procedimental como evolução dentro de um sincretismo na relação processual, de forma a se aproveitar o máximo de eficiência e energia a partir dos atos praticados, e com isso permitir, com vantagens, o ajuizamento de uma demanda incidental de natureza constitutiva/declaratória, apta a ampliar os limites objetivos e subjetivos obrigacionais, além da alteração do próprio objeto litigioso.

Dentro do escopo da instrumentalidade do processo a técnica cumpre papel importante, pois se mostra inconcebível desprezar energia e o histórico trazido à apreciação estatal, para repetir os atos, se a partir de eventos e realidades revelados se permitir corrigir o curso e prosseguir em busca da tutela adequada em face de quem se mostre responsável pela obrigação.

Muitas dúvidas certamente enriquecerão futuras controvérsias e conclusões, sendo o nosso singelo objetivo suscitar o debate acadêmico, e assim contribuir, de alguma forma, com o estudo do tema e a evolução do pensamento e da prática forense, para evolução do direito.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 13.^a ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico e concorrencial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BENETTI, Sidnei Agostinho. Desconsideração da sociedade e legitimidade ad causam: esboço de sintetização. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Paulo Barros. *Direito tributário linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. Vol. I. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CHAMBERLAIN, Hector Cavalcanti. *O incidente processual de desconsideração da personalidade jurídica. Atualização da disregard doctrine na perspectiva da responsabilidade patrimonial e reflexos no processo civil brasileiro*: Londrina, Thoth Editora, 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*: Vol. 2. 23. ed. São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Lei de falências e de recuperação de empresas (Lei 11.101 de 9.2.2005)*. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CORREA, Mariana Rocha. A eficácia da desconsideração expansiva da personalidade jurídica no sistema jurídico brasileiro. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/MarianaRochaCorrea.pdf.

DE LUCCA, Rodrigo Ramina. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Thomson e Reuters Brasil, 2019.

De Plácido e Silva, Vocabulário jurídico. 14. ed. Rio de Janeiro: 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Vol. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Vol. II. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. parte geral*. 10 ed. revista, ampliada e atualizada, Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. *Desconsideração da personalidade jurídica no código do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

HENTZ, Luiz Antônio Soares. *Direito de empresa no código civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1987.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A desconsideração da personalidade jurídica na execução fiscal. Publicado na Revista Eletrônica Juris Síntese, nº 119, mai/jun de 2016.

MEDEIROS, Ely Bohrer; MENEGUETTI, Tarcisio Vilton. Desconsideração da personalidade jurídica no direito ambiental. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, nº 4, p. 327-346, 4º Trimestre de 2013. Disponível em: <https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/947/Arquivo%2019.pdf>.

MILARÉ, Édis. *Direito ambiental. Doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Parte geral*, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

RAMOS, Ernesto Lopes. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Dissertação de Mestrado. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica, 1995.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 410, ano 58, dezembro de 1969.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. Vol. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo de acordo com o código de processo civil de 2015*. São Paulo: Malheiros, 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SERICK, Rolf. *Aparencia y realidad em las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por médio de la persona jurídica*. Tradução Antonio Polo Diez. Barcelona: Ariel, 1958.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 44. ed. São Paulo: Editora Jus Podivm / Malheiros Editores, 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 57. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Negócio jurídico. Existência. Validade. Eficácia. Vícios. Lesão. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 780, 2000.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial. Teoria geral e direito societário*. Vol. 2. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida; MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica do novo cpc e seus impactos no processo do trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte: volume 61, nº 92, jul./dez. 2015, p. 213-235. Disponível em <https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/27297/Revista%2092%20TRT%203%20Regiao-213-235.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

WORMSER, Isaac Maurice. *Disregard of the corporate fiction and allied corporation problems*. Washington: Beard Books, 2000.

YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 133 a 137. In: *Comentários ao novo código de processo civil*. Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coordenadores). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

YARSHELL, Flávio Luiz. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no cpc 2015: aplicação a outras formas de extensão da responsabilidade patrimonial. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti Junior. *Processo societário*. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao código de processo civil (arts. 566 a 645)*. Vol. 8. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.