

**“DISREGARD DOCTRINE”: A APLICAÇÃO DA
DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE
JURÍDICA**

FINALITY “DISREGARD DOCTRINE”: THE
APPLICATION OF DISREGARDING TO THE LEGAL
PERSONALITY

Caio Eduardo Costa Cazelatto*

Antonio Carlos Segatto**

Naina Beatriz Ide da Silva**

* Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (Unicesumar). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). E-mail: caio.cazelatto@hotmail.com

** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1999). Graduado em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (1979). Professor associado em tempo integral e dedicação exclusiva na Universidade Estadual de Maringá (UEM). E-mail: professorsegatto@terra.com.br

*** Pós-Graduada pelo Programa de Especialização em Direito Civil e Empresarial pela Academia Brasileira de Direito Constitucional-ABDCONST. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Advogada. E-mail: naina.b.silva@hotmail.com

Como citar: CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; SEGATTO, Antonio Carlos; SILVA, Naina Beatriz Ide da. “Disregard Doctrine”: a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 1, p. 150-187, abr. 2018. DOI: 10.5433/1980-511X2018v13n1p150. ISSN: 1980-511X.

Resumo: A presente pesquisa teve como finalidade o estudo, a partir do método teórico, do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, também denominada como *Disregard Doctrine*. Em um primeiro momento, analisaram-se as teorias menor e maior da desconsideração da personalidade jurídica, com a seu aspecto de limitação patrimonial, que se mostra um instituto essencial para desenvolver e estimular a atividade econômica. Em sequência, abordou-se a desconsideração da personalidade jurídica inversa e suas classificações, como também as formas de organização societária que costumam ser empregadas fraudulentamente e que permitem a aplicação desse instituto.

Também foi tratado o uso do instituto pelo Poder Judiciário brasileiro, uma vez que, na ânsia por uma efetividade processual, o judiciário tem utilizado a teoria de forma excessiva, como uma regra geral e não como uma exceção, que seria a finalidade a que se destinava originalmente, banalizando e liquidando o conceito de personalidade jurídica. Por fim as questões processuais e a aplicabilidade da desconsideração inversa da personalidade jurídica em relação às sociedades empresárias, à luz do Novo Código de Processo Civil.

Palavras-chaves: Desconsideração da Personalidade Jurídica. *Disregard Doctrine*. Personalidade Jurídica.

Abstract: This research uses the theoretical method to analyze the institute of disregarding of the legal personality, also denominated as the Disregard Doctrine. At first, this paper analyses both the minor and major theories of this institute, specifically through its aspect of property limitation, which is an essential element in the developing and stimulating of economic activity. Next, this paper addresses the disregard of legal personality and its various forms, as well as types of corporate organization that are often used fraudulently, consequentially, allowing the application of the institute. This study, also investigates its use in the Brazilian judicial branch, since, in a country

that longs for procedural effectiveness, it uses this institute excessively as if it were a rule and not an exception, thusly, it's original purpose modified to where its use is questionable, due to the trivializing and diluting of the concept of legal personality. This body of work concludes with the procedural questions and the application of the inverse disregard entity theory in relation to business corporations, in light of the new Brazilian Code of Civil Procedure.

Keywords: Disregarding Legal Personality. Disregard Doctrine. Legal personality.

INTRODUÇÃO

A pessoa jurídica é o meio encontrado pelo Direito para possibilitar que grupos de indivíduos unidos em busca de um objetivo comum consigam realizá-lo com segurança e garantias jurídicas, através do reconhecimento do ente coletivo como sujeito de direitos e obrigações, de modo que seus integrantes respondem, em regra, subsidiariamente.

Para perseguir os fins para os quais foi criado, esse instituto conta com a proteção do princípio da autonomia patrimonial, decorrente da personalização, segundo o qual se reveste como um ente individual dotado de patrimônio próprio, distinto do dos sócios. Esse princípio proporciona segurança àqueles que desejam contrair sociedade, fomentando a atividade econômica. Porém, acaba atraindo pessoas mal intencionadas, que se valem da distinção patrimonial para obter proveitos para si em detrimento dos credores sociais.

Visando coibir a fraude, o ordenamento jurídico adotou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a qual até recentemente carecia de regulamentação quanto à sua aplicação processual.

O Novo Código de Processo Civil, sancionado em março de 2015, dedicou um capítulo exclusivo a este instituto, pacificando o procedimento para a aplicação dessa teoria. Contudo, ainda se verificam inúmeras controvérsias sobre o tema.

Diante disso, serão exploradas sua origem, suas nomenclaturas e sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro, bem como seus desdobramentos na teoria maior e na teoria menor. Posteriormente, será abordado o conceito doutrinário de desconsideração da personalidade jurídica, partindo-se da noção de pessoa jurídica trazida pela teoria da realidade técnica. Para isso, foram analisados os requisitos para

desconsiderar a personalidade, como também as condutas que a doutrina e a jurisprudência entendem como ensejadoras da desconsideração.

Em sequência, foi explorada a desconsideração da personalidade jurídica na modalidade inversa e suas classificações, além das formas de organização societária que costumam ser empregadas fraudulentamente e que permitem a aplicação desse instituto.

Ainda, foram investigadas a classificação daquele que responderá pela desconsideração perante o processo, se este ocupa a posição de parte ou de terceiro, e as consequências processuais, como sua inclusão como litisconsorte, espécie de litisconsórcio, momento adequado para desconsiderar a personalidade jurídica, defesas.

Por fim, serão abordados os aspectos processuais e a aplicabilidade da desconsideração inversa da personalidade jurídica em relação às sociedades empresárias, à luz do Novo Código de Processo Civil.

São questões como estas que a presente pesquisa buscará esclarecer através do método teórico, que consiste em analisar o que já foi produzido e registrado sobre o assunto, como obras doutrinárias, artigos de periódicos, de legislação nacional, jurisprudência e documentos eletrônicos.

1 O *DISREGARD THEORY* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As teorias sobre a desconsideração da personalidade jurídica foram desenvolvidas, no século XIX, a partir da jurisprudência, quando se começou a perceber a possibilidade de utilização da pessoa jurídica para objetivos diversos da sua finalidade, lesando terceiros, o que levou à necessidade de coibir essas práticas.

Como instrumento de controle e repressão desse tipo de conduta,

o *disregard theory* foi consolidado a partir de duas vertentes, quais sejam: a teoria maior (subjetiva) e a teoria menor (objetiva) da desconsideração da personalidade jurídica.

De acordo com a teoria maior, para que se possa “levantar o véu” da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, é necessária a ocorrência de abuso do direito e o desvio de função.

A teoria menor, por sua vez, autoriza a desconsideração ainda que não tenha sido constatado o mau uso da pessoa jurídica, bastando à insolvência desta para o cumprimento de suas obrigações. Essa teoria se fundamenta no pressuposto de que o risco da atividade não pode ser suportado por terceiros que a contratam de boa fé, revestindo o sócio ou o administrador da pessoa jurídica de responsabilidade quanto ao prejuízo causado, mesmo que não haja dolo ou culpa.

Nessa perspectiva, André Pagani de Souza sustenta que a teoria menor é o:

[...] resultado da decretação afobada da desconsideração da personalidade jurídica, pelo simples fato de o credor não ter logrado êxito em receber o que lhe é devido, sem haver qualquer indagação sobre a ocorrência de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial. Por isso mesmo, tal formulação recebe o adjetivo, certamente pejorativo, de “menor”: pela ausência de fundamentos teóricos e doutrinários minimamente elaborados para a sua aplicação no caso concreto (SOUZA, 2011, p.71).

Acredita-se, assim, que o mais razoável é que o risco da atividade seja suportado pela própria pessoa jurídica até o limite de seu patrimônio. Extrapolando esse limite sem haver o abuso ou a confusão patrimonial não seria desconsiderar a autonomia da pessoa jurídica, mas negar sua

existência.

A previsão normativa acerca da desconsideração da personalidade jurídica está presente no Código Civil, em seu artigo 50; no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 28; na Lei n. 12.529/2011, em artigo 34; como também na Lei do Meio Ambiente, em seu artigo 4º.

O Código Civil, acertadamente, adotou a teoria maior, adotando como pressuposto o abuso da personalidade jurídica, que é caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Impõe-se, dessa forma, a necessidade de um requerimento da parte ou do Ministério Público, nas hipóteses em que lhe couber intervir no processo, tendo em vista que, em regra, o juiz não pode decretar de ofício a desconsideração.

O Código de Defesa do Consumidor foi o primeiro conjunto de normas brasileiras a tratar do instituto. No entanto, a redação do seu artigo 28 incluiu situações que não são propriamente de desconsideração, não sendo abrangidas pela teoria.¹

Nesse sentido, André Pagani de Souza esclarece que “[...] o requisito legal do art. 28, *caput*, do CDC, afasta-se da construção doutrinária da teoria da desconsideração da personalidade jurídica”, já que os destinatários dessa norma “são os autores dos atos que podem dar ensejo a uma indenização ao consumidor, sem a necessidade de violar a autonomia da pessoa jurídica” (SOUZA, 2011, p. 98).

Do mesmo modo, o inciso III, do artigo 135, do Código

1 Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. § 1º (Vetado). § 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa. § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Tributário Nacional², que foi elaborado antes da recepção dessa teoria no ordenamento pátrio, foge do caso de desconsideração, tratando-se, na realidade, de imputação direta da responsabilidade pela prática de ato irregular.

A teoria da *ultra vires societatis*, presente no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e na Lei das Sociedades por Ações, simboliza o ato viciado que excede os limites do estatuto ou do contrato social, tendo em vista que é estranho ao objeto social (BRUSCHI, 2009, p. 21-22).

O ato praticado com excesso de poder pode, eventualmente, ser ratificado pela Assembleia Geral de Acionistas, se for tido como inofensivo à sociedade.

Esta teoria não se confunde com a da *disregard*, já que tem a finalidade principal de proteção dos interesses dos demais sócios, não necessariamente de terceiros, vez que as consequências dos atos praticados fora do alcance do objeto social serão suportadas pelos administradores e não pela pessoa jurídica, a qual não será atingida.

O §5º do artigo 28, do CDC, é objeto de grande crítica da doutrina, já que o emprego do termo ‘desconsideração da personalidade jurídica’, nesse caso, apenas contribui para a vulgarização e o mau uso do instituto, pois a expressão “sempre que sua personalidade for obstáculo” é muito vaga e abrangente, dando margem para constrições indevidas de bens.

Não obstante, faria do *caput* letra morta, em que ninguém se daria ao trabalho de comprovar a existência dos pressupostos para a aplicação da teoria.

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

[...]

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

O artigo 18, da Lei n. 8.884/1994, denominada como Lei Antitruste, que tratava da desconsideração da personalidade jurídica na hipótese de infração da ordem econômica, foi revogado pela Lei n. 12.529/2011, que reproduziu em seu artigo 34³ uma redação quase idêntica do *caput* do artigo 28 do CDC.

Novamente, inseriu-se, em um mesmo artigo, tanto a teoria maior quanto a menor, o que é completamente desnecessário, uma vez que, constatado o estado de insolvência, o credor dificilmente se dará ao trabalho de investigar se houve abuso de direito, de ato ilícito, violação dos estatutos ou do contrato social.

De acordo com o parágrafo único, do artigo 34 da Lei n. 12.529/11, para fins de desconsideração, a falência, o estado de insolvência, o encerramento ou a inatividade da pessoa jurídica devem ter sido provocados por má administração, o que não é difícil de comprovar. A insolvência por si só já é um indício de má administração, especialmente quando a pessoa jurídica possui vários débitos, o que demonstra a incapacidade de cumprir as suas obrigações.

Outro dispositivo legal que merece as mesmas críticas é a Lei do Meio Ambiente (Lei n. 9.605/1998), que reproduziu, por meio do seu artigo 4^o,⁴ o conteúdo do §5^o do CDC. Ora, se a intenção da lei é garantir a efetiva reparação dos danos causados à qualidade do meio ambiente, em vista da teoria do risco integral que rege a responsabilidade ambiental, poderia muito bem se utilizar da atribuição legal de responsabilidade ao invés de, equivocadamente, empregar a desconsideração da personalidade

3 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.

4 Art. 4^o Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

jurídica.

Sobre o correto emprego da desconsideração da personalidade jurídica, têm-se os artigos 128 a 131, do Projeto de Lei n. 1.572/2011, que propõe um novo Código Comercial, em seus artigos 128 a 131.⁵ Esse Projeto de Lei traz o entendimento já consolidado pelos tribunais de que a insolvência da pessoa jurídica (especificamente as sociedades empresárias) não é suficiente para sua desconsideração.

No entanto, isso não significaria a eliminação da teoria menor do ordenamento jurídico pátrio, vez que o artigo 652 do PL n. 1.572/2011 dispõe que o novo Código Comercial não diminui as do empresário, da sociedade empresária e dos seus sócios ou acionistas perante as relações empregatícias, as relações consumeristas, aos tributos e contribuições, responsabilidades ambientais e responsabilidades por infração da ordem econômica.

Ao contrário do que entendem alguns doutrinadores, o §2º do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho⁶ não é propriamente um caso de desconsideração. O dispositivo refere-se à imputação de responsabilidade, pois não há exigência dos requisitos da teoria maior,

5 Art. 128. Em caso de fraude perpetrada por meio da autonomia patrimonial da sociedade empresária, o juiz poderá ignorar a personalidade jurídica própria desta para imputar a responsabilidade ao sócio ou administrador. Parágrafo único. A confusão patrimonial ou o desvio de finalidade importam a presunção relativa de fraude.

Art. 129. A simples insuficiência de bens no patrimônio da sociedade empresária para a satisfação de direito de credor não autoriza a desconsideração de sua personalidade jurídica.

Art. 130. A imputação de responsabilidade ao sócio ou administrador, em decorrência da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária, só poderá ser determinada pelo juiz depois de assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Art. 131. No mesmo ato em que deferir pedido de desconsideração da personalidade jurídica de sociedade empresária, o juiz determinará a comunicação ao distribuidor, com a identificação do sócio ou administrador a quem imputou responsabilidade.

6 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 serviço.

[...]

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

tampouco da menor.

Basta que as empresas estejam sob a direção, controle ou administração de outra e constituam um grupo de qualquer atividade econômica para que a empresa principal e suas subordinadas sejam solidariamente responsáveis para efeitos da relação trabalhista.

Porém, não se olvida a possibilidade de aplicação do artigo 50 do Código Civil em vista da subsidiariedade, devendo o julgador ater-se aos casos em que estão presentes os requisitos da teoria maior.

2 A DELIMITAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

As pessoas jurídicas são criadas para a persecução de um objetivo e obtêm o benefício da personalidade, através da autorização do Estado, não podendo vir a contrariar seu ordenamento jurídico. Para impedir o desvirtuamento, criou-se a teoria da desconsideração, também conhecida como *lifting the veil*, ou levantamento do “véu” da autonomia.

A teoria maior, mais pertinente a este estudo, impõe como pressupostos da desconsideração o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

No ensinamento de Pedro Henrique Torres Bianchi, o abuso se difere da fraude pela finalidade do ato (BIANQUI, 2011, p. 57). Nesse sentido, o ato abusivo é praticado no direito subjetivo do agente, o que lhe dá aparência de legalidade, porém, o ato é anormal à conduta do agente, constituindo um desvio da finalidade.

Calixto Salomão Filho divide o abuso em duas categorias: o individual e o institucional. Aquele classificado como individual seria advindo da utilização indevida da pessoa jurídica com um objetivo

específico, qual seja, o de causar dano a terceiro. Já no intitulado como institucional o privilégio da limitação de responsabilidade seria empregado em contrariedade com os objetivos e função da pessoa jurídica (SALOMÃO, 2006, p. 222).

Outro assunto relevante ao presente estudo é a confusão patrimonial que, por sua vez, consiste na fusão entre o patrimônio do sócio e o da sociedade, de tal modo que se torna impossível distinguir quem é o proprietário de certo bem, se é o sócio ou a pessoa jurídica. Dessa forma, a mistura de patrimônios implica no desvio de função, vez que a pessoa jurídica é criada justamente para haver a separação patrimonial (BIANQUI, 2011, p. 55).

Leonardo Netto Parentoni enumera, ainda, outros pressupostos da desconsideração, como a existência de um centro autônomo de imputação de direitos e deveres dotado de patrimônio próprio; a prática de uma atividade por meio desse centro; a licitude do ato; o desrespeito ao distanciamento entre a atividade desempenhada pelo centro de imputação e a conduta de seus membros e, por último, a inexistência de responsabilidade pessoal e direta dos membros (PARENTONI, 2014, p. 72).

A existência de um centro autônomo de imputação de direitos e deveres, que não possui, necessariamente, uma personalidade jurídica, necessita de patrimônio próprio, limitador da responsabilidade de seus membros. Com isso, seria possível estender a aplicação da teoria a diferentes tipos de patrimônio, destacado como os fundos de investimento, sendo preciso apenas que exista alguma limitação de responsabilidade.

A prática de uma atividade por meio desse centro refere-se não a um único ato, mas àquele exercido pelo centro, seja uma atividade empresarial ou não. No caso de existir apenas um ato, deve ser correlato

ao exercício da atividade que seria desenvolvida.

A atividade desenvolvida precisaria ser formalmente lícita, caso contrário, incidiria a responsabilidade civil pela prática de ato ilícito. Isto porque, segundo o autor, a ilicitude que enseja a desconsideração se encontra não na forma, mas no conteúdo da atividade, no modo que é realizada ou ainda nos efeitos verdadeiramente desejados (PARENTONI, 2014, p. 72).

De acordo com o quarto pressuposto, os membros do centro autônomo devem se comportar de modo a distanciar sua conduta pessoal das atividades inerentes a esse centro para que possam desfrutar da proteção da limitação de responsabilidade patrimonial.

O último pressuposto é o da “inexistência de dispositivo legal que atribua responsabilidade pessoal e direta” aos integrantes do centro autônomo de imputação, pois se a lei atribui diretamente a responsabilidade aos seus membros, é irrelevante a existência de limitação patrimonial desse centro. Portanto, é desnecessária a aplicação da teoria da *disregard* (PARENTONI, 2014, p. 72).

Feitas estas considerações, é oportuno ressaltar o cuidado que se deve ter ao requerer a desconsideração, já que, por ser essencialmente casuística, não há como fixar as condutas ou os critérios necessariamente ensejadores da desconsideração. Apesar disso, é possível delinear alguns pontos comuns que costumam indicar a existência do abuso.

Na jurisprudência brasileira, é pacífico o entendimento de que não pode haver desconsideração se o patrimônio da pessoa jurídica ou do sócio não for esgotado antes.

Muitas vezes a insolvência é causada por azares do negócio, sem que haja o mau uso da empresa. Então, como distinguir uma situação de abuso de uma situação de simples insolvência?

Nesses casos, além de não possuir patrimônio a empresa se encontra inativa, pois não tem mais condições de continuar a exercer sua atividade. Ocorre que, em inúmeras vezes, a pessoa jurídica não promove a baixa junto aos registros da Junta Comercial, encerrando as atividades irregularmente.

O entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o encerramento irregular é insuficiente para demonstrar o abuso:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ARTIGO 50, DO CC. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES OU DISSOLUÇÃO IRREGULARES DA SOCIEDADE. INSUFICIÊNCIA. DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. DOLO. NECESSIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ACOLHIMENTO.

1. A criação teórica da pessoa jurídica foi avanço que permitiu o desenvolvimento da atividade econômica, ensejando a limitação dos riscos do empreendedor ao patrimônio destacado para tal fim. Abusos no uso da personalidade jurídica justificaram, em lenta evolução jurisprudencial, posteriormente incorporada ao direito positivo brasileiro, a tipificação de hipóteses em que se autoriza o levantamento do véu da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios que dela dolosamente se prevaleceram para finalidades ilícitas. Tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade institucional ou a confusão patrimonial.

2. O encerramento das atividades ou dissolução, ainda que irregulares, da sociedade não são causas, por si só, para a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do Código Civil.

3. Embargos de divergência acolhidos (BRASIL, 2013). (Grifo nosso).

Por outro lado, se a empresa continua a exercer normalmente suas atividades, dispensando um vasto aparelhamento, como as de comércio eletrônico, mas não possui bens em seu nome, isto é, como, dinheiro em contas, veículos, imóveis, etc, trata-se de um forte indício de confusão patrimonial.

Sobre o assunto, leciona Rubens Requião que o capital social:

[...] constitui o patrimônio inicial da sociedade comercial. Após o início das atividades, o capital permanece nominal, expresso na soma declarada no contrato, ao passo que o patrimônio social – ou fundo social – tende a crescer, se a sociedade for próspera, ou a diminuir, se tiver insucesso. Esse patrimônio é que gera, em última análise, o lucro, que é periodicamente dividido entre os sócios” (REQUIÃO, 2014, p. 496).

O capital registrado, ou capital social, deve ser verdadeiro, existindo no plano fático. Deve ainda ser preservado e utilizado exclusivamente em função da atividade econômica. Não é imutável – pode ser aumentado ou reduzido – mas precisa ter certa estabilidade, e suas alterações devem também ser levadas a registro (MAMEDE; MAMEDE, 2013, p. 24-25). Se o capital social não foi integralizado ou é insuficiente, há o que se chama de subcapitalização.

De acordo com Bianqui, se a sociedade precisa de capital e o

sócio lhe empresta dinheiro ao invés de aumentar o capital, ocorre a subcapitalização nominal. Se a sociedade exercer a atividade sem capital suficiente, tratar-se-á da subcapitalização material (BIANQUI, 2011, p. 62-62).

O autor, ainda, sustenta que a subcapitalização material pode ser classificada como simples, quando a falta de capital não é manifesta, situação em que é preciso comprovar a ocorrência de ato praticado pelo sócio ou pela sociedade com o objetivo de desprover a sociedade do capital necessário ao desenvolvimento de sua atividade (BIANQUI, 2011, p. 62-62).

Quando for óbvia a insuficiência do capital social para a realização do objeto social, a subcapitalização material será qualificada. Nessa hipótese, a subcapitalização por si só bastaria para responsabilizar o sócio, pois uma sociedade visivelmente subcapitalizada só poderia servir para lesar terceiros.

Para detectar os desvios de finalidade, o Poder Judiciário dispõe de sistemas de consulta que auxiliam o credor a reunir as provas para requerer a desconsideração. O sistema Infojud, da Receita Federal, permite a consulta às declarações de imposto de renda do contribuinte, às declarações de operações imobiliárias e de imposto territorial rural⁷. Porém, não se pode esquecer que as informações constantes das declarações são aquelas fornecidas pelo contribuinte, motivo pelo qual estão sujeitas a erros.

Com o sistema Bacenjud, convênio entre o Poder Judiciário e o Banco Central, é possível consultar os saldos e extratos de contas em titularidade do devedor⁸ mantidas junto às instituições financeiras

7 Sistema de informações ao judiciário Infojud - Manual do usuário. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/infojud/infojud_manual.pdf>. Acesso em 15 nov. 2015.

8 Bacenjud 2.0 - Manual básico. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/fis/pedjud/ftp/manualbasico>>.

cadastradas junto ao Banco Central. Por isso, contas mantidas junto a cooperativas de crédito não são afetadas, sendo necessário requerer as informações através de ofício.

Infelizmente, ainda não existe um sistema nacional unificado de informações sobre registros de imóveis, nem um sistema nacional unificado de registros de pessoas jurídicas e empresas, o que auxiliaria os credores na investigação sobre a existência de bens que possam satisfazer o crédito.

Por fim, os dados disponíveis nas redes sociais, como no Facebook, no Instagram e no Twitter, também podem ser utilizados para desmascarar o devedor que aparenta não ter bens, mas em público ostenta uma condição abastada. Assim, para maior segurança, o credor deve sempre cruzar todas as informações que puder obter antes de requerer a desconsideração.

3 A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A desconsideração inversa, nos dizeres de Leonardo Netto Perentoni, “consiste em imputar a um centro autônomo de direitos e deveres obrigação formalmente contraída por seus membros.” (PARENTONI, 2014, p. 87).

A partir desta colocação, infere-se que na desconsideração inversa o sujeito passivo será sempre uma pessoa jurídica, a qual responderá com patrimônio de sua titularidade por obrigações contraídas por seus integrantes, que podem ser tanto pessoas naturais quanto jurídicas.

O termo ‘inversa’ é empregado para distinguir dos casos que

pdf>. Acesso em 15 nov. 2015.

originaram a teoria, pois naquelas situações buscava-se a responsabilização do sócio pela obrigação contraída pela sociedade.

De acordo com Parentoni, a desconsideração inversa ganhou repercussão na jurisprudência brasileira a partir de 2008, com o caso Caoa, em que o sócio majoritário das empresas Caoa do Brasil Ltda. e Caoa Montadora de Veículos S/A, distribuidora brasileira de grande porte, de veículos da marca Hyundai, possuía uma dívida pessoal; infrutífera a penhora de dinheiro através do sistema Bacenjud em razão da inexistência de quantias em contas de titularidade do sócio, foi deferida a desconsideração inversa em vista da notória riqueza do sócio, conhecido publicamente como milionário, tendo o relator concluído que houve confusão patrimonial (PARENTONI, 2014, p. 88).

Em que pese a notoriedade da riqueza do sócio, parece um pouco apressado e imprudente efetuar a desconsideração apenas com base na inexistência de dinheiro em contas bancárias. Isto porque, como já visto, há pessoas que preferem manter contas junto a cooperativas de crédito, as quais não fazem parte do sistema Bacenjud; além disso, a penhora indevida de dinheiro da empresa poderia causar-lhe um desequilíbrio, prejudicando suas atividades.

A *disregard* inversa encontra maior aplicação nas relações comerciais e nas de família e, por vezes, em casos de sucessão. No Direito de Família, a fraude costuma ocorrer quando o cônjuge não quer pagar pensão – neste caso, esconde parte ou até quase todo seu patrimônio – ou para sonegar bens à partilha no divórcio.

Já no plano da sucessão, pode ocorrer a subtração de patrimônio da legítima, com sua transferência a uma empresa de que são sócios um ou ambos os genitores e um ou mais filhos, de modo a diminuir a parte devida aos demais herdeiros.

4 A DESCONSIDERAÇÃO INDIRETA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A desconsideração indireta é utilizada sempre que houver uma empresa controladora, a qual perpetra abusos e fraudes através de sua empresa controlada, coligada ou subsidiária integral, prejudicando terceiros (CORRÊA, 2011, p. 16). Neste caso, é a empresa controladora quem responde pelos danos causados por suas empresas controladas.

A desconsideração indireta da personalidade jurídica serve para atingir o patrimônio dos conglomerados societários (grupos de empresas), em crescimento nos mercados mundiais (CORRÊA, 2011, p. 16) e esta espécie de desconsideração já encontra lugar na jurisprudência pátria:

1. A desconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora, imputando-se ao grupo controlador a responsabilidade pela dívida, pressupõe - ainda que em juízo de superficialidade - a indicação comprovada de atos fraudulentos, a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade.

2. No caso a desconsideração teve fundamento no fato de ser a controlada (devedora) simples longa manus da controladora, sem que fosse apontada uma das hipóteses previstas no art. 500 do Código Civil de 2002.

3. Recurso especial conhecido. (STJ REsp 744.107/SP. Relator Min. Fernando Gonçalves. Publicado no DJ de 12.08.2008)⁹. (Grifo nosso).

Nota-se que, ao contrário da desconsideração inversa, em que a sociedade responde por obrigação de seu sócio, na indireta as empresas

⁹ BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoies/toc.jsp?livre=REsp+744.107%2FSP&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

são unidas por um liame de coordenação, em que uma controla as demais.

5 A DESCONSIDERAÇÃO EXPANSIVA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A desconsideração da personalidade jurídica pode também se dar na modalidade expansiva. Segundo Mariana Rocha Corrêa, no Brasil a teoria sobre esta modalidade foi desenvolvida por Rafael Mônaco e tem por objetivo atingir o patrimônio de qualquer sócio oculto de uma sociedade (CORRÊA, 2011, p. 18).

Esta teoria é aplicável quando uma sociedade for conduzida por um sócio oculto (que pode se esconder por trás de uma empresa controladora), ou seja, seus sócios constantes no contrato social são meros “laranjas”.

Por ser uma teoria mais recente, e pela dificuldade em provar este tipo de fraude, que é mais elaborada, sua aparição na jurisprudência ainda é tímida, tendo sido encontrados poucos julgados em pesquisa pelas expressões “desconsideração expansiva” e “desconsideração da personalidade jurídica expansiva”. Abaixo, um deles:

1. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “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” (RMS n. 15166/BA, rel. Min. Castro Meira, DJ de 8-9-2003). E é justamente o que se verifica ter

ocorrido na hipótese.

2. “A aplicação da proibição de contratar com a administração pública não teria efeito prático algum se fosse permitido que os sócios burlassem a lei, mediante a constituição ou utilização de outra sociedade, com o mesmo objeto comercial, para, assim, continuarem a participar das licitações” (TRF5 - Apelação Cível n. 549737/AL, rel. Des. Francisco Barros Dias, Data da Publicação DJE 13-12-2012). (TJSC MS 2013.053581-9. Relator: Des. Stanley da Silva Braga. Julgamento em: 10/06/2014).¹⁰

6 A SUCESSÃO DE EMPRESAS

A sucessão de empresas ocorre com a transferência do estabelecimento, conceituado pelo Código Civil como “todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”¹¹.

Para evitar fraudes, o Código Civil impôs algumas condições para a alienação do estabelecimento: deve ser dada publicidade ao contrato de alienação, usufruto ou arrendamento (art.1.144); se a alienação implicar na impossibilidade de o alienante solver o seu passivo, a eficácia da alienação dependerá do pagamento ou do consentimento de todos os credores (art.1.445). E se os débitos anteriores à transferência forem regularmente contabilizados, o adquirente é por eles responsável (art.1.446).

Todas as hipóteses acima são de responsabilidade imposta pela lei, não de desconsideração. Porém, pode acontecer de a alienação ser apenas aparente (vez que o adquirente só responde pelos débitos anteriores à

10 BRASIL, *Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina*. Disponível em: < <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

11 Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

transferência que estiverem regularmente contabilizados), o que autoriza a desconsideração.

Portanto, quando há sucessão de empresas, para aplicação da teoria da desconsideração, é necessário que haja um liame mantendo as empresas unidas, como por exemplo, a identidade dos sócios e da atividade por elas desenvolvida.

7 A *HOLDING* E O GRUPO ECONÔMICO

As holdings (do verbo inglês *to hold*, que significa segurar), modelos de organização societária, têm se popularizado no Brasil. *Holding company* é uma pessoa jurídica constituída para ser titular de quotas ou ações de uma ou mais sociedades (MAMEDE; MAMEDE, 2013, p. 108). Pode ser classificada em pura, operacional ou mista, de consolidação, *parent holding*, ou intermediária (KOURY, 2011, p. 64).

A pura se caracteriza por ser constituída unicamente com a finalidade de participar de outras empresas; a operacional ou mista não só controla e participa, mas também desenvolve uma atividade própria; a de consolidação é criada para obter ações de subsidiárias preexistentes; a *parent holding* cria subsidiárias cuja finalidade é exercer atividade econômica e a intermediária é uma espécie de holding controlada por outra (KOURY, 2011, p. 64-65).

Por sua natureza, as *holdings* possibilitam a fraude em que o sócio controlador a utiliza para esconder seu patrimônio, retirando-o do alcance da partilha no caso de dissolução do vínculo conjugal.

Os grupos de empresas são uma forma de concentrar pessoas jurídicas distintas, mas economicamente unidas, o que permite alcançar uma maior produtividade e lucros maiores, pois a concentração diminui

os custos (KOURY, 2011, p. 62). O único requisito para ser considerado como grupo econômico é a unidade de direção.

Para Koury, o que justifica a desconsideração nos grupos de empresas, além dos requisitos da *disregard theory*, é a noção de controle, somada a um interesse comum.

8 AS OFFSHORES

Offshore company é como se chamam as pessoas jurídicas constituídas no estrangeiro. Porém, o termo é também empregado para se referir especificamente às sociedades constituídas nos paraísos fiscais, onde o regime fiscal ou societário é mais liberal.

Segundo Gladston e Eduarda Mamede (MAMEDE; MAMEDE, 2012, p. 174), não é ilícito constituir uma pessoa jurídica no exterior, mas por vezes as *offshores* são utilizadas para a prática de ilícitos e fraudes, pois possibilitam recolher menos tributos (as operações realizadas em território nacional são lançadas como ocorridas no estrangeiro, de modo a mascarar a ocorrência do fato gerador e assim, sonegar impostos à Receita Federal), além de viabilizar a liberdade de trânsito de capitais.

Para esses autores, outro aspecto que leva as pessoas mal intencionadas a constituir *offshores* é o sigilo proporcionado pela legislação alienígena concernente às sociedades. Em alguns países, a participação societária pode ser representada por títulos ao portador, o que obsta a identificação dos controladores e sócios; a constituição de *trusts* também dificulta a identificação do beneficiário final (MAMEDE; MAMEDE, 2013, p. 45).

9 OS ASPECTOS PROCESSUAIS: A CLASSIFICAÇÃO EM PARTE OU TERCEIRO?

O termo “parte” pode ser compreendido pela óptica processual ou material. Segundo Humberto Theodoro Júnior, em sentido material, parte é o sujeito da lide e no sentido processual, parte significa sujeito do processo, que “intervém no contraditório ou que se expõe às suas consequências dentro da relação processual” (THEODORO JUNIOR, 2013, 97-98).

Nem sempre a parte processual corresponde à material. Em vista disso, André Pagani de Souza sugere que “parte” pode ser entendido como “aquele que pede, aquele em cujo nome é pedida e aquele em relação ao qual se pede tutela jurisdicional” (SOUZA, 2011, 108).

Souza sustenta que, para o estudo da desconsideração da personalidade jurídica,

[...] esse conceito é o mais adequado porque os terceiros que interessam ao processo civil no qual se aplica a *disregard doctrine* são aqueles que, em certa medida, podem (ou devem) agir em juízo, mas que, por algum motivo, ainda não integraram o contraditório. Assim, saber como e quando esses terceiros podem atuar perante o juiz é problema que se propõe imediatamente depois de compreender a que título resolveu ele intervir no processo ou foi convocado para tanto (SOUZA, 2011, 108).

Terceiros são todos aqueles que não são parte no processo e podem ou não ter interesse jurídico; nesse sentido, aquele que sofrerá os efeitos da desconsideração sem ser parte no processo deve ser visto como terceiro interessado (SOUZA, 2011, P. 108). Souza afirma ainda

que:

No plano material, a *disregard doctrine* lida com a dificuldade de se ignorar a autonomia de alguém que é formalmente considerado parte na relação jurídica de direito material (sociedade) para alcançar a verdadeira parte na relação substancial (sócio). Tal dificuldade é superada por meio da observância de certos requisitos, conforme estabelecidos em lei (SOUZA, 2011, P. 119-120).

Essa perspectiva está em consonância com o entendimento jurisprudencial do STJ, para o qual a defesa do sócio citado que teve seus bens penhorados em razão de desconsideração é os embargos do devedor, e não de terceiro. E também está em acordo com o Novo Código de Processo Civil, como será visto adiante.

O mais corriqueiro na praxe forense é requerer a desconsideração na fase de cumprimento de sentença ou nos processos de execução, pois dificilmente o credor possui elementos de prova do abuso ou da confusão patrimonial logo na fase de conhecimento e geralmente se preocupa com a localização de bens somente depois que tem em mãos o título executivo judicial, ao passo que a transferência de bens costuma ocorrer assim que o devedor se dá conta da possibilidade de ser perdedor na lide ou quando percebe a iminência da execução.

Além disso, caso a parte já possua provas do abuso, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, o risco de se requerer a desconsideração logo na inicial é o de a fase de execução restar frustrada.

O Código de Processo Civil de 1973 não permite ao autor a alteração das partes (exceto as substituições previstas em lei), da causa de pedir ou do pedido após a citação; uma vez citado, tais modificações

podem ser feitas somente com o consentimento do réu, e desde que seja antes do saneamento do processo¹². Saneado o processo, alcança-se o que a doutrina chama de estabilização da demanda.

Porém, há exceções em que a estabilização da demanda pode ocorrer em momento posterior, como nas hipóteses de litisconsórcio ulterior (por exemplo, quando há cessão do crédito objeto do litígio, ou quando uma das partes falece).

A exceção da substituição legal de que trata o artigo 264 do CPC pode ser interpretada como não só as substituições autorizadas na lei processual, mas também as do direito material; portanto, ante a previsão do artigo 50 do Código Civil, a desconsideração não implicaria em infração ao princípio da estabilização da demanda (BIANQUI, 2011, p. 107).

Outro aspecto correlato a ser considerado é a coisa julgada; se a desconsideração se der na fase de cumprimento, poderá aquele que não foi parte na fase de conhecimento ter seus bens constrictados?

Segundo Bianqui, “por não ter realizado contraditório anteriormente, não se pode limitar o conteúdo da defesa do sócio, ou seja, não se aplicam a ele as restrições impostas pelo art. 475-L do Código de Processo Civil” (BIANQUI, 2011, p. 175).

Para o autor, essa amplitude do objeto de defesa se daria em face da possibilidade de assessoramento precário do réu na fase de conhecimento, ou da falta de discussão de pontos essenciais; deste modo, a defesa da pessoa cujo patrimônio será afetado pela desconsideração poderia envolver a negação da qualidade de responsável, a discussão

12 Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.

Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.

acerca da admissibilidade da desconsideração ou sobre a existência da relação jurídica principal (BIANQUI, 2011, p. 183).

Contudo, tal entendimento não condiz com a essência da *disregard doctrine*. Esta parte do pressuposto que a solvabilidade (seja do sócio ou da pessoa jurídica) do desconsiderado foi afetada em virtude do mau uso da personalidade jurídica.

Logo, a falta de oportunidade de exercer o contraditório em relação ao mérito resolvido na fase de conhecimento não implica em ofensa ao disposto no artigo 472 do Código de Processo Civil¹³ (correspondência: art.506 NCPC). Isto porque não haverá prejuízo efetivo, posto que eventual constrição de bens em nome de pessoa estranha à relação jurídica principal seria o mero retorno do patrimônio ao status quo ante; o que foi retirado deve ser devolvido para que a personalidade desconsiderada possa pagar ao seu credor.

Nesse mesmo sentido, Souza acrescenta outro motivo para não relativizar a coisa julgada: nas suas palavras, “não se pode dizer que o processo seja uma inteira ‘novidade’ para os integrantes da pessoa jurídica cuja personalidade está em vias de ser desconsiderada” (SOUZA, 2011, p. 195).

De fato, os sócios não são surpreendidos pela notícia da existência de um processo, pois para que os interesses da pessoa jurídica sejam defendidos, é necessário que seu representante legal outorgue a procuração a um advogado – logo, a ciência é suprida, podendo o sócio inclusive opor embargos de terceiro, de acordo com o artigo 674 do Novo Código de Processo Civil¹⁴.

13 Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

14 Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constitutivo, poderá requerer seu desfazimento

E no caso da desconsideração inversa isso é mais óbvio, pois quem se propõe a utilizar da pessoa jurídica para esconder seu patrimônio e assim, se furtar ao cumprimento de suas obrigações particulares, certamente não correria o risco de delegar a administração dela a quem possa se desfazer dos bens, retirando-os do alcance do verdadeiro proprietário.

Não faz sentido que aquele que sofrerá o bloqueio de bens através da desconsideração discuta a relação principal, já que a pessoa jurídica tem existência própria e não se confunde com a pessoa natural; uma vez que possui capacidade de contrair obrigações em nome próprio, é a legitimada a responder por elas. Por isso somente importa saber se houve abuso ou não, e qual a sua extensão.

E havendo abuso, o patrimônio daquele cuja solvabilidade foi reduzida deve ser reconstituído – ressalte-se, no limite daquilo que foi retirado indevidamente pela conduta abusiva – a fim de satisfazer o credor.

O contraditório, neste caso, existe e é diferido; nada obsta que o afetado pela desconsideração alegue matérias de ordem pública (as quais podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz, em razão de sua importância) através de exceção de pré-executividade.

Dilatar as matérias de defesa na fase de cumprimento, com a possibilidade de reexaminar o mérito, causaria insegurança jurídica, violaria o princípio da celeridade e da eficiência, além de causar mais prejuízos ao credor, que teria de pagar mais honorários ao seu procurador judicial para defender seus interesses sobre questões já decididas – como

ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.

[...]

§ 2º Considera-se terceiro, para ajuizamento dos embargos:

[...]

III - quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte;

aconteceria, por exemplo, se o “terceiro” ingressasse no processo (através do incidente) depois do executado e opusesse novos embargos à execução, ou se pudesse oferecer nova impugnação ao cumprimento de sentença.

Assim, com base nos pressupostos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, não haveria prejuízo ao exercício do contraditório, visto que o incidente de desconsideração é suficiente para que o “terceiro” comprove que não há motivos para desconsideração, ou se existem, poderá comprovar o limite em que o patrimônio de sua titularidade responderá.

10 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) vem suprir a falta de regulamentação sobre a aplicação da teoria da desconsideração no ordenamento jurídico brasileiro.

A matéria foi tratada no Título III (Da intervenção de Terceiros), Capítulo I (Da Assistência), Seção III (Da Assistência Litisconsorcial), Capítulo IV (Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica), nos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil:

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

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

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

Segundo o NCPC, para a desconsideração é necessária a

instauração de um incidente, com a devida oportunidade ao contraditório; durante a vigência do CPC de 1973, na prática a desconconsideração era requerida através de petição fundamentada indicando a ocorrência do abuso ou desvio de finalidade, às vezes instruída com documentos (ou somente apontando os indícios constatados ao longo do processo).

Na nova lei processual, para a instauração do incidente, é preciso que o pedido observe os pressupostos legais (como regra geral, se utiliza o art.50 do Código Civil). Além disso, há previsão expressa quanto à aplicabilidade da modalidade inversa do instituto.

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

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

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

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

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

No caso do artigo 134, a citação seria apenas para manifestar e requerer provas relativas ao incidente ou o sócio ou a pessoa jurídica deverão também oferecer sua defesa em relação ao processo principal?

De acordo com o Enunciado 248 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, “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”¹⁵.

Como visto, não há efetiva necessidade de impugnação dos outros pontos da causa (se a pessoa natural não se confunde com a jurídica, não há que se confundir os direitos e obrigações de uma com os da outra); por isso, não pode ser um dever, já que apesar de ser sujeito processual, não é sujeito material da relação jurídica discutida no processo. A possibilidade de impugnar os demais pedidos é mera faculdade. Ora, se o outro réu for revel e os pedidos principais forem julgados procedentes e o pedido de desconconsideração, improcedente, o terceiro perante a relação material não terá sua esfera patrimonial atingida, sendo irrelevantes os argumentos que pudesse expor quanto aos pedidos principais.

Tanto é que o Enunciado 248 do FPPC não tratou da hipótese de permitir questionar o mérito da decisão executada quando o incidente de desconconsideração se der na fase de cumprimento, nem sobre a possibilidade de opor embargos quando o incidente for instaurado no curso do processo de execução (isto é, se o executado original tiver oposto embargos à execução, e estes já tiverem transitado em julgado, as questões decididas podem ser reanalisadas?).

Quanto à suspensão do processo, Medina pondera que não é razoável suspender todo o processo por causa da instauração do incidente, sendo mais adequado que a suspensão seja restrita à questão da desconconsideração, a fim de não obstar a prática de outros atos executivos durante o desenrolar do procedimento (MEDINA, 2015, p. 227).

Diante do que já foi exposto, considerando a redação do enunciado

15 IV Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. *Carta de Belo Horizonte*. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/03/Carta-de-Belo-Horizonte.pdf> > Acesso em: 18 dez. 2015.

248 do FPPC, depreende-se que neste caso, a manifestação e a produção de provas seriam restritas ao incidente.

Medina assinala que, se a decisão acerca da desconsideração for proferida em sentença, junto aos demais pedidos, é cabível apenas o recurso da apelação (MEDINA, 2015, p. 228).

As hipóteses de fraude à execução foram elencadas no art. 792 do NCPC, cujo §3º dispõe que nas situações em que houver desconsideração, a fraude à execução se verifica a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar.

Não parece razoável que apenas as alienações ou onerações de bens ocorridas após a citação sejam ineficazes em relação ao requerente. Muitas vezes, principalmente nos casos de desconsideração inversa, a transferência de bens é efetuada antes mesmo da realização do negócio jurídico ensejador da execução; há pessoas que não possuem nada em seu nome, todos os seus bens são de titularidade da pessoa jurídica.

Acolhido o pedido de desconsideração, deveriam ser tidos como ineficazes em relação ao requerente as alienações ou onerações de bens havidas em razão do abuso ou da confusão patrimonial – ressalvando, é claro, os direitos de terceiros indiretamente afetados e que deverão ser ouvidos, como por exemplo, o credor fiduciário de bem onerado após a transferência indevida.

Verifica-se que o bloqueio de bens não será mais realizado imediatamente quando for deferida a desconsideração, como acontecia na prática forense durante a vigência do CPC de 1973. Seguindo a sistemática do Novo Código de Processo Civil, caso o credor sinta a necessidade de urgência na realização do bloqueio de bens da personalidade desconsiderada, deverá requerer a concessão de tutela de urgência.

O Novo Código de Processo Civil é um grande avanço para o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente em relação à desconconsideração da personalidade jurídica, visto que a falta de previsão no CPC/1973 gerava incertezas não só quanto ao procedimento a ser adotado para inclusão do terceiro, que posição ocuparia no processo, mas também em relação às defesas de que este poderia se valer.

CONCLUSÃO

A partir da origem do instituto da desconconsideração inversa da personalidade jurídica, foram estudados os seus desdobramentos nas teorias maior e menor, verificando-se que esta não guarda relação com a teoria original, por prescindir dos pressupostos de abuso, de fraude e de confusão patrimonial.

As leis brasileiras que tratam da desconconsideração, a qual se distingue dos casos em que a própria norma imputa diretamente a responsabilidade ao sócio ou outras empresas.

Constatou-se que a desconconsideração da personalidade jurídica tanto na sua modalidade direta quanto inversa, consagra os princípios da celeridade e da efetividade.

Permite-se a aplicação da modalidade inversa quando empregadas fraudulentamente, tendo sido analisada ainda a repercussão e posicionamento da jurisprudência.

Viu-se que aquele que responderá pela desconconsideração perante o processo é tido como terceiro perante a relação material; na relação processual, passa a ser considerado parte desde o momento em que for incluído por meio do incidente de desconconsideração, com a citação.

Perante a relação processual, é considerado litisconsorte

facultativo. Se requerida a desconsideração na petição inicial, o litisconsórcio será inicial; se requerida após a citação, será ulterior. A desconsideração pode se dar a qualquer momento no processo – seja na fase de conhecimento, de cumprimento de sentença ou nas execuções de títulos extrajudiciais.

A desconsideração posterior à citação do réu ou executado, bem como na fase de cumprimento de sentença, não interfere na estabilização da demanda nem na coisa julgada, pois o terceiro não é parte da relação material, apenas da processual, sendo que o incidente comporta dilação probatória suficiente e ainda, é possível a arguição de matérias de ordem pública, de modo que não há prejuízo ao contraditório.

Por fim, explorou-se que o Novo Código de Processo Civil traz vários esclarecimentos quanto à forma de aplicação da teoria da *disregard*, que será feita através de incidente e não mais por simples decisão interlocutória sem a ouvida do titular dos bens constritados, conforme era o entendimento jurisprudencial; conseqüentemente, o credor terá de pedir tutela de urgência para que o bloqueio de bens seja efetuado antes da decisão final sobre o incidente.

O NCPC está em consonância com o entendimento doutrinário apresentado, pois depreende-se do artigo 674 que o terceiro que sofre a desconsideração passa a ser visto como parte, exceto se não participou do incidente, caso em que sua defesa será os embargos de terceiro. Contudo, o NCPC poderia ser mais claro sobre todas as matérias de defesa de quem sofre os efeitos da desconsideração, a fim de se evitar decisões contraditórias ou desrespeito à coisa julgada.

REFERÊNCIAS

IV Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. **Carta de Belo Horizonte**. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/03/Carta-de-Belo-Horizonte.pdf> > Acesso em: 18 dez. 2015.

BRASIL, **Código de Defesa do Consumidor**. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 16 jun. 2015.

_____. **Código Civil**. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 jun. 2015.

_____. **Código de Processo Civil**. 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm >. Acesso em: 04 dez. 2015.

_____. **Lei n. 9.605 de 1998**. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 16 jun. 2015.

_____. **Lei n. 12.529 de 2011**. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 16 jun. 2015.

_____. **Código de Processo Civil**. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18 dez. 2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BIANQUI, Pedro Henrique Torres. **Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CORRÊA, Mariana Rocha. **A Eficácia Da Desconsideração Expansiva Da Personalidade Jurídica No Sistema Jurídico Brasileiro**. 2011. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/MarianaRochaCorrea.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (*Disregard doctrine*) e os grupos de empresas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Blindagem patrimonial e planejamento jurídico**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Divórcio, dissolução e fraude na partilha de bens: simulações empresariais e societárias**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. **Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PARENTONI, Leonardo Netto. **Desconsideração contemporânea da personalidade jurídica**: dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira. São Paulo. Quartier Latin. 2014.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de Direito e Fraude, através da Personalidade Jurídica**: Disregard Doctrine. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. **Curso de direito comercial**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1.

SALOMÃO Filho, Calixto. **O novo direito societário**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, André Pagani de. **Desconsideração da personalidade jurídica**: aspectos processuais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STJ. **Dissolução irregular da empresa não é suficiente para desconsideração da personalidade jurídica**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Dissolu%C3%A7%C3%A3o-irregular-da-empresa,-por-si-s%C3%B3,-n%C3%A3o-%C3%A9-suficiente-para-a-desconsidera%C3%A7%C3%A3o-da-personalidade-jur%C3%AD-dica>. Acesso em: 20 dez. 2015.

STJ. **Desconsideração de pessoa jurídica com base no Código Civil exige prova de abuso**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Desconsidera%C3%A7%C3%A3o-de-pessoa-jur%C3%AD-dica-com-base-no-C%C3%B3digo-Civil-exige-prova-de-abuso>. Acesso em: 20 dez. 2015.

STJ. **Quarta Turma permite que empresa conteste desconsideração da personalidade jurídica**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>

sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Quarta-Turma-permite-que-empresa-conteste-desconsidera%C3%A7%C3%A3o-da-personalidade-jur%C3%ADdica >. Acesso em: 20 dez. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil:** teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. 1.

Como citar: CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; SEGATTO, Antonio Carlos; SILVA, Naina Beatriz Ide da. “Disregard Doctrine”: a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 1, p. 150-187, abr. 2018. DOI: 10.5433/1980-511X2018v13n1p150. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 13/11/2016

Aprovado em: 02/03/2018