PEDRO HENRIQUE TORRES BIANQUI

**DESCONSIDERAÇÃO JUDICIAL DA PERSONALIDADE
JURÍDICA PELA ÓPTICA PROCESSUAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Departamento de Direito Processual como requisito
parcial para obtenção do Título de Mestre.

Orientador: prof. ANTONIO CARLOS MARCATO

Departamento de Direito Processual
Faculdade de Direito
Universidade de São Paulo
SÃO PAULO, 2010

S U M Á R I O

CAP. I: INTRODUÇÃO.....7

1. Enfoque multidisciplinar – plano de trabalho 7
2. A crise do sistema e a crise da função da pessoa jurídica..... 10

CAP. II: DESCONSIDERAÇÃO PELA ÓPTICA MATERIAL.....12

§ 2º. TEORIAS DESENVOLVIDAS.....12

3. Introdução 12
4. A teoria subjetivista de ROLF SERICK (*Durchgriff*) e de ULRICH DROBNIG
(*Haftungsdurchgriff*)..... 13
5. A teoria da aplicação das normas de MÜLLER-FREIENFELS 16
6. A teoria da responsabilidade orgânica (*Organhaftung*)..... 18
7. Notícias históricas da teoria no direito estrangeiro (Inglaterra, França, Itália)..... 19
8. O surgimento da teoria na doutrina brasileira 28
9. “Desconsideração” legal x desconsideração judicial 31
10. Personalidade jurídica perante o direito material 32
11. Terminologia correta 37
12. Conceito de desconsideração – responsabilidade e não obrigação..... 39

§ 3º. HIPÓTESES DE DESCONSIDERAÇÃO.....42

13. Atributiva (*Zurechnungsdurchgriff*) 42
14. Confusão 44
15. Fraude e abuso 46
16. Desconsideração em benefício do sócio 47
17. Desconsideração inversa..... 48
18. Subcapitalização 50

19. Desconsideração sucessiva e <i>per saltum</i>	51
20. A positivação da teoria no direito brasileiro e o <i>microsistema</i> do Código de Defesa do Consumidor.....	52
§ 4º. AS PESSOAS JURÍDICAS QUE PODEM SER DESCONSIDERADAS E OS SÓCIOS QUE PODEM SER ATINGIDOS	58
21. Introdução	58
22. Associações.....	58
23. Fundações	59
24. Fundos de investimentos.....	60
25. Sociedade simples.....	61
26. Cooperativas	62
27. Sociedade em nome coletivo	63
28. Sociedade em comandita simples	64
29. Sociedade limitada.....	65
30. Sociedade em comandita por ações	67
31. Sociedade anônima	68
32. Sociedade de economia mista.....	69
33. Empresa pública.....	70
34. Sociedade unipessoal (<i>one-man company</i>).....	71
35. Sociedade conjugal e entre cônjuges e terceiros.....	72
36. Grupos econômicos	74
37. Os sócios que podem ser atingidos pela desconsideração	76
 <u>CAP. III: DESCONSIDERAÇÃO PELA ÓPTICA PROCESSUAL</u>	<u>78</u>
 § 5º. DESCONSIDERAÇÃO E OS INSTITUTOS PROCESSUAIS – TÉCNICAS PROCESSUAIS.....	78
38. Desconsideração, processos (inclusive arbitral) e procedimentos.....	78
39. Regras de competência, conflito positivo e desconsideração.....	82
40. Os elementos da demanda	85

41. Os elementos da demanda e a desconsideração (I): partes	87
42. Os elementos da demanda e a desconsideração (II): <i>causa petendi</i>	90
43. Os elementos da demanda e a desconsideração (III): <i>petitum</i> e sua cumulação (cúmulo <i>simples</i> e cúmulo <i>condicional</i>)	92
44. Estabilização da demanda e desconsideração da personalidade jurídica.....	96
45. Não se trata de <i>sucessão</i> nem de <i>substituição</i> processual	101
46. Legitimados a pedir a desconsideração e o interesse.....	104
47. Impossibilidade de desconsideração <i>ex officio</i>	106
48. Necessidade de demanda autônoma?.....	109
49. Contraditório e pronunciamento judicial antes de invasão patrimonial	112
§ 6º. LITISCONSÓRCIO E INTERVENÇÃO DO SÓCIO	115
50. Admissibilidade do litisconsórcio e desconsideração.....	115
51. Quatro hipóteses de litisconsórcio e desconsideração	118
52. Ainda as possibilidades litisconsorciais: litisconsórcio facultativo <i>sucessivo</i> , <i>eventual</i> e <i>alternativo</i>	120
53. Possibilidade de intervenção.....	123
54. Chamamento ao processo	124
55. Denúnciação da lide.....	127
56. Assistência	130
57. Nomeação à autoria	132
58. Oposição	134
59. Recurso de terceiro prejudicado	135
60. O ônus da prova é de quem busca a desconsideração	138
§ 7º. DESCONSIDERAÇÃO E OS ATOS JUDICIAIS	144
61. Natureza do ato que desconsidera a personalidade jurídica (motivação <i>suficiente</i> imprescindível)	144
62. Recursos cabíveis e momentos adequados	146
63. Quem é legitimado em recorrer	148
64. Conteúdo do ato judicial que desconsidera a personalidade jurídica	149

65. Desconsideração e interrupção da prescrição	154
§ 8º. DESCONSIDERAÇÃO NA TEORIA DA EXECUÇÃO CIVIL.....	158
66. Na óptica processual: desconsideração é caso de responsabilidade patrimonial.....	158
67. Aplicação integral do art. 592, inc. II e aplicação parcial do art. 596, ambos do Código de Processo Civil	160
68. Os acessórios (despesas processuais, abuso do processo, honorários, multa do art. 475-J <i>etc.</i>) e a responsabilidade do sócio.....	163
69. Limites subjetivos da coisa julgada, o título executivo e o atingido pela desconsideração	165
70. Ordem de penhora do art. 655 do Código de Processo Civil e desconsideração da personalidade jurídica	168
71. Formas de defesa do sócio na execução antes da citação ou comparecimento espontâneo	168
72. Formas de defesa do sócio na execução depois da citação.....	171
73. Outras defesas (objeção de pré-executividade, embargos de segunda fase, meios impugnativos autônomos).....	172
74. O conteúdo da defesa do sócio na impugnação (inaplicabilidade do art. 475-L do Código de Processo Civil)	173
75. As fraudes do devedor (sociedade) e do responsável (sócio)	174
76. Fraude contra credores.....	175
77. Fraude à execução.....	177
78. Alienação de bem já constrito.....	180
<u>CAP. IV: ENCERRAMENTO.....</u>	<u>181</u>
§ 9º. DESFECHO	181
79. Conclusões.....	181
<u>CAP. V: BIBLIOGRAFIA</u>	<u>183</u>

RESUMO.....195

ABSTRACT.....197

DESCONSIDERAÇÃO JUDICIAL DA PERSONALIDADE JURÍDICA PELA ÓPTICA PROCESSUAL

CAP. I: INTRODUÇÃO

§ 1º. Apresentação

1. Enfoque multidisciplinar – plano de trabalho

A presente dissertação visa a expor a teoria da desconsideração da personalidade e a repercussão dela dentro dos diversos institutos processuais. Com a consolidação e amadurecimento da ciência processual, ganham força e rigor trabalhos *multidisciplinares*. A partir de determinado fenômeno de direito material, estudar-se-á qual a projeção dele dentro do processo.¹

Além de diversos e importantes artigos sobre o tema da influência da desconsideração da personalidade jurídica no processo civil, são substanciais duas obras acadêmicas brasileiras que tratam do mesmo assunto que será agora tratado. A primeira é de GILBERTO GOMES BRUSCHI, que faz uma análise mais ampla no que tange à projeção da teoria da desconsideração no processo, especialmente “uma abordagem sobre o princípio do contraditório e da ampla defesa, bem como da efetividade do processo e seu paralelo com a desconsideração”.² A segunda é de ANDRÉ PAGANI DE SOUZA, que após analisar a teoria sob a óptica do direito material,

¹. A desconsideração da personalidade jurídica *em si* é um fenômeno tipicamente de direito material, mas sua repercussão em institutos como ação, defesa, competência, responsabilidade patrimonial, título executivo *etc.*, fazem com que se trate de *direito processual material*. Isso porque, “é inerente ao direito processual material a convergência de normas substanciais e processuais a disciplinar os institutos, em si mesmos processuais, que preenchem as faixas de estrangulamento existentes entre os dois planos do ordenamento jurídico”, in CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, I, n. 6, p. 48.

². *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*, n. 1, p. 1.

aprofunda-se nas formas de ingresso do sócio no processo, sua defesa e a relação do conceito processual de parte e de terceiro com a desconsideração.³ Trata ele também da necessidade ou não de demanda autônoma para que haja a desconsideração, se é preciso pedido, a possibilidade ou não de regresso à pessoa jurídica após o sócio ter seus bens constrictos *etc.* A presente dissertação tratará desses temas, que são essenciais para a projeção da desconsideração no processo civil, e que precisarão ser enfrentados. Mas buscará ir além. Alguns assuntos que não foram tratados nessas duas obras serão aqui abordados. Por exemplo: análise da desconsideração sob a perspectiva dos diversos modelos societários, o trato da desconsideração nos diversos processos e procedimentos (inclusive arbitral) do direito brasileiro, questões de competência ligadas à desconsideração, de prescrição, *onus probandi*, a responsabilidade ou não daquele que sofreu a desconsideração pelo custo do processo (acessórios: honorários, multas, despesas *etc.*), entre outras questões. Também os temas por eles analisados serão estudados e em alguns momentos se chegará a conclusões diversas das que esses respeitáveis autores chegaram mas em outros se concordará com as proposições deles.

A dissertação tratará primeiro da desconsideração da personalidade jurídica sob a óptica material. Serão analisadas *as teorias desenvolvidas*, o seu nascer e as notícias históricas dela no direito estrangeiro. A intenção não será demonstrar qual é a situação da teoria hoje mas sim mostrar sob quais premissas ela foi alicerçada. Isso é importante porque a prática forense em algum grau tem distorcido da teoria, na medida em que a desconsideração para fins de responsabilidade sempre foi tratada como requisito excepcional (requisito da *regra-exceção*, trazido por ROLF SERICK – *infra*, n. 4). Será noticiado também o surgimento da teoria no Brasil, as hipóteses em que a própria lei incumbe de imputar diretamente a responsabilidade ao sócio, casos esses que não são autêntica desconsideração da personalidade jurídica (*infra*, n. 9). Depois brevemente será visto o requisito da personalidade jurídica pela óptica do direito material (*infra*, n. 10), para se demonstrar que a desconsideração em nada lhe afeta. Ou seja, com a desconsideração não se anula a pessoa jurídica. Será analisada também a terminologia correta para a desconsideração (*infra*, n. 11) e qual o seu conceito (*infra*, n. 12). Essa questão é bem importante, na medida em que a desconsideração da personalidade jurídica envolve responsabilidade (*Haftung*) e não obrigação (*Schuld*).

³. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, nn. 3.1-3.7.4, pp. 71-151.

Depois se passará à análise das *hipóteses de desconsideração*. Serão vistas as hipóteses comumente aceitas na doutrina e os lugares legislativos em que a desconsideração está alicerçada. Em seguida, serão pormenorizadas as *pessoas jurídicas que podem sofrer desconsideração e os sócios que podem ser atingidos*. A dissertação não tem como objeto a análise do instituto *pessoa jurídica*, tampouco dos diversos tipos societários. Serão analisados tão-somente como se relacionam essas modalidades com a desconsideração da personalidade jurídica.

Passar-se-á então ao estudo da desconsideração da personalidade jurídica pela óptica do direito processual civil, sobretudo a *desconsideração para fins de responsabilidade (Haftungsdurchgriff)*, que é aquela que tem projeção cotidiana no processo civil. Serão vistas *as técnicas processuais adequadas para a desconsideração*, com análise sobre os diversos tipos de processos e procedimentos no rico sistema brasileiro. Logo mais será também analisada *a desconsideração sob os diversos institutos processuais*: a sua relação com as partes, a *causa petendi*, o *petitum* e seu cúmulo (*infra*, nn. 41-43). Além do que, será enfrentado e superado o tema da desconsideração com a estabilização da demanda, ou seja, como se relaciona o ingresso do sócio quando a demanda já está subjetiva e objetivamente estabilizada. Depois se passará ao tema da necessidade ou não de demanda autônoma para que ocorra a desconsideração, se ela pode ocorrer *ex officio* (*infra*, n. 47) e a obrigatoriedade do contraditório e pronunciamento judicial antes de qualquer constrição do patrimônio do sócio (*infra*, n. 49).

Logo em seguida se passará ao tratamento da *desconsideração com a intervenção do sócio*: as modalidades e possibilidade de intervenção, as formas litisconsorciais e de quem é o *onus probandi* quando o assunto é desconsideração.

O outro título tratará da *desconsideração e os atos judiciais*: a natureza do ato que desconsidera, os recursos cabíveis e momentos adequados, quem é legitimado em recorrer (se a pessoa jurídica ou o sócio), o conteúdo do ato e a questão da prescrição ligada à desconsideração da personalidade jurídica.

A dissertação tratará também da *desconsideração na teoria da execução civil*. Nesse título será afirmada a aplicabilidade integral do art. 592, inc. II, do Código de Processo Civil, e parcial do art. 596. *Parcial* porque o sócio não tem regresso

contra a sociedade. Será visto também que o sócio não é responsável pelos acessórios processuais; formas de defesa do sócio antes e depois de sua citação; outras formas de defesa; se ao sócio se aplicam as restrições do art. 475-L do Código de Processo Civil; e as possíveis fraudes que o responsável pode cometer.

Por fim, o resumo das *conclusões* teóricas será feito no capítulo que trata do desfecho da dissertação.

As afirmações e conclusões expostas serão, quando possível e especialmente no capítulo que trata das questões processuais, ilustradas com julgados do Superior Tribunal de Justiça. Ao longo das notas de rodapé da dissertação foram citadas dezenas de julgados da Corte que tem a missão de uniformizar a interpretação da legislação federal infraconstitucional brasileira. Por se tratar de um trabalho acadêmico, os julgados citados *não* servirão para formar as premissas teóricas da dissertação. Servirão apenas para enriquecer o texto, seja para concordar com a posição daquela Corte mas também para discordar, quando os fundamentos acadêmicos mostrarem-se discrepantes com a prática daquele Tribunal.

2. A crise do sistema e a crise da função da pessoa jurídica

LAMARTINE CÔRREA corretamente afirma que há duas crises que atingem a pessoa jurídica.

A *crise do sistema* consiste na dúvida entre o que é e o que não é dotado de personalidade jurídica. Ou seja, há “uma tendência à quebra do *numerus clausus* em matéria de tipos de pessoas jurídicas e a uma aplicação do conceito a realidades tradicionalmente consideradas como excluídas do âmbito de normas regradoras das pessoas jurídicas”,⁴ como são a massa falida, sociedade de fato *etc.*

Já a *crise de função* tem em seu clímax a desconsideração da personalidade jurídica, na medida em que ela demonstra um desvio de um instituto criado para limitar a responsabilidade e servir como instrumento da pessoa natural.⁵

⁴. A *dupla crise da pessoa jurídica*, p. 8.

⁵. A *dupla crise da pessoa jurídica*, p. 608.

Mas ao mesmo tempo serve para evitar novos casos de desvio e impedir que se façam interpretações equivocadas de fenômenos criados pelo ordenamento jurídico. Interpretações que o homem dá e que podem causar prejuízos ilegítimos a outrem e ao próprio sistema jurídico. Como está na teoria de SERICK (*infra*, n. 4), a teoria da *Durchgriff* foi criada para se dar “maior atenção ao elemento *ético* na análise e interpretação do direito”.⁶ Especialmente a desconsideração para fins de responsabilidade serve para que a equação *risco-proveito* não seja benéfica àquele que visa a deturpar o ordenamento.

A dissertação tratará de diversos assuntos que buscam a desequilibrar para o sócio que sofreu a desconsideração o *proveito* em algum evento que a autorize, porque o *risco* poderá ser considerável. Um ponto interessante que restará demonstrado no decorrer da dissertação e que comprova essa afirmação é o do que, em algumas circunstâncias, ocorrerão determinados *efeitos substanciais* da litispendência ao sócio da demanda proposta contra a sociedade. Isso porque, a alienação pelo sócio de bem seu após a citação de demanda movida à pessoa jurídica pode significar *fraude à execução* (*infra*, n. 77). Outra consequência daquela afirmação é a de que, na *arbitragem*, os efeitos da cláusula compromissória se estendem ao sócio e o árbitro poderá desconsiderar a personalidade jurídica nessa seara, ainda que de forma limitada (*infra*, n. 38). E também a interrupção da prescrição (*infra*, n. 65).

Esses e outros temas serão tratados logo a seguir.

⁶. *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 608.

CAP. II: DESCONSIDERAÇÃO PELA ÓPTICA MATERIAL

§ 2º. Teorias desenvolvidas

3. Introdução

Antes de se afirmar em que contexto a desconsideração da personalidade jurídica está inserida e defini-la, é preciso analisar as teorias desenvolvidas a partir da prática forense⁷ e extrair de cada doutrina a contribuição para o desenvolvimento do instituto. Isso é importante para demonstrar a evolução teórica da desconsideração, principalmente pelo direito alemão, o primeiro a elaborar teses jurídicas sobre o assunto. É importante também dissertar sobre as notícias históricas dessa teoria no direito estrangeiro, ou seja, sob quais premissas teóricas ela foi construída em outros países, especialmente na Inglaterra, França e Itália. Depois como surgiu a desconsideração no direito brasileiro, a análise da teoria a partir de quem pode aplicá-la. Também é pertinente verificar a teoria a partir da óptica da personalidade jurídica material, ou seja, com base na evolução da teoria acerca do instituto *pessoa jurídica*.

Toda essa análise prévia é importante para se chegar ao conceito de desconsideração, que será tratado no final desse título.

⁷. O desenvolvimento de uma teoria a partir da prática forense pode gerar consequências perigosas, na medida em que podem acontecer casos idênticos com soluções distintas. Esse alerta é feito por Lord LAWRENCE GOWER, ao alertar para o risco de uma justiça de república das bananas (*palm-tree justice*), in *Principles of modern company law*, p. 138.

4. A teoria subjetivista de ROLF SERICK (*Durchgriff*) e de ULRICH DROBNIG (*Haftungsdurchgriff*)

A teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica surgiu nos tribunais norte-americanos e ingleses em uma época em que o *Reichsgericht* alemão se iniciava⁸ e era necessário buscar caminhos para uma nova realidade econômica.⁹ Trata-se portanto de um típico instituto surgido de modo empírico. Mas logicamente que o senso científico alemão não se satisfaz com esse casuísmo e postulou algumas fórmulas teóricas. O alemão REHBINDER afirma haver três grandes grupos doutrinários acerca da desconsideração da pessoa jurídica.¹⁰ O primeiro é da chamada teoria subjetiva, desenvolvida por ROLF SERICK¹¹ (consoante anotado por REHBINDER, esse foi o fundador da moderna teoria de *Durchgriff*) e defendida ulteriormente por ULRICH DROBNIG.

A partir de julgados norte-americanos e alemães, SERICK define sua teoria por meio do dualismo *regra-exceção*. A *regra* é a autonomia patrimonial da pessoa jurídica e a *exceção* é a desconsideração dessa autonomia. E para que a exceção se sobressaia à regra é necessário que haja o intuito de *fraude à lei*¹² ou *fraude ao contrato*, ou seja, é necessário que haja a prática de algum ato repudiado pelo sistema. Sem *intenção* não há desconsideração da personalidade jurídica e daí sua teoria ser chamada de *teoria subjetivista*.¹³ SERICK também não faz diferenciação entre

⁸. Essa era a denominação da então Suprema Corte alemã (hoje chamada *Bundesgerichtshof*).

⁹. LAMARTINE CÔRREA lembra obras clássicas norte-americanas nessa época, de DOUGLAS AND SHANKS (1.929) e LATTY (1.936), in *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 294.

¹⁰. ECKARD REHBINDER, *Konzernausserrecht und allgemeines Privatrecht*, pp. 94-97.

¹¹. Em sua clássica obra de doutoramento denominada *Rechtsform und Realität juristischer Personen – Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person*. Antes havia na Alemanha outras obras que trataram brevemente sobre o assunto mais para dar enfoque ao conceito de pessoa jurídica e não para tratar metodologicamente da sua desconsideração. LAMARTINE CÔRREA cita duas obras: a conferência de MARTIN WOLFF e o livro de HEINZ RHODE, in *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 297. SERICK, no entanto, não se preocupou com o conceito de pessoa jurídica mas parte da premissa de que a pessoa jurídica é um fenômeno criado pelo ordenamento jurídico positivo para finalidades preestabelecidas.

¹². Ocorre fraude à lei quando “una forma giuridica viene utilizzata per scopi non rientranti tra quelli per i quali essa fu creata e, tale utilizzazione viene dalla legge stessa, esplicitamente o implicitamente, disapprovata”, ROLF SERICK, *Forma e Realtà della persona giuridica*, nota 54, p. 25.

¹³. Um exemplo que demonstra bem o subjetivismo da teoria de SERICK. À indagação se a venda de todas as quotas de uma sociedade de responsabilidade limitada, cujo patrimônio é formado exclusivamente por um imóvel, deve ser equiparada à venda do imóvel (há claras distinções claras no trato dos tributos etc.), SERICK responde que a resposta está no intuito ou não de fraude à lei. Se sim, é claramente possível que se *desconheça* a pessoa jurídica.

sociedades unipessoais ou pluripessoais e por isso sua teoria também é chamada de *unitária*, porque qualquer que seja a espécie jurídica em discussão o problema para ele sempre será o mesmo.

Ele traça quatro princípios, sintetizados a partir de sua larga pesquisa sobre o tema. O *primeiro princípio*¹⁴ é o de que *abuso*, na sua visão, é a utilização da pessoa jurídica com o nítido intuito de furtar-se de uma obrigação. Não há questionamentos acerca do instituto da pessoa jurídica e tampouco da separação entre os patrimônios. Tão somente ignora-se a separação entre as pessoas, porque quem a utilizou indevidamente não merece esse benefício. Como não há pessoa jurídica sem uma pessoa natural que aja em seu nome, é justamente essa aparência de agir que se leva em consideração para a aferição de abuso. O *segundo princípio* formulado por SERICK é no sentido de que é impossível desconhecer a autonomia subjetiva da pessoa jurídica somente para tentar atingir o escopo de uma norma ou a causa objetiva de um negócio jurídico, admitindo, entretanto, que esse princípio pode sofrer exceções para dar eficácia ao sistema, como (a) no caso da lei societária que estipula determinada responsabilidade ao sócio, independentemente de abuso,¹⁵ ou (b) em caso de guerra, quando se desconhece a autonomia subjetiva da pessoa jurídica para se averiguar a nacionalidade dos seus sócios, no intuito de classificá-la como sociedade como *inimiga* ou *nacional*. Explica o autor que a aplicação dessas regras de direito societário são mais importantes do que a autonomia entre os entes. De acordo com o *terceiro princípio*,¹⁶ como regra, todas as normas aplicáveis às pessoas naturais aplicam-se também às pessoas jurídicas (desde que com essas últimas compatíveis, é claro). Porque segundo SERICK, o legislador criou as pessoas jurídicas como sujeitos de direitos assemelhados aos seres humanos. Por fim, o *quatro e último princípio* diz que pode haver a desconsideração da pessoa jurídica para atingir quem

¹⁴. Diz ele, textualmente: “se si abusa della forma della persona giuridica il giudice può, al fine di impedire che venga raggiunto lo scopo illecito perseguito, non rispettare tale forma, allontanandosi quindi dal principio della netta distinzione tra sócio e persona giuridica”. ROLF SERICK, *Forma e realtà della persona giuridica*, p. 275.

¹⁵. “Non è possibile disconoscere l’autonomia soggettiva della persona giuridica, solo perchè, altrimenti, non si realizzerebbe lo scopo di una norma o la causa oggettiva di un negozio giuridico. Questo principio può, però, ammettere eccezioni di fronte a norme di diritto societário la cui funzione è tanto fondamentale da non ammettere una, neppure indiretta, limitazione della propria efficacia”. ROLF SERICK, *Forma e Realtà della persona giuridica*, p. 281.

¹⁶. Diz SERICK sobre esse princípio: “anche norme basate su attributi o capacità o valori umani possono trovare applicazione nei confronti di una persona giuridica, quando non vi sia contraddizione tra lo scopo di queste norme e la funzione della persona giuridica. In questo caso, se necessario, è possibile, per determinare i presupposti normativi, far riferimento alle persone fisiche che agiscono attraverso la persona giuridica”. ROLF SERICK, *Forma e Realtà della persona giuridica*, p. 287.

realmente foi parte no negócio; ignorando-se, assim a formalidade por ele apresentada.¹⁷ Ou seja, poderá haver a desconsideração da pessoa jurídica quando esta realizar um determinado negócio jurídico com um integrante seu, para evitar que haja uma confusão. Assim, se é um sócio que devia realizar determinado negócio e quem o realiza é a pessoa jurídica, poderá haver a sua desconsideração.

Logo em seguida, ULRICH DROBNIG seguiu a mesma linha do *bahnbrechende*¹⁸ SERICK e tratou de um dos aspectos da *Durchgriff*, a *Haftungsdurchgriff*. Ou seja, limitou-se DROBNIG a tratar da desconsideração para fins de responsabilidade.¹⁹ Ele traça uma premissa fundamental da separação conceitual entre personalidade jurídica e limitação da responsabilidade²⁰ e isso fornece ao autor maior precisão terminológica.

Também a partir de análise jurisprudencial, DROBNIG classifica a desconsideração para fins de responsabilidade (*Haftungsdurchgriff*) em quatro formas: a primeira seria o credor de uma sociedade de capital²¹ buscar atingir a esfera patrimonial do sócio²² (*penetração direta*); a segunda seria quando um credor do

¹⁷. “Se attraverso la forma della persona giuridica si cela il fatto che le parti di un determinato negozio sono, in realtà, lo stesso soggetto, è possibile disconoscere l’ autonomia soggettiva della persona giuridica, quando si deve applicare una norma basata sulla effettiva e non anche sulla solamente giuridico-formale differenziazione o identità delle parti del negozio giuridico”. ROLF SERICK, *Forma e Realtà della persona giuridica*, pp. 292-293.

¹⁸. Expressão utilizada pelo próprio ULRICH DROBNIG, que denota bem a idéia de *desbravador* que foi SERICK.

¹⁹. ULRICH DROBNIG, *Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften*, p. 5.

²⁰. ULRICH DROBNIG, *Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften*, pp. 19 ss. LAMARTINE CÔRREA adverte que esse pensamento não era dominante na doutrina alemã da época, in *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 332.

²¹. Como adverte PIERO VERRUCOLI, na Alemanha e Itália as sociedades de pessoas não possuem personalidade jurídica, in *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common Law e nella civil Law*, pp. 58 ss.

²². Seriam esses os fundamentos da responsabilidade, segundo DROBNIG: a unidade das quotas e a identidade de membros da administração; desrespeito às formas societárias (esse rigoroso requisito, afirma DROBNIG, não pode ser considerado autonomamente como fator para a penetração); mistura de negócios e valores patrimoniais da sociedade e dos sócios, controle ou domínio de uma sociedade por outra (DROBNIG também entende que não se deve considerar esse fator por si só como suficiente para a penetração, somente quando haja mistura de esfera ou uma *sucção* do patrimônio da sociedade pelo sócio ou sociedade dominante); insuficiente dotação de capital e disfarçado esvaziamento do capital e extinção ou paralisação das atividades da sociedade. Mas há alguns limitadores, como é o caso da solvência da sociedade (deve-se sempre ter em mente a regra da autonomia patrimonial, o que traz a idéia da *Haftungsdurchgriff* como um critério subsidiário, que DROBNIG parece adotar); a pretensão do credor, pois pode haver casos em que este tenha feito uma renúncia tácita, já que sabia do estado da sociedade, como pode acontecer com credores a título de mútuo ou grandes fornecedores, por exemplo; e o terceiro limitador seria o interesse dos credores dos sócios, que poderiam ter diminuída sua chance de satisfação do seu crédito porque surgiriam novos credores dele (mas DROBNIG ressalta que se um sócio teve seu patrimônio aumentado por comportamento ilícito,

sócio busca atingir o patrimônio da sociedade de capital²³ (*penetração indireta*); a terceira forma seria na hipótese de falência (ou insolvência, em sentido amplo) da sociedade de capital, em que é vedado ao sócio-credor valer a sua pretensão contra a sociedade, para com isso se proteger dos demais credores sociais (*penetração limitada direta*); e a quarta forma seriam leis especiais que estipulam responsabilidade pessoal dos sócios (*penetração especial*).²⁴

DROBNIG ressalta que a penetração para fins de responsabilidade pode ser fundamentada em dispositivos legais (como é o § 826 do BGB)²⁵ ou nos princípios jurídicos de caráter geral, como é a tentativa de se evitar o abuso de direito (*Rechtsmissbrauch*).

5. A teoria da aplicação das normas de MÜLLER-FREIENFELS

WOLFRAM MÜLLER-FREIENFELS publicou artigo no qual elogia a obra de SERICK, especialmente por ter tentado sistematizar o tema da desconsideração. Mas apresenta algumas divergências em pontos fundamentais em relação ao *desbravador* da teoria. Para o crítico, as pessoas jurídicas não possuem valor próprio e que elas não existiriam por elas mesmas. Critica ele fortemente também a idéia de jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*).

Mas a primeira crítica que ele faz a SERICK, como lembra LAMARTINE CÔRREA, é a total distinção entre as pessoas naturais e jurídicas.²⁶

não é razoável que o credor pessoal tenha sua expectativa de recebimento aumentada enquanto o credor social vê sua chance diminuir), in *Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften*, pp. 60 ss. Para maiores esclarecimentos, *cfr.* profundo estudo feito por LAMARTINE CÔRREA, in *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 332.

²³. Mas não é indiscriminadamente que pode o credor pessoal utilizar a penetração indireta, porque ele tem à sua disposição a penhora da parcela do capital social pertinente ao sócio devedor ou mesmo o pedido de liquidação da sociedade. Mas como se trata de medida demorada, deve-se levar em consideração o risco do valor do patrimônio social diminuir drasticamente. Havendo esse risco, segundo DROBNIG, autoriza-se a penetração indireta. In *Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften*, pp. 68 ss.

²⁴. ULRICH DROBNIG, *Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften*, pp. 24 e 25.

²⁵. Ou, para o Brasil, o art. 927 do Código Civil.

²⁶. Como assevera LAMARTINE CÔRREA, para “Müller-Freienfels, a pessoa jurídica seria apenas uma expressão cômoda, abrangente de determinadas unidades, ‘símbolo adequado’, síntese ideal de tipos, relações e normas, imagem de representação facilmente apreensível, abreviatura construtiva, conceito puramente técnico-jurídico, construção de ponto de imputação jurídica”, in *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 359. Essas afirmações demonstram claramente o normativismo do professor de Frankfurt.

SERICK tem a premissa fundamental de utilizar a doutrina da penetração como exceção à regra. Isso porque, “a colocação em paralelo da pessoa natural e da pessoa jurídica seria postura meramente conceitualística que não atenderia às necessidades da problematização e da colocação clara e prática dos problemas”.²⁷ SERICK, como já acima exposto, não fez uma teoria da pessoa jurídica, pois partiu de uma premissa ulterior, e MÜLLER-FREIENFELS critica duramente o *unitarismo* do primeiro autor.

Mas não só de críticas teóricas serviu-se WOLFRAM MÜLLER-FREIENFELS. A crítica feita da negação de uma *suposta identidade* entre as pessoas jurídicas e pessoas naturais é pertinente, porque cada um vive um microsistema distinto. Vê-se facilmente que é inimaginável supor que uma pessoa natural vá renunciar a sua busca por lucro futuro, enquanto que para a pessoa jurídica isso é mais do que claro (como é o caso das associações, por exemplo). O campo de atuação das pessoas jurídicas tem valor nitidamente no campo dos *direitos patrimoniais* e o trato da pessoa natural é dirigida à sua proteção e desenvolvimento, com claras proteções espirituais e corporais.²⁸ Além do mais, nem mesmo dentro do microsistema das pessoas jurídicas as relações e características seriam iguais, pois há nítidas distinções entre a limitação da responsabilidade, unidade patrimonial, formação de vontade, nome *etc.* E o mais interessante é que essa *multivocidade* (LAMARTINE CÔRREA) não existe somente em relação aos diversos tipos legais mas dentro de um mesmo tipo. O exemplo demonstra bem que mesmo em uma sociedade limitada há distinções se ela for unipessoal, se for uma mera administração de um grupo ou se for uma ordinária, normal. É por isso que MÜLLER-FREIENFELS sugere a *análise de interesse*, porque é essencial para a imputação à sociedade “do conhecimento de fatos (conhecidos pelo sócio ‘dominante’ embora eventualmente não pelo gerente ou ‘órgão’ social) ou de relações de parentesco para os efeitos da problemática falimentar”.²⁹

MÜLLER-FREIENFELS critica até mesmo a prova do desejo consciente de fraude à lei proposto por SERICK. Adere MÜLLER-FREIENFELS à teoria objetiva de fraude à lei, segundo a qual bastariam alguns critérios predeterminados para se verificar

²⁷. LAMARTINE CÔRREA, in *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 358.

²⁸. LAMARTINE CÔRREA, in *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 360.

²⁹. LAMARTINE CÔRREA, in *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 362.

a transgressão ao ordenamento jurídico.³⁰ Mas ele mesmo reconheceu que esse é um problema de *natureza interpretativa*, porque não há uma fórmula genérica irrestrita para exigir ou dispensar o elemento subjetivo. É necessário interpretar teleologicamente a lei, para se averiguar quais valores reais a norma persegue na ordem jurídica e econômica, quais valores são maiores que a lei, os interesses a serem protegidos, qual a finalidade da norma, qual o *direito mais forte*. Prefere então ele, em vez de traçar princípios nos quais só haveria desconsideração se houvesse desejo consciente de fraudar a lei ou violação a normas fundamentais de direito societários, as quais nem indiretamente poderiam ser violadas (como afirma ROLF SERICK, no segundo princípio por ele sugerido), sugerir a noção de *ordem pública* e a de *finalidade da norma* como os critérios guiadores da teoria. Mas em algo ambos os doutrinadores alemães concordam: a violação pela pessoa jurídica dos princípios da ordem econômica ensejaria a sua desconsideração, porque é temerário manter a sua eficácia perante os mesmos princípios econômicos que a reconheceram. Por isso MÜLLER-FREINFELS entende que no fundo todos os problemas estudados por ROLF SERICK são em realidade problemas de aplicação das normas.

6. A teoria da responsabilidade orgânica (*Organhaftung*)

Essa teoria tenta por fim à *Durchgriff*, ao dispor que a pessoa jurídica e seus sócios formam um *ideales Ganzes*, ou seja, um todo ideal. Os sócios são então encarados como membros-órgãos das sociedades limitadas e assim deve ser encarada a sua responsabilidade. O exercício dos direitos de direção e sua coordenação gerencial influenciam diretamente na atividade empresarial. Portanto, se os cuidados dos *Organmitglieder* (órgãos-membros) não foram levados em consideração, ou seja, se forem desrespeitados os deveres de cuidado administrativo, os sócios serão obrigados a reparar o dano. Trata-se de responsabilidade subsidiária indireta. Como afirma WALFRIDO JORGE WARDE JÚNIOR, “o exercício de seus direitos de direção (§ 37 GmbHG) e sua coordenação gerencial influenciam a atividade empresarial. Por isso, se forem infringidos seus deveres de cuidado administrativo, os sócios – por analogia ao § 43 GmbHG e em decorrência da

³⁰. Para isso, seriam necessárias algumas perguntas: “oferece a ordem jurídica às partes meio específico para a consecução dos fins viciados? Considera a ordem jurídica necessários determinados pressupostos para a produção de determinadas consequências jurídicas? Existem proibições legais? Qual sua finalidade?”, in LAMARTINE CÔRREA, *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 364.

administração ruínosa (*sorgfaltswidrige Weisungen*) e omissão (*Unterlassen Maßnahmen*) – serão obrigados a reparar o dano”.³¹

7. Notícias históricas da teoria no direito estrangeiro (Inglaterra, França, Itália)

Feitas essas considerações sobre a doutrina alemã, e que nortearam grande parte da doutrina continental, deve-se verificar a técnica da desconsideração em outros países e percorrer rapidamente a sua legislação, doutrina e jurisprudência no período de consolidação da teoria.

Na *Inglaterra* não houve uma rica produção doutrinária acerca do tema. Isso é informado por PIERO VERRUCOLI, ao dispor também que a jurisprudência inglesa tende a respeitar o privilégio da personalidade jurídica e só cede a ele em casos extremos, ocasião em que há permissão para se averiguar a *truth and substance*.³² Mas é nesse país que se afirma ter ocorrido o caso que é considerado o *leading case* acerca da desconsideração da personalidade jurídica material da pessoa jurídica, julgado pela *House of Lords* em 1.897³³ (mas na verdade o *leading case* é outro – *infra*, n. 13). Trata-se do célebre caso *Salomon v. Salomon & Co.*. O comerciante de sapatos Aaron Salomon fundou a *Salomon & Co.*, juntamente com os seis membros da sua família, ficando estes com uma ação cada e ele com vinte mil e uma ações, das quais vinte mil foram integralizadas com o fundo de comércio da firma individual de Aaron. LAMARTINE CÔRREA conta que o preço da transferência do fundo teria ocorrido por valor superior às ações subscritas e com isso Aaron tornou-se credor da sociedade, com garantia real em seu favor.³⁴ Quase que imediatamente a sociedade passou a ser insolvente e, um ano após sua constituição, foi dissolvida e seus bens eram suficientes para honrar as

³¹. *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*, n. 3.3.1, pp. 224-225.

³². *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, p. 90.

³³. Mas muito antes MAURICE WORMSER mostra que já havia decisão nos Estados Unidos sobre o tema, o que será exposto no item n. 13.

³⁴. A dupla crise da pessoa jurídica, pp. 456-457. Também VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, p. 91.

dívidas garantidas com Aaron mas não aquelas pertencentes a credores quirografários. Por meio de seu liquidante, a sociedade ajuizou demanda contra o próprio Aaron Salomon, sob a alegação de que a atividade da companhia era a mesma atividade de Aaron e portanto ela era um mero *escudo* para limitar a responsabilidade dele. Como consequência, a sociedade pediu a condenação de Aaron a pagar as dívidas dela.³⁵ Tanto em primeiro grau quanto na *Court of Appeal* foi dado ganho de causa à sociedade, pois entenderam que a sociedade seria apenas outro nome (*alias*) para designar o próprio Aaron Salomon e isso seria uma estratégia para ele explorar a atividade com os benefícios da responsabilidade pelos débitos limitados. A Salomon & Co. seria um mero *agent* de Salomon e como tal teria direito de cobrar do representado o *quantum* necessário dos débitos contraídos nos interesses dele.³⁶ Mas a *House of Lords* reformou a decisão e aplicou os princípios tradicionais acerca da pessoa jurídica. Lord Herschell entendeu é impossível falar em *alias* se a sociedade está afirmando a sua personalidade jurídica ao se dizer credora de Aaron e também salientou que o fato de existirem meros *testas-de-ferro* de Aaron não era suficiente por si só para afastar a constituição válida da sociedade.³⁷ Lord Macnaghten enfrentou a questão pela óptica da sociedade unipessoal, ao dispor que os fatos de as ações virem a ser transferidas a uma só pessoa durante a vida da sociedade em nada afeta a sua capacidade. LAMARTINE CÔRREA lembra que essa afirmação traz à mente o Direito inglês clássico, no qual a constituição de um ente autônomo constitui um *privilegio* que o sistema legal outorgou.³⁸ O importante é que esse foi um importante precedente para a Inglaterra e as discussões ali travadas até hoje influenciam o sistema.

³⁵. *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, p. 91.

³⁶. A *Court of Appeal* preferiu falar em relação fiduciária (de *trust*) e não em *agency*, mas o resultado foi o mesmo, in LAMARTINE CÔRREA, *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 457. É interessante a continuidade que PIERO VERRUCOLI, citando PENNINGTON, dá: “in particolare la Corte d’Appello precisò che i *Companies Acts* miravano ad attribuire il privilegio della responsabilità limitata soltanto a veri ed indipendenti azionisti, aventi combinato i loro capitali per rendere possibile lo svolgimento di una certa attività d’impresa, e non già ad un uomo che era realmente il solo proprietario o titolare dell’impresa e che aveva semplicemente trovato sei persone di sua fiducia non aventi alcun reale interesse nell’impresa stesa ma disposte ad assoggettarsi, con lui, alle formalità per *incorporation* di una *company*: poichè la legge esige che detta *incorporation* avvenga a cura di sette indipendenti *bona fide members*, ne veniva che Salomon aveva *incorporated* la sua *company* per uno scopo illegale”, in *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, nota 18, p. 92.

³⁷. LAMARTINE CÔRREA, *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 457.

³⁸. *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 458.

Tanto assim é que tal caso influenciou a secção 31 da *Companies Act*, de 1.948, que traz trato especial na situação de o número de membros de uma sociedade estiver abaixo de sete no caso de uma *public company* e de dois no caso de *private company*, por período superior a seis meses. Trata-se mais do que converter uma *limited company* em *ilimited company*, porque nesta os débitos permanecem da sociedade, mesmo que os sócios venham a ser chamados para restaurar o patrimônio; já na aplicação da secção 31 a responsabilidade dos sócios será direta perante os credores.³⁹ Mais interessante ainda é a secção 332 da mesma legislação, segundo a qual todas as pessoas que de modo consciente praticaram negócios no intuito de prejudicarem credores *or for any fraudulent purpose*, podem ser judicialmente declarados responsáveis ilimitadamente por débitos sociais. Ocorre que, quem invocar tal dispositivo, tem o pesado ônus de demonstrar que a sociedade agiu de forma fraudulenta e de que os responsáveis tinham consciência dos atos praticados. Mas como demonstra VERRUCOLI, essa árdua exigência é relativizada em presunções de fraude criadas pela jurisprudência.⁴⁰ Denota-se que tal dispositivo possui também um nítido caráter intimador, preventivo.

Na França a teoria desenvolveu-se sob dois textos, ambos da lei n. 67-563, de 13 de julho de 1.967. O primeiro é o art. 101, influenciado pelo antigo art. 437, IV, do *Code de Commerce*,⁴¹ segundo o qual é permitido que seja atingido, por meio de extensão dos efeitos de falência ou concordata, o patrimônio pessoal do administrador (*dirigeant*) de fato ou de direito, aparente ou oculto, que tenha utilizado (a) *la couvert* da pessoa jurídica para mascarar seus atos para praticar atos de comércio em seu interesse pessoal, (b) disposto de bens sociais como se seus fossem, ou (c) praticado atos abusivos em seu interesse pessoal, de tal modo que haja *la cessation des paiements* da pessoa jurídica, em razão de sua situação deficitária. A origem desse dispositivo, e logicamente do texto legal que o influenciou, é a chamada jurisprudência *du contrôle* ou *de maîtrise*, que trata de estender os efeitos da falência ao verdadeiro *mestre* da sociedade. Como lembra LAMARTINE CÔRREA, já em 1.908 a *Cour de*

³⁹. PIERO VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, p. 96.

⁴⁰. PIERO VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, pp. 97-99.

⁴¹. Com a redação dada pelo dec-lei de 8 de agosto de 1.935.

Cassation estendeu a um dos sócios a falência da sociedade.⁴² E é interessantíssima a afirmação da Corte de Paris, no célebre *caso Coty*, em que ela recusou a identidade de Coty, pessoa natural, com a sociedade na qual ele detinha oitenta e cinco por cento das ações. Afirmou a Corte que a personalidade jurídica dos acionistas permanece distinta da personalidade jurídica da sociedade, qualquer que seja o numero de ações pertencentes a um sócio, mesmo que ele seja o *maître* magno da sociedade.⁴³ É importante essa afirmação porque, como a personalidade jurídica não tem relação com a limitação da responsabilidade patrimonial, desconsiderar não significa anular a pessoa jurídica (*infra*, nn. 10 e 45). A jurisprudência *du contrôle*, diz PIERRE COULOMBEL,⁴⁴ admite a pessoa jurídica como sujeito de direito distinta mas nega a autonomia patrimonial. Essa posição, como corretamente afirma LAMARTINE, é fundamental para a técnica da desconsideração: “ao lado do reconhecimento em princípio da autonomia da pessoa jurídica em tela, a *não-consideração*, no caso concreto, de tal autonomia; ao mesmo tempo que se reafirma a pessoa jurídica como ponto de imputação de direitos e obrigações distinto dos sócios (o *Trennungsprinzip* dos alemães), atinge-se, *atrás* da pessoa jurídica, *através* dela (*durch...greifen, Durchgriff*), os sócios, em especial os que a controlam ou dominam. Digna de nota é a circunstância de que, tendo tão clara idéia do procedimento técnico (inclusive no que toca à “recusa”, no caso específico, das conseqüências lógicas do reconhecimento da personalidade jurídica, embora mantida e reconhecida tal personalidade), Coulobel parece – pela bibliografia citada – desconhecer totalmente os precedentes jurisprudenciais norte-americanos e alemães, sendo de notar-se que seu trabalho (1.949) é anterior à obra de Serick (1.955). Isso demonstra que essas idéias andavam no ar, nos tribunais e na doutrina, já que a crise de função não era – nem é – restrita a este ou àquele país”.⁴⁵ E a jurisprudência local adverte que não basta a existência

⁴². Isto é, estendendo ao sócio a responsabilidade pelas dívidas sociais, *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 464.

⁴³. LAMARTINE CÔRREA, citando PIERRE COULOMBEL, *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 464.

⁴⁴. “Tel est donc l’esprit de la jurisprudence du contrôle: elle joue, peut-on-dire, sur deux tableaux. D’une part elle admet l’existence de la personne morale comme sujet de droit distinct, d’autre part elle atteint, derrière la personne morale, ces autres sujets de droit que sont les associés. Il semble bien que la jurisprudence décide dans cet esprit en de nombreux cas où l’un des associés est maître d’une société. Elle maintient l’existence propre de la société, et donc les rapports de droit qui se sont noués entre elle et les tiers. Mais en même temps, elle dit que les rapports de droit se sont aussi noués avec l’associé maître. Ainsi, dans bien des cas, la société dominée par un associé existe pour la jurisprudence, mais on refuse les conséquences logiques de son existence”, *apud* LAMARTINE CÔRREA, *A dupla crise da pessoa jurídica*, pp. 464-465.

⁴⁵. *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 465.

do *maître* absoluto da sociedade para que haja a extensão dos efeitos da falência a esse sócio mas é necessária a utilização da sociedade em proveito pessoal.

Já o outro texto é da mesma lei. Trata-se do seu art. 99, segundo o qual, em caso de falência ou concordata de sociedade na qual haja *une insuffisance d'actif*, o juiz pode, a requerimento ou mesmo *ex officio*, determinar que os administradores sociais, de fato ou de direito, aparentes ou ocultos, remunerados ou não, respondam de forma solidária ou não por toda ou parte das dívidas sociais. Pelo próprio teor do dispositivo, denota-se que há uma presunção relativa de culpa do dirigente social no caso de insuficiência de ativos da sociedade, devendo a esse administrador *la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires* (al. 3 do art. 99). Deve portanto ele provar que tomou todas as diligências possíveis na condução da sociedade. Ao que parece, tal norma estipulava o dever de indenizar quando houver o insucesso empresarial.⁴⁶

Fora dessas hipóteses de falência e concordata, LAMARTINE CÔRREA traz elegantes questões discutidas na doutrina francesa, sintetizadas na posição de PIERRE COLOUMBEL. Esse autor francês analisa a desconsideração da personalidade jurídica por meio de técnicas que chama de *clássicas*. Seriam elas baseadas na *simulação, teoria da aparência e interposição de pessoas*.⁴⁷

Mostra COLOUMBEL que há uma íntima relação entre simulação e fraude à lei (um dos fundamentos da *Durchgriff* para a desconsideração), porque várias sociedades *fictícias*⁴⁸ são criadas para desviar a incidência de alguma norma de direito societário ou para que o sócio fuja de seus credores. Faz ele uma proposta *antiformalista*⁴⁹ para defender o ajuizamento de demanda para anular a sociedade,

⁴⁶. A lei n. 67-563 foi revogada pela lei n. 85-98, de 25 de janeiro de 1985. Mas esse fato é irrelevante para o fim que ora se almeja, que é demonstra sobre quais premissas se fundou a teoria da desconsideração em outros países.

⁴⁷. *A dupla crise da pessoa jurídica*, pp. 468 ss.

⁴⁸. Haveria dois tipos de sociedades fictícias: aquelas em que *algumas* contribuições para o capital social seriam fictícias, que é o caso da sociedade nula (subsistente como sociedade de fato) e aquelas em que *todas* as contribuições seriam fictícios, como é o caso das sociedades inexistentes.

⁴⁹. Diz-se *antiformalista* porque a doutrina tradicional defendia ser impossível o ajuizamento de uma demanda nesses termos, porque ou o caso seria de ação pauliana ou porque, a partir de quando foi criada a sociedade, não se pode falar em simulação da sociedade), in *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 468.

com base na simulação do ato. Porque se houve uma simulação, ou seja, se alguém está usando a sociedade para defender interesses distintos, não há que se falar em pessoa jurídica. Como o Código Civil brasileiro trata da simulação como causa de nulidade do ato (art. 167), no Brasil seria possível o ajuizamento de uma demanda com esse fundamento mas haveria um inconveniente de a declaração ser *erga omnes* e com isso atingir a todos, pois a sentença declarará a invalidade de personalidade jurídica dessa *societade de fachada* e isso prejudicará credores sociais de boa-fé. Seria então conveniente usar esse critério quando *todas* as contribuições ao capital social forem simuladas. Para contornar essa situação e evitar o prejuízo a terceiros de boa intenção, a *teoria da aparência* é importante. Em 1.939 a *Cour de Cassation* julgou um caso envolvendo simulação e resguardou os direitos dos credores sociais, porque eles tinham agido na certeza de estarem contratando com uma sociedade de verdade, dada a *força invencível das aparências*.⁵⁰ COULOMBEL concluiu então que a teoria da aparência mantém a validade da personalidade jurídica da sociedade mas permite declarar fictícia a sociedade utilizada como uma máscara do sócio. Há também a idéia da *interposição de pessoa* utilizada pela jurisprudência francesa, com a utilização de institutos jurídicos como o *mandato*.⁵¹ A *Cour* reconheceu a existência jurídica de duas sociedades mas afirmou que uma foi utilizada como um mero instrumento da outra, e em outra oportunidade, reconheceu a personalidade de uma sociedade mas dispôs que ela foi um mero instrumento do sócio. Para resolver o problema, ela utilizou a tese do *mandato*, ou seja, a sociedade seria existente e real mas teria agido como mandatária do seu *maître*. Percebe-se que essa técnica está mais próxima da desconsideração porque esta reconhece a existência da personalidade mas no caso concreto ela é desconsiderada, “não por *ser* mero instrumento (tese da simulação, situada no plano da essência, do permanente) mas por *ter sido* como tal utilizada, no caso concreto (plano do conjuntural, do acidental)”.⁵² Ou seja, naquele caso específico deve ser afastada a personalidade jurídica mas sem que isso signifique anulação da sociedade.

Mas COULOMBEL demonstra que há julgados que não utilizaram nenhuma das técnicas acima e para isso traz instigante caso julgado pelo *Tribunal de Commerce de la Seine*, em 1.942, no qual duas sociedades haviam firmado

⁵⁰. LAMARTINE CÔRREA, *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 469.

⁵¹. LAMARTINE CÔRREA, *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 470.

⁵². LAMARTINE CÔRREA, *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 470.

contrato cujo conteúdo era pertinente ao objeto social de ambas. Ocorre que uma delas passou a ser controlada pela concorrente da outra e o cumprimento do contrato prejudicaria muito essa outra. A decisão decretou o término do contrato, manteve a personalidade jurídica da sociedade mas dispôs que era impossível não levar em consideração as pessoas que controlavam a segunda sociedade.⁵³ Em realidade, aplicou o Tribunal francês a hipótese do que a doutrina alemã chama de *Zurechnungsdurchgriff* (desconsideração atributiva – *infra*, n. 13). E, após analisar uma série de julgados, COULOMBEL chega à conclusão de que o critério essencial é a existência de um *interesse comum* entre a sociedade e seu *maître* (seja este sócio ou outra sociedade), critério esse que deixa espaço para a discricionariedade judicial. A fundamentação teórica utilizada pelo francês é interessante: quando houver esse interesse comum, haverá duas pessoas jurídicas mas uma só pessoa moral. A personalidade moral seria vista a partir do *ser*, no plano *ontológico*, enquanto a personalidade jurídica seria no campo propriamente jurídico.⁵⁴ A pessoa moral seria a unidade substancial e a pessoa jurídica seria a sua unidade formal⁵⁵ e quando elas não coincidem, o instituto pessoa jurídica entra em crise.⁵⁶

Na *Itália* a teoria também encontrou interessante formação doutrinária. A começar por TULLIO ASCARELLI, com seu trabalho sobre o *negócio indireto*. Trata este quando “as partes recorrem, no caso concreto, a um negócio determinado, para alcançar, conscientemente e consensualmente, por seu intermédio, finalidades diversas das que, em princípio lhe são típicas”.⁵⁷ Seriam exemplos de negócio indireto o negócio fiduciário, garantia e mandato. A distinção entre negócio indireto e negócio simulado estaria no fato de que este não exprime a real intenção das partes, pois está em conflito com a declaração feita. Já no negócio indireto, as partes querem verdadeiramente realizar o negócio que fazem e querem estar amparadas por sua disciplina jurídica (i.é, a intenção das partes é a mesma daquela contida na declaração feita). Querem portanto o objetivo do negócio indireto mas para fins ulteriores. Além do mais, e diferentemente do que ocorre com a simulação, no negócio indireto as partes não escondem sua realização de

⁵³. LAMARTINE CÔRREA, *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 471.

⁵⁴. LAMARTINE CÔRREA, *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 475.

⁵⁵. Mas para que serve essa pessoa moral se é a pessoa jurídica a capaz de ser sujeito de direito? Para maiores críticas sobre o tema, *cfr.* LAMARTINE CÔRREA, *A dupla crise da pessoa jurídica*, pp. 12-16.

⁵⁶. PIERO VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, pp. 171 ss.

⁵⁷. TULLIO ASCARELLI, “O negócio indireto”, *Problemas das sociedades e direito comparado*, p. 103.

terceiros, porque a finalidade é a mesma descrita na declaração das partes.⁵⁸ Portanto, diferentemente do que ocorre com o negócio simulado (CC, art. 167), no negócio indireto não há que se falar em nulidade. Mas ASCARELLI lembra que o negócio indireto também pode ser ilícito quando a finalidade almejada pelas partes não for lícita e então o negócio seria nulo.⁵⁹ Trata-se de *fraude à lei*. Traz o comercialista italiano e professor das *Arcadas* como exemplo a venda a prazo seguida de revendas a dinheiro inferior e vice-versa, ou com preço indeterminado e multa determinada, com o intuito de mascarar o empréstimo a juros superiores ao teto legal. Negócios esses que possuem uma finalidade ilegal devem ser analisados quanto à sua validade sob a óptica da fraude à lei. Após demonstrar a importância histórica dos negócios indiretos, ASCARELLI trata da problemática pela óptica do direito das sociedades, especialmente no tocante às *sociedades unipessoais*, cujo sócio único obviamente possui responsabilidade ilimitada. Defende o italiano a aplicação expansiva dessa regra àquelas hipóteses nas quais, embora haja mais de um sócio (normalmente amigos complacentes, diz ASCARELLI), há um que é o dono (o que a doutrina francesa chamou de *maître*) da sociedade e então caberia ao juiz analisar a importância desses demais sócios para averiguar a questão da limitação da responsabilidade do sócio (*imaginaria societas*).

Já WALTER BIGIAMI desenvolve interessante teoria no seu livro *L'imprenditore occulto*. Segundo idéia dele, a circunstância de alguém dominar a empresa já implica imputar responsabilidade a ele (*teoria da soberania*). Em se tratando de sociedade com real pluralidade de sócio, essa teoria seria aplicável quando houvesse confusão patrimonial e degradação da sociedade a mero instrumento para realizar os objetivos pessoais. E por isso BIGIAMI fala em *sócio tirano* para qualificar essa pessoa que desvia o fim da sociedade. Seja em caso desse sócio tirano ou de sócio único, ele será

⁵⁸. TULLIO ASCARELLI, “O negócio indireto”, *Problemas das sociedades e direito comparado*, pp. 120-121.

⁵⁹. TULLIO ASCARELLI, “O negócio indireto”, *Problemas das sociedades e direito comparado*, p. 121.

A nulidade não estaria na causa do negócio mas sim em razão do objetivo concretamente almejado pelas partes, consoante afirma ASCARELLI: “há, com efeito, normas jurídicas que não se limitam a disciplinar um determinado ato, mas têm em conta o resultado prático visado pelas partes, quaisquer que sejam os meios por ela escolhidos para consegui-lo – e por isso, deve-se, na aplicação de tais normas, considerar o fim visado pelas partes e não apenas a causa típica do negócio adotado; há outras, ao contrário, que têm em vista somente o instrumento jurídico, sem curar os fins para que é utilizado no caso concreto. A validade do negócio quanto a seus fins indiretos deve ser examinada, ante as normas da primeira categoria. Analogicamente ao que acontece no domínio da simulação que, por seu turno, pode ser lícita ou fraudulenta, o negócio indireto será lícito ou fraudulento conforme o fim visado pelas partes”, “O negócio indireto”, in *Problemas das sociedades e direito comparado*, p. 122.

identificado como empresário oculto e será responsabilizado ilimitadamente pelas obrigações da sociedade.⁶⁰

Mas o trabalho mais profundo para a consolidação da teoria da desconsideração na Itália foi desenvolvido por PIERO VERRUCOLI na sua clássica obra *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*. Ele informa que há duas teorias discutidas na Itália sobre o tema. A primeira é aquela desenvolvida por WALTER BIGIAMI, que envolve a *teoria da soberania*, como acima visto. A segunda é chamada *sociedade de fato*.⁶¹ Por essa idéia, existiria entre sociedade e sócio ou entre controladora e subsidiária uma sociedade de fato, na medida em que a inúmeras relações entre um ente e outro geraria uma comunhão de bens e serviços e identidade de interesses, que criaria entre eles uma sociedade de fato.⁶² Para VERRUCOLI, “la personalità giuridica delle società di capitali costituisce un privilegio”⁶³ e a responsabilidade limitada não é um elemento essencial à pessoa jurídica. Justamente por ser um privilégio, ele tem de ser dado com as devidas restrições e limites, já que o ordenamento repulsa atos ilícitos. Então a desconsideração tem cabimento quanto se busca evitar que a pessoa jurídica seja para lesionar o Estado e terceiros (que, em última análise, também é violar o Estado).

Essa digressão histórica serve para demonstrar que, desde o início da formação doutrinária da desconsideração da personalidade jurídica, sempre foi necessário algum elemento para sua ocorrência, ou seja, sempre precisou existir algum fato ato (objetivo ou subjetivo) que autorizasse a desconsideração. Nota-se com isso que a desconsideração é *exceção* e portanto a teoria de SERICK (*supra*, n. 4) parece ter grande aceitação na formação do pensamento teórico em outros países. A doutrina e a jurisprudência estrangeiras formaram o entendimento de que a aplicação da teoria ora estudada não implica anulação da pessoa jurídica mas apenas a suspensão da eficácia de sua autonomia patrimonial em cada caso, com o intuito de atingir o patrimônio do sócio,

⁶⁰. WALTER BIGIAMI, *L'imprenditore occulto*, pp. 159 ss.

⁶¹. PIERO VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, pp. 177-185.

⁶². Mas VERRUCOLI adverte, com base em precedente da jurisprudência francesa, que seria necessário que essa aparência de comunhão de bens e interesse estivesse evidente, in *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, p. 185.

⁶³. *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, p. 203.

para proteger, anda que indiretamente, o próprio Estado e normas superiores. Também se percebe que, ainda que de forma prematura, a formação de um pensamento no qual o *onus probandi* é de quem invoca a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Todos esses temas serão analisados de forma pormenorizada mais adiante.

8. O surgimento da teoria na doutrina brasileira

No Brasil a teoria surgiu primeiramente nos Tribunais. O primeiro julgado encontrado sobre o tema advém do então Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, em 1.955, em apelação relatada pelo desembargador EDGARD DE MOURA BITTENCOURT,⁶⁴ mesmo ano em que SERICK apresentava seu trabalho (*supra*, n. 4). Sobre os estudos doutrinários, destacam-se três como percussores para a formação do pensamento acerca do tema ora estudado.

O primeiro é de PONTES DE MIRANDA, que afasta completamente a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Para ele, o “desprezo das formas de direito das pessoas jurídicas, o ‘*disregard of Legal Entity*’, provém de influências, conscientes e inconscientes, do capitalismo cego, que, chegando a negar, por vezes, a ‘pessoa’ jurídica privada, prepara o caminho para negar a ‘pessoa’ do Estado. Tal internacionalismo voraz e a metafísica da extrema esquerda empregam, de lados opostos, as mesmas picaretas”.⁶⁵ Mas é lógico que essa posição não corresponde à realidade legislativa, jurisprudencial e doutrinária brasileira.

Mas o primeiro doutrinador que apresentou a teoria do *disregard doctrine* foi RUBENS REQUIÃO, em conferência feita na Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, em 1.969.⁶⁶ Pelo próprio espaço de uma conferência, limitou-se ele a expor a teoria, principalmente com base na teoria subjetivista de ROLF SERICK e nos trabalhos do italiano PIERO VERRUCOLI e do americano MAURICE WORMSER (*supra*, n. 7).

⁶⁴. É pertinente o seguinte trecho do julgado: “a assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entrar a própria ação do Estado na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao Direito”, in Ap. 9.247. 4ª Câm. Cível, rel. des. EDGARD DE MOURA BITTENCOURT, *Revista dos Tribunais* 238/393.

⁶⁵. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. L, p.303.

⁶⁶. Transformada ulteriormente em artigo intitulado “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*Disregard Doctrine*)”, *Revista dos Tribunais* 410/12.

Apreciou algumas normas brasileiras e a analisou como a jurisprudência brasileira da época apreciava a teoria. O professor paranaense parece concordar com a teoria subjetivista de SERICK em diversas passagens de seu texto⁶⁷ e também não faz qualquer distinção entre os diversos tipos societários.⁶⁸ Mas a obra de RUBENS REQUIÃO tem o louvor de ter sido a primeira a tratar do tema, mesmo que sem sistematizá-lo.

De muito mais profundidade é a posição de FÁBIO KONDER COMPARATO. Ele parte de uma óptica distinta, porque no seu entender, “a desconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle societário. É este o elemento fundamental, que acaba predominando sobre a consideração da pessoa jurídica, como ente distinto dos seus componentes”.⁶⁹ Ele critica também os estudos voltados exclusivamente à desconsideração por abuso do exercício do direito e fraude. Isso porque, tais estudos não consideram a desconsideração feita em favor do sócio controlador, a teor da súmula n. 486 do Supremo Tribunal Federal, a qual admite a que ao imóvel seja feita “a retomada para a sociedade da qual o locador, ou seu cônjuge, seja sócio, com participação predominante no capital social”. Ou seja, a retomada para *uso próprio do locador* significa que a sociedade pode fazê-lo quando o imóvel for do sócio ou cônjuge com maioria do capital social, a teor do próprio art. 52, inc. II, da lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1.991. A justificativa que COMPARATO utiliza é a de que a pessoa jurídica deve ser interpretada de forma funcional e a função geral da sua personalização é a criação de um centro de interesse autônomo.⁷⁰

Mas de todos os doutrinadores brasileiros, aquele que mais analisou as diversas posições estrangeiras e aprofundou o tema foi LAMARTINE CÔRREA. Já de início ele deixa claro que a linha de seu trabalho parte de coordenadas básicas diferentes da de COMPARATO, que teria no seu pensamento uma forte carga das teses normativistas de Kelsen e ASCARELLI. Discorda o autor de que a personalização seria uma técnica jurídica para se atingirem determinados objetivos práticos – autonomia patrimonial,

⁶⁷. “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*Disregard Doctrine*)”, *Revista dos Tribunais* 410/12, especialmente pp. 12, 14, 20, 21 e 23.

⁶⁸. Afirma somente que a aplicação da teoria é mais freqüente no caso das sociedades unipessoais que “servem melhor aos desígnios dissimuladores da responsabilidade individual do sócio remanescente ou que detêm o controle real”, in “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*Disregard Doctrine*)”, *Revista dos Tribunais* 410/12

⁶⁹. COMPARATO-CALIXTO, *O poder de controle na sociedade anônima*, p. 355.

⁷⁰. COMPARATO-CALIXTO, *O poder de controle na sociedade anônima*, p. 356.

limitação ou supressão de responsabilidades individuais, bem como da afirmação de que nem todo sujeito de direito seria pessoa. Para LAMARTINE CÔRREA, personalidade jurídica representa mero reconhecimento técnico-jurídico de realidade pré normativa, no plano do ser, sendo que para ele só as pessoas são sujeito de direito.

LAMARTINE CÔRREA, entretanto, acompanha de certa forma o pensamento de COMPARATO, uma vez que na sua teoria, a desconsideração é a consequência de uma disfunção da personalidade jurídica. A aplicação prática da desconsideração é um sintoma de uma crise de função da pessoa jurídica, sendo que para o autor, os focos de maior incidência da crise de função são a sociedade unipessoal e os grupos de sociedade.⁷¹ Observa que não podem ser entendidos como verdadeiros casos de desconsideração todos aqueles casos de mera imputação de ato, ou seja, casos em que a lei dispõe sobre a responsabilidade do sócio. Esclarece LAMARTINE CÔRREA que, quando se aplique a noção de imputação propriamente dita, a responsabilidade não será dominada pelo *princípio da subsidiariedade*. Esse princípio é essencial nos autênticos casos de desconsideração, em que se supõe a prévia demonstração da insolvência do devedor (pessoa jurídica). Afirma que, apesar de todas as objeções, restará um resíduo de verdadeiros casos de desconsideração e com isso ganha importância a *teoria subjetivista* de SERICK. Mas como já foi dito em parceria a respeitada SIMONE LAHORGUE NUNES, não em casos em que se trata de mera imputação de responsabilidade.⁷²

Essa análise da formação do pensamento doutrinário brasileiro serve para demonstrar as bases dessa teoria, que se confundem com aquelas do direito estrangeiro. Essas bases teóricas que consolidaram a desconsideração servem para demonstrar qual o alicerce teórico dessa teoria.

⁷¹. Em artigo escrito em conjunto com a prestigiosa SIMONE LAHORGUE NUNES, foi feita a seguinte observação: “dispara, entretanto, o autor forte crítica a um dos mais importantes pontos do pensamento de Comparato, quando afirma que ‘desconsiderar a pessoa jurídica controlada, imputando seu comportamento à controladora e fazendo-o com fundamento na mera circunstância do controle é mais do que desconsiderar: é já por em dúvida o próprio sistema, no que tange à asserção, contida em seu âmbito, e segundo a qual a criação do grupo de sociedades não afeta o quadro das pessoas jurídicas, já que nem extingue a personalidade das sociedades que se integram no grupo, nem faz surgir a do próprio grupo’”, in “Desconsideração da personalidade jurídica: considerações sobre a origem do princípio, sua posituação e aplicação no Brasil”, *Direito societário contemporâneo I*, pp. 299 ss.

⁷². “Desconsideração da personalidade jurídica: considerações sobre a origem do princípio, sua posituação e aplicação no Brasil”, *Direito societário contemporâneo I*, p. 312.

9. “Desconsideração” legal x desconsideração judicial

Uma pergunta a se fazer é se a desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita só pode ser feita por um órgão jurisdicional ou também pela lei. Há casos em que a legislação se incumbe de ignorar a formalidade existente na frente da pessoa jurídica e olhar o que está atrás dela, penetrar (*durchdringend*), levantar o seu véu (*lifting the corporate veil*). A legislação faz isso para determinar a nacionalidade da pessoa jurídica, por exemplo. O critério para se verificar a nacionalidade da pessoa jurídica é mais complexo do que o critério para a pessoa natural. O direito anglo-americano utiliza o critério do local da constituição. Trata-se do mesmo critério para se verificar a nacionalidade das pessoas naturais e considera as pessoas jurídicas como criação do Direito para contemplação da lei (*in contemplation of law*). Já na Europa Ocidental (notadamente Alemanha, França, Suíça e Itália), a nacionalidade da pessoa jurídica é verificada por meio do local onde ela possui sua *sede*, ou seja, o local no qual é realizada a administração central. No Brasil, o critério adotado é o duplo: ter sede no país e a sociedade ser organizada de acordo com a legislação pátria, a teor do art. 1126 do Código Civil e art. 60 do dec-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940.⁷³ Mas esse critério é relativizado em algumas situações, como a da aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica brasileira que há sócios estrangeiros, a teor do § 1º do art. 1º da lei n. 5.709, de 7 de outubro de 1971.

A par de situações como essas, a *desconsideração para fins de responsabilidade* só é feita judicialmente. Somente o Poder Judiciário pode impor sanções ao patrimônio de alguém, já que esse tema é intimamente relacionado à *execução civil*. Mas há uma situação que foge a essa regra. Trata-se da hipótese da lei complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001, a qual acrescentou o parágrafo único ao art. 116 do Código Tributário Nacional, que trata de elisão fiscal. Segundo tal dispositivo, “a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária permitindo que o agente fiscal desconsidere os atos e os

⁷³. Para doutrina sobre o tema, *cfr.* FÁBIO ULHOA COELHO, *Curso de direito comercial*, II, n. 4, p. 29.

negócios jurídicos da sociedade”.⁷⁴ O Poder Público não pode ele mesmo fazer a desconsideração, porque é parte interessada na sua ocorrência e não será respeitado o *due process of law*, na medida em que não será respeitado o contraditório e a imparcialidade do Poder Judiciário. Se houve elisão fiscal, que o Poder Público proceda a desconsideração judicialmente e, nessa seara onde todos saibam que os caminhos a percorrer serão límpidos, se apure a responsabilidade do sócio. Entretanto, há manifestação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a administração pode desconsiderar a personalidade jurídica, desde que respeitado o contraditório e a ampla defesa em processo regular. A justificativa encontrada foi o princípio da moralidade administrativa e indisponibilidade dos interesses públicos tutelados.⁷⁵ Ora, tais princípios não são absolutos e nessa situação o interesse público é disponível, porque o Poder Público atua na qualidade de direta e financeiramente interessado, o que lhe retira toda a imparcialidade. Sem contar que esse processo administrativo será julgado pelo próprio órgão arrecadador. GUSTAVO TEPEDINO defende, entretanto, a aplicação restrita da desconsideração pelo órgão público: somente em situações de fraude ou de simulação, a teor da letra do próprio art. 116. Ou seja, mesmo em hipótese de abuso de direito ou desvio de finalidade, não está autorizada a desconsideração pela administração.⁷⁶

De todo modo, a *fattispecie* da desconsideração é encontrada em diversas ocasiões na legislação brasileira (*infra*, n. 20). Cabe ao Poder Judiciário aplicar a norma em cada caso. Mas mesmo que não houvesse dispositivos específicos que tratam do tema, há normas maiores que tornam possível a aplicação da teoria da desconsideração. Assim é, por exemplo, o dever de boa-fé e prevalência pela segurança das relações jurídicas. Esses princípios fazem com que seja perfeitamente factível a utilização da *disregard doctrine*.

10. Personalidade jurídica perante o direito material

⁷⁴. Tal dispositivo foi impugnado no Supremo Tribunal Federal, por meio da ADIN n. 2446, 18 de abril de 2001, cuja relatoria atual é da Ministra CÁRMEN LÚCIA, e ainda pende de julgamento.

⁷⁵. STJ, 2ª T., ROMS 15166/BA, rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 7.8.03, v.u., DJ 8.9.03.

⁷⁶. *Temas de direito civil*, III, p. 90.

Deve-se verificar em que consiste a personalidade jurídica material antes de se analisar o que se vai desconsiderar. Ou seja, quais aspectos da personalidade jurídica são afetados quando se penetra na pessoa jurídica. Como o art. 20 do revogado Código Civil brasileiro dispunha, a pessoa jurídica tem personalidade jurídica distinta dos seus membros, na medida em que possui plena personalidade jurídica, no exercício e defesa de seus direitos, que nem sempre são os mesmos de seus sócios. Mas consoante afirma o monografista LAMARTINE CÔRREA, no século XX a pessoa jurídica passou por uma crise,⁷⁷ tendo em vista que se relativizou o dogma máximo da sua autonomia patrimonial. Porque se notou que a personalidade jurídica não pode prevalecer quando a atitude daquele que controla a pessoa jurídica e esta têm um *interesse comum*, distinto dos fins sociais.⁷⁸

É necessário então fazer uma breve digressão às teorias que tratam da pessoa jurídica. A primeira delas que se tem notícia é a *teoria ficcionista*, desenvolvida na Idade Média⁷⁹ e ulteriormente por SAVIGNY e também, sob outra óptica, por HANS KELSEN. Tal teoria surgiu no período dos canonistas medievais, que formularam essas sentenças: *universitates nomina sunt iuris et non personarum, e collegium in causa universitatis fingatur una persona*. Mas, diferentemente do que comumente se diz, o verbo

⁷⁷. LAMARTINE CÔRREA, *A dupla crise da pessoa jurídica*, pp. 1-7.

⁷⁸. COMPARATO-SALOMÃO são enfáticos em dizer que o reconhecimento do controle societário foi fenômeno que não pode ser suprido pela realidade jurídica. Afirmam eles que “a personalidade jurídica cede o passo, na exata medida em que o controle ascende ao primeiro plano da problemática societária e comanda soluções específicas, incompatíveis com o absolutismo da separação patrimonial”, in *O poder de controle na sociedade anônima*, p. 320.

⁷⁹. Na sua reconhecida praticidade exacerbada, os romanos não chegaram a conceituar a pessoa jurídica. Tanto que nem havia no latim clássico a expressão equivalente a personalidade jurídica. Com todas as ressalvas possíveis, talvez o *Populus Romanus* seja um embrião do conceito de Estado (no Império ele é o *fiscus*), porque possui direitos e obrigações. Mas essa idéia está mais próxima do direito público do que do direito privado. Com base pessoal, surgem algumas formas de associações: *universitates* de pessoas, em especial os *collegia* profissionais, as *sodalitates* religiosas e as espécies de *societates*. Apesar de Roma conhecer alguns tipos como esses, havia retrocesso. P.ex., a *Lex Julia de collegiis* reconhecia apenas *collegia* antigos e que funcionassem somente com autorização prévia. Os romanos não instituíram também o conceito de fundação, que veio a ser reconhecida somente na Idade Média. Mas ressalte-se que textos romanos reconheciam uma autonomia desses entes ideais: D. 3.4.2., D. 3.4.7.1, D. 38.3.1, D. 46.1.22. *Edictum Perpetum* reconhecia a capacidade de agir dos municípios e sua autonomia patrimonial. Entretanto, as *Instituitones de Gaius* e *Justinianus* só fazem menção às pessoas singulares. Conclui-se que os jurisprudentes mexiam com algo paralelo com as pessoas jurídicas mas não a isolaram em si para analisar seus conceitos, espécies, distinções. Não havia um pensamento sistemático acerca delas, *cfr.* MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, vol. I, t., III, pp. 474-479

fingere não significa fingir mas sim modelar, fabricar.⁸⁰ Consoante FRANCESCO RUFFINI, essas sentenças foram escritas para tentar solucionar uma interessante indagação: quem seria o sujeito da Igreja atrás da pessoa jurídica? Chegou-se à conclusão de que ela era um *corpus mysticum*, uma instituição divina.⁸¹ Não pertencia portanto aos fiéis, tampouco ao Papa.⁸² Essa situação corrobora o entendimento de que a teoria ficcionista não tinha a intenção de demonstrar algo fictício, porque para o homem medieval a Igreja era uma realidade muito presente na sua vida e na própria concepção de Estado. Ocorre que esses teóricos não souberam conceber a personalidade jurídica sem o substrato de uma coletividade de pessoas. Seria ela pois a soma de seus membros.⁸³ Essa posição medievalista é totalmente distinta daquela formulada por SAVIGNY, para o qual a pessoa jurídica era apenas uma criação do legislador, incapaz de ter vontade própria. Parte ele da idéia de substrato formulada por HEISE, que não admite a existência real desse ente não-humano.⁸⁴ A justificativa dessa construção teórica deve-se a suas finalidades puramente patrimoniais. Como afirma WALFRIDO JORGE WARDE JÚNIOR, a teoria da ficção “conferia uma solução técnica para o problema gerado pela limitação da responsabilidade, i.e, provia o adquirente das entradas de capital”. Trata-se de uma teoria importante que fez a tradicional crença de que a limitação da responsabilidade é decorrência de se atribuir capacidade patrimonial às pessoas jurídicas.⁸⁵ Outro teórico importante ficcionista a tratar sobre personalidade jurídica foi HANS Kelsen, na sua importante *Teoria Pura*. Chega o austríaco à mesma conclusão que SAVIGNY mas parte de premissas distintas. Isso porque para aquele o legislador não cria nada, pois são os juristas que interpretam esse

⁸⁰. “A hipótese é mais do que provável, pois o sentido principal do vocábulo, no latim clássico, é o de afeição, amassar, modelar, fabricar, tanto materialmente – *fingere ceram* (Cícero, *De Oratore*, 3, 177), *fingere favos* (Cícero, *De Officiis*, 1, 157), *ars fingendi* (referindo-se à escultura: Cícero, *De Oratore*, 3, 26) é quanto no sentido figurado – *a mente vultus fingere* (*idem*, *Tusculanae disputationes*, 3, 31), ou então *actor moderatur et fingit mentem ac voluntates* (*idem*, *De Legibus*, 3, 40)”, in COMPARATO-SALOMÃO, *O poder de controle na sociedade anônima*, p. 320. No mesmo sentido, *cfr.* MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, v. I, t., III, p. 489.

⁸¹. FRANCESCO RUFFINI, *Scritti giuridichi minori*, II, pp. 36 ss.

⁸². COMPARATO-SALOMÃO, *O poder de controle na sociedade anônima*, p. 320.

⁸³. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, vol. I, t., III, p. 480.

⁸⁴. WALFRIDO JORGE WARDE JÚNIOR, *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica*, n. 3.3.1, p. 106.

⁸⁵. *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica*, n. 3.3.1, pp. 106-107. Mas que também trouxe duas consequências importantes: a impossibilidade de aplicação analógica das normas ficciosas e a irresponsabilidade penal e civil aquiliana das pessoas jurídicas. *Cfr.* MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, vol. I, t., III, p. 480.

centro de imputação.⁸⁶ Mas eles se igualam no sentido de que o legislador ou o jurista pode criar esse centro de imputação, ainda que ele seja mera representação do interesse de seus membros.⁸⁷ As principais críticas a serem feitas sobre essa teoria residem no fato de que leva em consideração somente o aspecto patrimonial das pessoas jurídicas e a lei limita demais uma ficção jurídica.

Contra essa primeira teoria encontra-se BRINZ, para o qual a personalidade jurídica tinha como fim um patrimônio finalístico (*Zweckermögen*) ou um *patrimônio de afetação*. Para ele era possível a existência de direitos sem sujeito e portanto o homem estabelecia no máximo uma relação de representação com o patrimônio da sociedade. As críticas a essa teoria são facilmente perceptíveis: como pode haver patrimônio sem titular? E em caso de associações sem patrimônio? Percebe-se facilmente que essa teoria se encaixa somente para as fundações e não se enquadra para as demais espécies de fenômenos associativos.⁸⁸

A *teoria realista* defendida principalmente por GIERKE afirma que a pessoa jurídica tem vontade própria, em razão da pluralidade de seus componentes.⁸⁹ Trata-se de uma *pessoa composta*, na sua linguagem. Porque ela se exprime em um organismo social (daí alguns chamarem de *teoria organicista*). Esse fenômeno associativo seria então uma realidade social (preexistente ao direito, portanto) dotado de vontade própria e a que foi atribuído personalidade também própria. Ou seja, a pessoa jurídica não é uma criação puramente jurídica e a sua normativização não se deu em um *passe-de-mágica* jurídico dado pelo legislador ou jurista (como defendia SAVIGNY ou Kelsen, por exemplo).⁹⁰ O direito nada mais faz que reconhecer essa realidade social e lhe atribuir direitos e deveres. As críticas que se fazem estão no arcaísmo e, mais ainda, no radicalismo dessa teoria, porque se limita a imaginar a pessoa jurídica

⁸⁶. Em momentos históricos, a diferença entre eles insere-se na passagem do positivismo dogmático pandectista (SAVIGNY) para o positivismo normativo. Cfr. COMPARATO-SALOMÃO, *O poder de controle na sociedade anônima*, pp. 327 ss.

⁸⁷. *Teoria pura do direito*, pp. 133 ss; 206 ss.

⁸⁸. Para maiores explicações sobre a teoria de BRINZ, cfr. WALFRIDO JORGE WARDE JÚNIOR, *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*, n. 3.3.2, pp. 107-109.

⁸⁹. CALIXTO SALOMÃO FILHO, *A sociedade unipessoal*, n. 3.1.3, pp. 20-22.

⁹⁰. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, vol. I, t., III, p. 503.

como um ente com vontade própria mas se esquece de demonstrar como se forma essa consciência coletiva.⁹¹

Já a *teoria institucionalista* tenta explicar a formação dessa vontade própria e expõe que as pessoas jurídicas são instituições sociais para certa finalidade. Essa teoria leva em consideração argumentos sociológicos e aqui está uma importante crítica a ela. Esses argumentos metajurídicos são mutáveis de acordo com a ordem social existente e são abstratos demais para o direito os considerar como essenciais para a formação da pessoa jurídica. Se algo era socialmente relevante para a criação de um ente associativo há cinquenta anos e hoje não é mais, a pessoa jurídica deixa de existir? Percebe-se que existe uma boa dose de generalização e lacunas difíceis de serem preenchidas para a aceitação dessa teoria.

Mas de todas as teorias comumente tratadas ao longo do tempo sobre o intrigado tema da pessoa jurídica, a mais aceita é a *teoria da realidade técnica jurídica*, segunda a qual a pessoa jurídica é uma criação legal: um instrumento técnico criado pelas legislações. Dentro desse sistema ela vive um intenso dinamismo envolvido por certas funções e atividades. Trata-se de um *símbolo incompleto* (HART). Porque “fora do contexto normativo em que pode vir inserida, ela nada indica com precisão; portanto, o jurista jamais poderá perguntar o que é a pessoa jurídica, ou qual a sua diferença em relação à pessoa física, mas sim a que se refere a expressão ‘pessoa jurídica’, numa norma determinada”.⁹² Assim é PIERO VERRUCOLI, quando diz que a pessoa jurídica é um privilégio e tem seu caráter então relativizado (*supra*, n. 7).

Feitas essas breves considerações e seguindo o dinamismo das pessoas jurídicas (COMPARATO-SALOMÃO), deve-se observá-las pela óptica das normas que tratam da desconsideração. Ter personalidade jurídica material não significa ter um *acervo de bens* próprio mas também ter a sua vontade institucionalizada reconhecida pelo direito. Quando se “desconsidera” a pessoa jurídica, em verdade torna-se a autonomia patrimonial desse acervo de bens imperfeita ou relativa para atingir bens de terceiro (sócios na desconsideração jurídica direta; sociedade, na indireta), porque se suspende a eficácia da limitação da responsabilidade dos bens. Não há portanto uma ineficácia ou

⁹¹. COMPARATO-SALOMÃO, *O poder de controle na sociedade anônima*, p. 333.

⁹². COMPARATO-SALOMÃO, *O poder de controle na sociedade anônima*, p. 341.

anulação da pessoa jurídica porque ela não se resume ao seu aspecto patrimonial. Tanto isso é verdade que, se levássemos o entendimento contrário avante, a pessoa jurídica que tivesse um patrimônio negativo não teria mais personalidade jurídica e não poderia praticar seus atos negociais e processuais, o que é um absurdo. Quando se desconsidera a personalidade jurídica apenas se mitiga um de seus aspectos mas a pessoa jurídica continua válida, inclusive para o caso em que está sendo “desconsiderada”, pois neste suspende-se somente a sua autonomia patrimonial, suspendendo-se também a limitação da responsabilidade do sócio (*infra*, n. 12). É por isso que COMPARATO-SALOMÃO distingue *despersonalização* e *desconsideração* da pessoa jurídica, pois “na primeira, a pessoa coletiva desaparece como sujeito autônomo, em razão da falta original ou superveniente das suas condições de existência, como, por exemplo, a invalidade do contrato social ou a dissolução da sociedade. Na segunda, subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios ou componente; mas essa distinção é afastada, provisoriamente e tão-só, para o caso concreto”.⁹³ É assim porque a personalidade jurídica vem com o registro, mas a sociedade nasce com o acordo de vontade entre os sócios (CC, arts. 997-998)

A desconsideração da pessoa jurídica nada mais é portanto do que a expressão da própria *instrumentalidade da personalidade jurídica*.

11. Terminologia correta

Feitas todas essas considerações de ordem teórica e prática, é necessário analisar também a expressão comumente utilizada para tratar do instituto: *desconsideração da personalidade jurídica*, chamada pelos alemães de *Durchgriff bei juristischen Person*, pelos italianos de *superamento della personalità giuridica*, e pelos países de *common law* de *lifting the corporate veil* ou *disregard the corporate entity*. MENEZES CORDEIRO critica o termo *desconsideração* (oriundo de *disregard*) por entendê-lo deselegante, por se tratar de uma fórmula anglo-saxônica e por conter “um sabor pejorativo inadequado”.⁹⁴ É contra também a expressão *penetração* (vindo do alemão *Durchgriff*) por

⁹³. COMPARATO-SALOMÃO, *O poder de controle na sociedade anônima*, p. 353.

⁹⁴. ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, vol. I, t. III, p. 618.

ser também deselegante e ser “excessivamente incisiva”.⁹⁵ O português entende que a palavra *superação* (desta vez do italiano *superamento*) é elegante porque traduz a idéia de remover um obstáculo, porém a pessoa jurídica “não é um obstáculo, mas algo de perfeitamente regular, a afastar, apenas, em certos casos”.⁹⁶ Opta ele então pela expressão *levantamento*, por entendê-la neutra e que pode ser preenchida por significado jurídico.⁹⁷

Apesar de MENEZES CORDEIRO entender que a palavra *levantamento* é neutra, ela não traduz a melhor técnica. O verbo *levantar* tem vários significados e pode ser erguer alcançar, como também remover, afastar⁹⁸ e *desconsiderar* é tratar sem respeito ou desatenção.⁹⁹ Ambas as idéias expressam o sentido de *penetração* (linguagem também não apropriada e utilizada pelos alemães) da pessoa jurídica, mas na técnica da desconsideração esta se mantém intacta e com sua personalidade jurídica mitigada. *Mitigada* porque se suspendem apenas alguns aspectos da personalidade jurídica de algumas pessoas jurídicas, quais sejam, a autonomia patrimonial e a limitação da responsabilidade dos sócios.¹⁰⁰

É este o sentido correto do instituto e a expressão *desconsideração* só pode ser utilizada se expressar esse sentimento. Tornando à teoria dos atos jurídicos, eles são ou tornam-se eficazes ou ineficazes, válidos ou nulos, existentes ou inexistentes.¹⁰¹ Nenhum ato jurídico é capaz de levantar e tecnicamente algo tampouco é

⁹⁵. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, vol. I, t. III, p. 619.

⁹⁶. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, vol. I, t. III, p. 619.

⁹⁷. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, vol. I, t. III, p. 619.

⁹⁸. AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*, p. 1.895.

⁹⁹. AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*, p. 1.201.

¹⁰⁰. MARÇAL JUSTEN FILHO entende que a acepção vocabular para desconsideração significar apreciar a “situação jurídica tal como se pessoa jurídica não existisse, o que significa que se trata a sociedade e o sócio como se fossem uma mesma e única pessoa”, in *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*, n. 2.1.2, p. 55.

¹⁰¹. Para extirpar qualquer dúvida, a desconsideração não diz respeito a um fato jurídico tampouco a um negócio jurídico. ANDREA TORRENTE-PIERO SCHLESINGER explicam que “per fatto giuridico si intende qualsiasi avvenimento cui l’ordinamento ricollegghi conseguenze giuridiche (ad es.: se un fiume si costituisce um nuovo letto, abbandonando l’antico, il terreno abbandonato rimane assoggettato al regime proprio del demanio pubblico, art. 946 c.c., Alveo abbandonato). Si distinguono fatti *materiali* o *bruti* (quando si verifica un mutamento della situazione preesistente *in rerum natura*, nel mondo esterno, *fisico* o *sensibile*, percepibile dall’uomo con i sensi: l’abbattimento di un albero, la distruzione di un documento) e fatti in senso ampio, comprensivi sia di omissioni (ad es: mancato esercizio di un diritto che, se l’inerzia si potrae continuamente per il tempo determinato dalla legge, art. 2934 c.c., conduce alla estinzione del diritto per prescrizione), sia di c.d. fatti *interni* o *psicologici* (ad es.: affinché sia ammissibile l’azione revocatoria di un atto di disposizione posto in essere da un debitore occorre che il debitore *conoscesse* il pregiudizio che l’atto arrecava alle ragioni del creditore, art. 2901, comma 1, n. 1 cod. civ.)”. Continua ao dizer que “si parla

levantado. Quando se fala em desconsiderar a pessoa jurídica (ou penetrá-la, superá-la), na correta técnica ocorre a suspensão da *eficácia* da autonomia patrimonial e da limitação da responsabilidade dos sócios e não o levantamento de sua personalidade. Apesar de a palavra *levantamento* poder ser preenchida com algum significado jurídico, insere-se muito melhor na teoria dos atos jurídicos a expressão *suspensão da eficácia* do que o *levantamento* da personalidade jurídica.¹⁰²

Apenas por uma questão de conveniência e para facilitar a linguagem será mantida a terminologia *desconsideração*, mas com as ressalvas acima feitas, sempre com os olhos voltados para o seu real significado e com a amplitude do conceito.

12. Conceito de desconsideração – responsabilidade e não obrigação

Mas afinal o que é *desconsiderar* a pessoa jurídica? Em que consiste *levantar o seu véu*? MARÇAL JUSTEN FILHO corretamente afirma ser tarefa árdua conceituar a desconsideração, porque ela foi um instituo criado a partir de uma prática jurisprudencial e não pela ciência do direito, ou seja, não partiu de fundamentos teóricos já definidos e sistematizados.¹⁰³

di fatti giuridici *in senso stretto* o *naturali* quando le conseguenze giuridiche sono ricollegate ad un evento senza che assuma rilievo se a causarlo sia intervenuto o meno l'uomo". Fala-se em atos jurídicos quando "l'evento causativo di conseguenza giuridica postula un intervento *umano* (così è, ad es., per tutti i reati, i contratti, le sentenze, oppure per l'occupazione di una *res nullius*, art. 923 cod. civ., o per la specificazione, art. 940 cod. civ., ecc.). Por fim, há os negócios jurídicos, "con le quali i privati esprimono la volontà di regolare in un determinato modo i propri interessi, nell'ambito dell'autonomia a loro riconosciuta dall'ordinamento", in *Manuale di diritto privato*, §§ 96-97, pp. 189-191. Cfr. também CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, nn. 87 ss, pp. 353 ss; ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, I, n. 12, p. 61 ss; MANUEL A. DOMIGUES DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, II, nn. 53-54, pp. 1-11. A desconsideração é obviamente de um ato jurídico porque há a participação humana (por isso não é fato jurídico) e não há um acordo de vontade para a produção dos efeitos desejados (daí não ser um negócio jurídico). Para maior profundidade sobre o tema em geral, cfr. ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia*, pp. 23 ss.

¹⁰². Em Portugal diz-se personalidade *colectiva*, em vez de personalidade *jurídica*. Tal expressão foi introduzida lá por conta de GUILHERME ALVES MOREIRA, em razão das suas *Instituições de direito civil*, § 14.

¹⁰³. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*, n. 2.1.1, p. 54.

Partindo-se da correta premissa de ULRICH DROBNIG de que personalidade jurídica e limitação de responsabilidade não se unem de modo inseparável,¹⁰⁴ os doutrinadores da *Durchgriff* demonstram que desconsiderar a pessoa jurídica é *suspender a eficácia* da personalidade jurídica, que fora do caso concreto continua plenamente eficaz.¹⁰⁵ Esse raciocínio só pode ser mantido caso se entenda a suspensão da personalidade jurídica *material* (*supra*, n. 10), porque a personalidade jurídica *processual*, ou seja, a capacidade de ser parte e a legitimidade a pessoa jurídica não perde (*infra*, n. 45). Para ficar em termos mais claros e como um dos aspectos da personalidade jurídica material é, geralmente, a limitação da responsabilidade (*supra*, n. 10), suspende-se na verdade a eficácia da limitação da responsabilidade dos sócios ou da sociedade, nos restritos casos possíveis de desconsideração inversa (*infra*, n. 17). Trata-se de responsabilidade por *penetração* (*Durchgriffshaftung*), como meio de proteger interesses patrimoniais não atendidos de credor, com base em critérios que façam prevalecer a *ordem pública* e a *finalidade* das normas de direito societário (MÜLLER-FREINFELS – *supra*, n. 5). Institui-se assim a *responsabilidade patrimonial* subsidiária do sócio ou sociedade por dívida de terceiros (sociedade ou sócios).

¹⁰⁴. ULRICH DROBNIG, *Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften*, p. 20. Também CALIXTO SALOMÃO FILHO, *O novo direito societário*, p. 234. Nesse sentido, ainda o italiano PIERO VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, p. 203.

¹⁰⁵. Não só na doutrina alemã se encontra essa definição, como também na americana, representada pelo clássico MAURICE WORMSER, in *Disregard of the corporate fiction and allied corporation problems*, pp. 42 ss.. Na doutrina brasileira idem, como demonstra COMPARATO-SALOMÃO ao disporem que desconsiderar “não deve ser a destruição da *entidade* pessoa jurídica, mas a suspensão dos efeitos da separação patrimonial *in casu*”, in *O poder de controle na sociedade anônima*, p. 347. LAMARTINE CÔRREA concorda com COMPARATO-SALOMÃO e diz que “de modo correto, a consequência da *desconsideração* não é a nulidade – absoluta ou relativa – do ato, negócio, ou relação, mas sua *ineficácia*”, in *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 552. Assim entende também RUBENS REQUIÃO quando afirma que a desconsideração “é o caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo todavia a mesma incólume para seus outros fins legítimos”, in *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine)*, *Revista dos Tribunais* 410/14. Também FREDIE DIDIER JR., para o qual “a teoria da desconsideração não tem por fim finalidade extinguir a pessoa jurídica – trata-se de uma técnica de suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, de modo a buscar, no patrimônio dos sócios, bens que respondam pela dívida contraída”, in *Regras processuais no código civil*, n. 3, p. 6. Idem PAULO SALVADOR FRONTINI, in “Sociedade comercial ou civil entre cônjuges: inexistência, validade, nulidade, anulabilidade ou desconsideração desse negócio jurídico?”, *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, 43/45.

Caso de *responsabilidade societária*, como diz CALIXTO SALOMÃO. Não se pode falar em responsabilidade civil¹⁰⁶ sem obrigação porque essa pressupõe a possibilidade do regresso contra o devedor. E seria impossível se imaginar isso, porque é evidente que aquele que praticou a fraude (sócio ou sociedade) não pode exercer o regresso contra o devedor (pessoa jurídica). Veja-se o absurdo: o sócio controlador comete uma fraude e por conta disso tem suspensa a limitação de sua responsabilidade. Penhoram-se seus bens. Se considerarmos que se trata de responsabilidade civil, ele poderia voltar-se contra a sociedade e ela seria onerada por uma situação estruturada de tal maneira que beneficiaria somente esse acionista controlador. Para essa questão, a diferença entre a responsabilidade civil e a responsabilidade societária está no fato de que o responsável será sempre o beneficiário e que não necessariamente precisam ser os executores do ato ilícito.¹⁰⁷ No direito civil isso não ocorre, porque, p.ex., o fiador não é o beneficiário do negócio. Por isso não se pode equiparar a figura do sócio a de um garante. Além do mais, se o administrador (executor) age de acordo com as ordens do sócio controlador, será este o perseguido e não aquele.¹⁰⁸ Por isso é inadequado falar em responsabilidade civil sem obrigação mas sim em *responsabilidade societária*. Sabidamente isso é possível porque a doutrina já separou há muito tempo a obrigação (*Shuld*) da responsabilidade (*Haftung*). Mas logicamente que se a desconsideração for indevida, o regresso está garantido.

Desconsiderar é suspender temporariamente a personalidade jurídica para se averiguar qual o seu substrato. *Desconsiderar para fins de responsabilidade* é suspender a eficácia da limitação da responsabilidade instituída por uma norma de direito e declarar a responsabilidade executiva subsidiária indireta (ou seja, por dívida de terceiros). Essa definição terá consequências processuais importantes, especialmente para se averiguar a posição do responsável subsidiário (sócio ou sociedade) dentro do processo.

¹⁰⁶. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também acompanha essa posição: STJ, 3ª T., Resp 1036398/RS, rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 16.12.08, v.u., DJ 3.2.09.

¹⁰⁷. CALIXTO SALOMÃO FILHO, *O novo direito societário*, p. 237.

¹⁰⁸. CALIXTO SALOMÃO FILHO, *O novo direito societário*, p. 237.

§ 3º. Hipóteses de desconsideração

13. Atributiva (*Zurechnungsdurchgriff*)

A doutrina alemã intitula essa hipótese de desconsideração como *Zurechnungsdurchgriff*, traduzida para o português como *desconsideração atributiva*.¹⁰⁹ Trata-se de *características pessoais dos sócios que podem ser atribuídas à sociedade ou vice-versa*. É assim a hipótese da súmula n. 486 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “admite-se a retomada para sociedade da qual o locador, ou seu cônjuge, seja sócio, com participação predominante no capital social”, a teor do art. 52, inc. II, da *Lei de locação*. Também o critério do controle para se verificar a nacionalidade da pessoa jurídica, especialmente importante em situações bélicas¹¹⁰ ou também naquelas em que a segurança nacional esteja em jogo, como se dá no caso de pesquisa e lavra de recursos minerais e aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica (CF, art. 176, § 1º) e na situação de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens (CF, art. 222), por exemplo. Sobre comportamentos dos sócios que podem contaminar a sociedade, traz CALIXTO o exemplo também de dolo de terceiro (CC, art. 148), que para constituir vício do ato jurídico, exige-se que esse terceiro tenha ou devesse ter conhecimento a parte a quem ele aproveite. Nessa situação o sócio não seria considerado terceiro em relação à sociedade. Traz o autor também uma situação em que, com base no direito alemão, ele enquadra como desconsideração atributiva mas que não tem paralelo legal com o Brasil. Trata-se da hipótese de *conhecimentos do sócio que podem ser atribuídos à sociedade*: “o caso típico de aplicação dessa regra decorre de uma peculiaridade do sistema alemão, qual seja, a existência de uma regulamentação específica para a aquisição de propriedade em boa-fé. Nos negócios entre sócio único e sociedade não se aplicam as regras de aquisição de boa-fé, pois não é possível sustentar que o sócio único

¹⁰⁹. CALIXTO SALOMÃO FILHO, *O novo direito societário*, p. 219.

¹¹⁰. Situação essa muito discutida por SERICK, in *Forma e realtà della persona giuridica*, pp. 42 ss.

possa ignorar a existência do precedente vínculo contratual entre essa e um terceiro (ou vice-versa)”.¹¹¹

Apesar de muitos considerarem o caso *Salomon v. Salomon & Co* o *leading case* acerca de desconconsideração (*supra*, n. 7), MAURICE WORMSER traz o verdadeiro primeiro caso, julgado por uma corte norte-americana em 1.809. Trata-se do caso *Bank of United States vs. Deveaux*, no qual se descon siderou a personalidade jurídica com o fim de verificar a qualificação dos sócios para se determinar a competência da justiça para julgamento do caso. Isso porque o artigo 3º, seção 2, da Constituição americana afirma que será competente a justiça federal para julgar controvérsias entre cidadãos de diferentes Estados.¹¹² A Suprema Corte americana disse que *substancial e essencialmente* as partes nos litígios são os seus sócios.¹¹³ Esse foi um caso autêntico de descon sideração da personalidade jurídica atributiva (à sociedade foi atribuída a qualificação dos sócios) que teve fins processuais, qual seja, a determinação da competência.

Apesar de não existir uma situação legal como aquela alemã no Brasil, essa regra é perfeitamente aplicável ao ordenamento brasileiro, com base no princípio da boa-fé objetiva e na função social do contrato. Isso porque, a pessoa jurídica está sendo usada para dar força à fraude e promover assim a injustiça. Esses comportamentos e características do sócio que podem contaminar a sociedade (ou vice-versa), extraídos da doutrina de SCHANZE, são importantes porque eles trazem, além das conseqüências extraprocessuais (suspensão da eficácia da limitação da

¹¹¹. *O novo direito societário*, p. 220.

¹¹². Diz textualmente o artigo, com a redação dada pela décima-primeira emenda: “the judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority; to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls; to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction; to Controversies to which the United States shall be a Party; to Controversies between two or more States; between a State and Citizens of another State; between Citizens of different States; between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects”.

¹¹³. *Disregard of the corporate fiction and allied corporation problems*, pp. 44 ss. Assim é o voto do Chief Justice MARSHALL, no sentido de descon siderar a personalidade jurídica para preservar a competência da justiça federal quando se trata de pessoa jurídica: “was compelled to look beyond the entity to the character of the individuals who compose the corporation”, in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, vol. I, t. III, p. 618.

responsabilidade – *supra*, n. 12), também alterações endoprocessuais relevantes depois de preenchidos determinados requisitos, como se verá adiante.

O Superior Tribunal de Justiça julgou determinado caso em que estendeu a sanção administrativa de uma sociedade a outra criada para burlá-la. Trata-se de exemplo que comprova a aplicação da desconsideração atributiva, porque comportamento de sócios e sociedade foi transferido a outra criada com finalidade desviada.¹¹⁴

14. Confusão

É umas das hipóteses mais rotineiras de desconsideração da pessoa jurídica para fins de responsabilidade (*Haftungsdurchgriff*) e positivada pelo art. 50 do Código Civil.

A *confusão patrimonial* ocorre quando há uma espécie de fusão entre o patrimônio do sócio e da sociedade, ou seja, quando não é mais possível distinguir se determinado bem é do sócio ou da pessoa jurídica. Na pura técnica do direito civil,¹¹⁵ a confusão dá-se quando a qualidade de credor e de devedor venham a reunir-se na mesma pessoa (TORRENTE-SCHLESINGER).¹¹⁶ No que tange à desconsideração, a confusão está conectada a uma interpretação *funcional* da pessoa jurídica, como afirmam COMPARATO-SALOMÃO.¹¹⁷ Pois a *mens* da criação de uma pessoa jurídica é a separação patrimonial entre ela e os membros que a compõem. Ocorrendo a confusão do patrimônio, há um desvio de função e deve entrar em cena a desconsideração da personalidade jurídica.

DROBNIG corretamente afirma que a mistura de patrimônio por si só não é suficiente para justificar a desconsideração da personalidade jurídica,

¹¹⁴. STJ, 2ª T., ROMS 15166/BA, rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 7.8.03, v.u., DJ 8.9.03.

¹¹⁵. SANTORO-PASSARELLI fala em confusão *de pessoas* e confusão *de coisas*, in *Dottrine generali del diritto civile*, pp. 99 ss.

¹¹⁶. *Manuale di diritto privato*, § 225, p. 390.

¹¹⁷. *O poder de controle na sociedade anônima*, pp. 351-352.

de modo que é necessário que haja um *esvaziamento do patrimônio social*.¹¹⁸ Assim é porque o inteiro domínio não é mau mas sim o modo pelo qual esse poder é exercido. Deve-se lembrar que a pessoa jurídica nada mais é do que uma técnica de separação patrimonial. Pois se o sócio controlador não respeita esse princípio básico, não há porque a lei ou juiz respeitá-lo.¹¹⁹

Há também um instituo de um caráter mais amplo, trazido por CALIXTO SALOMÃO. Trata-se de *confusão de esferas*. Ela se dá sob duas formas em que não é possível distinguir claramente a sociedade da figura do sócio:¹²⁰ a) quando há confusão de patrimônios, denominação social¹²¹ ou organização societária ou (b) quando há formalidades societárias necessárias para essa separação que não são seguidas, porque o controlador tratou o patrimônio social como se fosse mero desdobramento do seu acervo próprio.¹²² São exemplos de desrespeito às formalidades societárias trazidos pela doutrina: ausência de assembleias gerais e reuniões de diretoria e acionistas, depósito de pagamento à sociedade na conta bancária do sócio, a diretoria de uma sociedade controladora que estabelece regras da sociedade controlada.¹²³ Mas é de ressaltar que a observância a essas regras não confere ao controlador imunidade para a suspensão da eficácia da limitação de

¹¹⁸. *Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften*, pp. 34-35. Logicamente que a mistura por si só não é fator suficiente que autoriza a desconsideração. Porque se há a confusão mas o credor consegue distinguir patrimônio suficiente da sociedade, falta-lhe interesse jurídico para pedir a desconsideração.

¹¹⁹. COMPARATO-SALOMÃO, *O poder de controle na sociedade anônima*, p. 450.

¹²⁰. CALIXTO SALOMÃO FILHO, *O novo direito societário*, p. 221. Também MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, v.I, t. III, p. 628.

¹²¹. CALIXTO lembra que a confusão da denominação social aproxima-se muito da teoria da aparência, in *O novo direito societário*, p. 221. DROBNIG traz um interessante caso, que também foi relatado por LAMARTINE CÔRREA: W.S.G. era um comerciante individual de têxteis e sócio único da W.S.G.W. – GmbH, cujo objeto social era o comércio de têxteis, vidros, brinquedos e jogos. O último W era referente à cidade natal do comerciante individual e do local de exercício da atividade da sociedade. O comerciante emitiu determinadas letras de câmbio. Firmou ele a letra como G e acrescentou o carimbo da sociedade mesmo sem ter poder de representação. O título foi penhorado por credor da sociedade e G embargou com a alegação de ser ele o verdadeiro credor e não a sociedade. Mas ele perdeu porque confundiu as barreiras entre o seu negócio comercial e o da sociedade, in ULRICH DROBNIG, *Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften*, pp. 32-33; LAMARTINE CÔRREA, *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 335.

¹²². WALFRIDO JORGE WARDE JÚNIOR, *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*, n. 4.1.2, p. 209. Para mais exemplos, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, v.I, t. III, p. 628.

¹²³. WALFRIDO JORGE WARDE JÚNIOR, *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*, n. 4.1.2, p. 209.

sua responsabilidade, porque pode ser provada que em realidade é ele o titular do patrimônio social.¹²⁴

15. Fraude e abuso

Esses são os casos mais tratados acerca da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que os tribunais mais se dedicaram a decidir e que as legislações mais se preocuparam em positivar, pois em quase todos os dispositivos legais brasileiros constam essas hipóteses (*infra*, n. 20). A distinção entre fraude e abuso está no fim do ato. O ato ilícito viola de forma frontal a lei e pressupõe a inexistência de direito do agente. Já o ato abusivo significa que, apesar de o condutor ter o direito subjetivo, ele pratica algum ato anormal na sua conduta e, portanto, um desvio de finalidade. Pois, “a irregularidade do ato abusivo está no exercício do direito ou da situação subjetiva. Ademais, reveste-se o ato abusivo da chamada aparência de legalidade, que não está no ato ilícito”, mas ambos são passíveis de reparação, como bem afirma HELENA ABDO.¹²⁵ Seja por meio de ato ilícito fraudulento ou abusivo, o fato é que ocorre um mau uso da pessoa jurídica, o que justifica a desconsideração. Lógico que para que a fraude ou abuso ocorra, é necessário que haja a *intenção* e justamente por isso os azares do crédito e dos negócios não são requisitos suficientes para que ocorra a desconsideração ou mesmo o fechamento irregular da pessoa jurídica. Como diz DINAMARCO, “sem fraude não se desconsidera a personalidade jurídica, sendo extraordinários na ordem jurídica os casos de desconsideração precisamente porque a fraude e a má-fé não são fatos ordinários na vida das pessoas e no giro de seus negócios”.¹²⁶

Ao se falar em abuso, CALIXTO SALOMÃO traz uma distinção. Diz ele que há abuso individual e institucional. O primeiro seria aquele uso indevido da pessoa jurídica “com o objetivo específico de causar dano a terceiro”.¹²⁷ Já o abuso institucional seria aquele que em que há uma geral “utilização do privilégio da

¹²⁴. WALFRIDO JORGE WARDE JÚNIOR, *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*, n. 4.1.2, p. 209.

¹²⁵. *O abuso do processo*, n. 18, p. 105.

¹²⁶. *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 660, p. 1183.

¹²⁷. *O novo direito societário*, p. 222.

responsabilidade limitada contrária a seus objetivos e à sua função” e tem como diferença a desconsideração em benefício a qualquer credor.¹²⁸

A fraude é o requisito mais presente na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade para fins de responsabilidade (*supra*, n. 15) e grande parte da doutrina e jurisprudência desenvolveram a teoria pensando em um meio de combater esse elemento. Ela pode se dar sob duas formas. A primeira é a *fraude à lei*, que ocorre “com a utilização de uma pessoa jurídica sempre que os destinatários de determinada forma jurídica se ocultassem por trás de pessoa jurídica já existente ou criada para tal finalidade específica, subtraindo-se assim à incidência da norma”,¹²⁹ como afirma LAMARTINE. Também há a *fraude a disposições contratuais*, que se dá quando o sócio visa a utilizar a pessoa jurídica para driblar determinada vedação a algum contrato. SERICK traz um interessante exemplo. A pessoa assume contratualmente uma obrigação de não-fazer e, para burlar essa cláusula, constitui determinada pessoa jurídica para a prática do ato.¹³⁰

16. Desconsideração em benefício do sócio

Essa situação se dá quando o sócio único é legitimado a postular em nome próprio direito da sociedade. CALIXTO SALOMÃO adverte que para que isso ocorra é necessário que a sociedade esteja impossibilitada de obter o ressarcimento em seu próprio nome e que ela seja unipessoal.¹³¹ Na verdade, esse último requisito pode ser relativizado, pois nada impede que uma sociedade com mais de um sócio mas que tenha um *dominus negotii* absoluto possa se enquadrar nessa situação. Como diz CALIXTO, no Brasil essa espécie de desconsideração tem pouca aplicação prática raciocínio não. Pois a “jurisprudência brasileira parece muito mais inclinada a ampliar o conceito de dano do que reconhecer formas indiretas de legitimação extraordinária (tendo em vista sobretudo o disposto no art. 6º CPC, que prevê a excepcionalidade da legitimação extraordinária). No Brasil, a desconsideração benéfica para o sócio ou a sociedade parece ser mais útil no campo contratual, para extensão de conceitos, como o de proprietário, por

¹²⁸. *O novo direito societário*, p. 222.

¹²⁹. *A dupla crise da pessoa jurídica*, p. 300.

¹³⁰. *Forma e Realtà della persona giuridica*, pp. 40 ss.

¹³¹. CALIXTO SALOMÃO FILHO, *O novo direito societário*, p. 224.

exemplo, do sócio para a sociedade e vice-versa”,¹³² como ocorre, p.ex., com a súmula n. 486 do Supremo Tribunal Federal.

17. Desconsideração inversa

Essa hipótese diz respeito à responsabilidade da sociedade por dívidas pessoais do sócio. Sabidamente os credores pessoais possuem outros mecanismos para a satisfação do seu crédito, a começar pela penhora das quotas ou ações de propriedade desse sócio (CPC, art. 655, inc. VI) e promoção da sua venda judicial ou, a depender dos casos, requerer a sua liquidação. Ou até mesmo penhorar os dividendos do sócio, se forem economicamente viáveis. Pode também o credor do sócio requerer a sua insolvência civil (CPC, arts. 748-786). Há portanto opções para esse credor que não a invasão do patrimônio da sociedade. Além do mais, a desconsideração inversa pode prejudicar os demais sócios e também os credores sociais, que terão o patrimônio da sociedade diminuído. A proteção do capital social como garantia dos credores é a principal razão para se limitar a utilização dessa modalidade de desconsideração.¹³³

Mas há situações excepcionalíssimas em que é possível a desconsideração inversa. Na doutrina alemã essa hipótese é restrita às sociedades unipessoais e ULRICH DROBNIG afirma que não há impossibilidade de se aplicar a essa desconsideração as mesmas características da desconsideração direta, mormente quando a demora na obtenção da penhora da participação social do sócio-devedor¹³⁴ coloque em jogo a satisfação do direito.¹³⁵ Ou seja, parece afirmar DROBNIG que é necessário um *periculum in mora* na penhora, para que se evite o esvaziamento do patrimônio social e os resultados das quotas se tornem *letra morta*. Já CLAUS-WILHELM CANARIS defende que a desconsideração inversa só tem sentido na situação de o sócio ter criado a aparência de ter negociado em nome da sociedade.¹³⁶ CALIXTO SALOMÃO corretamente sustenta que não há

¹³². *O novo direito societário*, p. 226.

¹³³. CALIXTO SALOMÃO FILHO, *O novo direito societário*, p. 223.

¹³⁴. Nesse caso, *devedor* sim e não *responsável*, como na desconsideração direta.

¹³⁵. ULRICH DROBNIG, *Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften*, pp. 68 ss.

¹³⁶. *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, p. 179. CALIXTO SALOMÃO acertadamente defende que é errada essa posição porque essa situação está muito mais próxima da teoria da aparência do que propriamente desconsideração, in *O novo direito societário*, p. 223.

razão para que esse tipo de desconsideração seja feito exclusivamente às sociedades unipessoais. Isso porque, apesar de não existir prejuízo para os demais sócios, os credores sociais poderão ser prejudicados do mesmo jeito do que podem ser nas sociedades unipessoais.¹³⁷ Afirma o professor das *Arcadas* que a transferência de capital do sócio para a sociedade gera uma contrapartida, que é o benefício auferido por esta. Defende ele portanto que a desconsideração seja limitada ao valor da transferência indevida do patrimônio, porque “não é razoável que a responsabilidade da sociedade ultrapasse o valor dessa transferência”.¹³⁸ Com isso, ele defende que não há qualquer diminuição da garantia dos credores sociais. Inclusive não haveria qualquer agressão ao capital social, de modo que “a hipótese que se está imaginando é a de uma transferência sem contrapartida real, excluindo-se portanto, inclusive, o caso de contrapartida consistente em aumento de capital contra emissão de ações ou quotas”.¹³⁹ Ele analisa também a questão quando a desconsideração em sentido inverso é aplicada se há a possibilidade de penhora da participação social do sócio-devedor. E o critério adotado por ele é o *interesse do credor*, que prefere ver o recebimento do seu crédito à participação do capital social. Sem contar que a sociedade pode ter um patrimônio líquido negativo e essa verificação contábil poderá ser o critério diferenciador entre a utilização de um ou outro instituto. Ainda mais: na penhora das quotas os credores sociais têm preferência, já que o pagamento dos haveres se dá na medida da participação no saldo positivo do patrimônio líquido.¹⁴⁰ Portanto, às vezes a penhora pode não significar muito.

Feitas essas considerações teóricas importantíssimas, chega-se uma conclusão, a partir de uma premissa essencial: a transferência indevida de patrimônio do sócio para a sociedade, que será sempre necessária. A primeira situação é a de sociedade de pessoas, na qual não é possível a penhora de quotas. Nessa hipótese será possível a desconsideração em sentido inverso mesmo se o *critério contábil* do patrimônio líquido negativo não estiver presente. Mas o credor pessoal tem o ônus de demonstrar que, apesar de existir patrimônio líquido positivo, ele é insuficiente para a satisfação do seu crédito e portanto os dividendos devidos ao sócio não são capazes de liquidar a dívida.

¹³⁷. CALIXTO SALOMÃO FILHO, *O novo direito societário*, p. 223.

¹³⁸. CALIXTO SALOMÃO FILHO, *O novo direito societário*, p. 223.

¹³⁹. CALIXTO SALOMÃO FILHO, *O novo direito societário*, pp. 223-224.

¹⁴⁰. CALIXTO SALOMÃO FILHO, *O novo direito societário*, p. 224.

Já na sociedade de capital, em que há a possibilidade de penhora de participação do capital social, o *critério contábil* é essencial, para que haja a demonstração de patrimônio líquido negativo. Porque se o for positivo o resultado social, consoante a regra do art. 1.026 do Código Civil, o credor do sócio poderá penhorar os dividendos efetivos devidos a esse sócio (e logicamente se fazer valer de medidas urgentes para o resguardo do seu direito, como arresto *etc.* – *infra*, n. 38), bem como a medida de sua participação do patrimônio líquido. Para que o credor do sócio possa utilizar o critério contábil, ele poderá também pleitear medidas necessárias para acesso aos dados pertinentes, como produção antecipada de provas ou exibição de documentos, a depender do caso.

Conclusões como essa preservam o direito do credor do sócio e não prejudicam o direito dos credores sociais.

18. Subcapitalização

Há a *subcapitalização nominal*, em que a sociedade está precisando de capital e o sócio, em vez de injetar dinheiro na sociedade sob a forma de aumento de capital, faz um empréstimo e se torna credor da sociedade. Nessa situação, ele concorre com os demais credores e seu crédito é quirografário, a teor do art. 83 da *Lei de falência e recuperação de empresa*. Por outro lado, há a *subcapitalização material*, na qual a sociedade exerce sua atividade sem capital suficiente.

Nessa subcapitalização material, a doutrina faz distinção entre subcapitalização *simples* e *qualificada*.¹⁴¹ Esta se daria quando seria evidente que o capital social não é suficiente para a realização do objeto social da sociedade e isso já seria motivo suficiente para a responsabilização do sócio. Na verdade, tal situação aproxima-se da fraude à lei, na medida em que a pessoa que cria uma sociedade nitidamente subcapitalizada não tem outra intenção senão lesar terceiros. Já a subcapitalização simples ocorre quando não é evidente a falta de capital e é necessário demonstrar algum ato subjetivo cometido pelo sócio ou sociedade com o fim de deixar a sociedade sem capital suficiente à sua atividade.

¹⁴¹. CALIXTO SALOMÃO FILHO, *O novo direito societário*, p. 221.

Especialmente a desconsideração simples é de difícil aplicação no país, na medida em que o Brasil não há regra do capital social mínimo para constituição de sociedade. Em algumas situações específicas, há essa exigência, como ocorre em licitações, a teor do art. 31, §§ 2º e 3º da *Lei de Licitações*, mas não se trata de exigência para *constituição* e sim de contratação entre sociedade particular e o Poder Público.

Diante dessa situação dogmática brasileira, CALIXTO SALOMÃO corretamente defende a aplicação da teoria da desconsideração quando se trata de subcapitalização *qualificada*.¹⁴² Esse raciocínio procede porque não há norma no direito brasileiro que exija capital social mínimo e também porque a subcapitalização qualificada aproxima-se muito da *fraude* e o ordenamento privilegia a boa-fé e a segurança nas relações jurídicas.

19. Desconsideração sucessiva e *per saltum*

Trata-se de interessante caso de *sucessivas insolvências* de sociedades. Veja-se a situação: A sociedade *A* é detentora de maioria do capital social da sociedade *B*, que por sua vez tem como sócia majoritária a sociedade *C*, cuja maioria do capital social é detida pela pessoa natural *D*. A sociedade *A* é devedora de enorme quantia e cometeu uma situação autorizadora da desconsideração, como p.ex., fraude. Pode o credor de *A* atingir o patrimônio da sociedade *B* mas desde que esteja comprovada ser indevida a transferência do patrimônio de *A* para *B*. E se quiser atingir o patrimônio de *C* e *D*, também terá que demonstrar ser indevida a transferência do acervo patrimonial com um adicional: terá que demonstrar que a sociedade desconsiderada tem patrimônio líquido negativo (sempre o *critério contábil*). Essa exigência é necessária para proteger ao máximo os credores sociais da sociedade a ter seu patrimônio afetado. Portanto, em cada desconsideração deverá o credor comprovar a insolvência da sociedade a ser desconsiderada.

¹⁴². *O novo direito societário*, p. 222.

A conclusão a que se chega é que para cada desconsideração deverá o credor comprovar uma causa que a autorize. Mas não necessariamente deverá ser a mesma causa da anterior, pois nada impede que uma sociedade seja desconsiderada com fundamento na fraude e outra com base em confusão. O essencial é então que haja uma situação que autorize a desconsideração.

Mas pode surgir a situação em que o credor já queria fazer uma desconsideração *per saltum*. Ou seja, para atingir o patrimônio de determinada sociedade não necessite pedir a desconsideração das sociedades anteriores. Tornando ao exemplo acima, o credor da sociedade A pode atingir diretamente o patrimônio da sociedade C, sem passar pela desconsideração da sociedade B. Ele pode fazer essa desconsideração *per saltum* mas desde que comprove que todas as sociedades anteriores tiveram causas autorizadoras da desconsideração, ônus esse que é seu. Não será necessário constar do pedido a desconsideração das sociedades intermediárias, mas sim de seu fundamento e essas sociedades poderão, logicamente, defender-se pelos meios processuais adequados (*infra*, nn. 62, 71-73).

20. A positivação da teoria no direito brasileiro e o *microsistema* do Código de Defesa do Consumidor

Feitas essas considerações acerca das hipóteses de desconsideração e das proposições teóricas desenvolvidas no direito estrangeiro e brasileiro, é chegada a hora de analisar como a teoria da desconsideração da personalidade jurídica distribui-se no ordenamento positivo pátrio.

O primeiro texto legal a tratar de desconsideração foi o § 2º do art. 2º da Consolidação das leis trabalhistas. Diz essa norma que, “sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo um 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”. Claramente trata-se de desconsideração exclusiva para casos de grupo econômico (*infra*, n. 36). Mas os tribunais trabalhistas parecem pouco se importar com a hipótese autorizada pela lei e utilizam o errôneo critério de *insuficiência econômica* para

suspender a eficácia da autonomia patrimonial. Pois WALFRIDO JÚNIOR acertadamente afirma que eles optam por privilegiar o direito de crédito do trabalhador face a limitação da responsabilidade do sócio.¹⁴³ Sem qualquer princípio ou norma que os autorizasse, os juízes trabalhistas transformaram a responsabilidade limitada em responsabilidade subsidiária e ilimitada. É necessário combater fortemente esse paternalismo desenfreado e antijurídico cometido pelos magistrados trabalhistas. E que os sócios (sejam pessoas jurídicas ou naturais) que sofrem constrições ilegais tenham a coragem – porque direito eles já têm – de responsabilizar pessoalmente os juízes que cometem essas aberrações. Esse suposto fundamento trabalhista de natureza ética-econômica (*Law and Economics*) esconde nada mais do que um animalesco sistema paralelo (assim como é o tráfico de drogas e contrabando, p.ex.) que está sendo criado contra o Estado democrático de Direito.

Já no campo do *direito tributário*, a desconconsideração é tratada no pr. único do art. 116 do Código Tributário Nacional que afirma que “a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”. Tal dispositivo, como já visto (*supra*, n. 20) ainda pende de ação direta de inconstitucionalidade e equivocado dar à pessoa interessada (no caso, o Poder Público) o poder de desconsiderar ou não a pessoa jurídica. Só o Poder Judiciário poderá fazê-lo, mediante o *landmark* do devido processo legal.

O art. 135, inc. III, do Código Tributário Nacional afirma que são pessoalmente responsáveis os “diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado” quando estas agirem com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto. Tal dispositivo não é caso desconconsideração propriamente dita, mas sim de imputação direta de responsabilidade por prática de ato.

Assim como também é o art. 13 da lei n. 8.620, de 5 de janeiro de 1993. Segundo tal dispositivo, “o titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social”. E seu parágrafo único afirma que

¹⁴³. *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica*, pp. 289-295.

“os acionistas controladores, os administradores, os gerentes e os diretores respondem solidariamente e subsidiariamente, com seus bens pessoais, quanto ao inadimplemento das obrigações para com a Seguridade Social, por dolo ou culpa”. Nessa situação, a lei impute diretamente responsabilidade ao sócio por dívidas com a previdência, independente de caso de desconsideração da personalidade jurídica.

Na *Lei das sociedades por ações* não há dispositivo que trate diretamente acerca da desconsideração. Há sim norma que disciplina a responsabilidade direta dos administradores. Muitas vezes tal dispositivo é utilizado para justificar a desconsideração quando se trata de sociedade anônima (*infra*, n. 31). Diz o art. 158 que “o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; e II - com violação da lei ou do estatuto”. O §2º diz ainda que “os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles”.

Por sua vez, o art. 28 do *Código de Defesa do Consumidor* tem dispositivo expresso sobre a desconsideração. Diz tal norma que “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”. Observa-se que há uma amplitude maior do que a regra do art. 50 do Código Civil e que há possibilidade expressa de que haja a desconsideração quando houver a mera *insolvência* da pessoa jurídica. Ou seja, aqui o legislador instituiu a ausência de patrimônio como requisito que autoriza a desconsideração. O §1º de referido dispositivo afirmava que a desconsideração seria feita mediante requerimento da pessoa interessada. Foi vetado porque “o *caput* do art. 28 já contém todos os elementos necessários à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que constitui, conforme doutrina amplamente dominante no direito pátrio e alienígena, técnica excepcional de repressão a práticas abusivas”, segundo o veto presidencial. Ou seja, o veto não se deu para abrir caminho à desconsideração *ex officio*, mas sim por haver entendimento que era desnecessário haver esse dispositivo para

aplicação dessa excepcional técnica de satisfação de direito. Diz o § 5º do referido dispositivo que “também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”. Essa norma não significa que a mera ausência de patrimônio seja causa suficiente para a desconsideração. É necessário que haja um *obstáculo* jurídico à satisfação do direito do consumidor, na medida em que é preciso que haja o suporte fático descrito no *caput*. Ou seja, é preciso haver uma harmonia com o restante do artigo de lei e esse parágrafo tem como intenção autorizar a desconsideração em alguma situação ilícita não disciplinada no Código (daí o advérbio *também* do parágrafo). Pensar em sentido contrário, como faz CLÁUDIA LIMA MARQUES,¹⁴⁴ significaria dar uma ilegítima amplitude a esse parágrafo maior que o próprio *caput*. Além do mais, a desconsideração para fins de responsabilidade é sempre excepcional ao sistema e autorizá-la quando houver mera insuficiência de patrimônio significa negar a própria autonomia e personalidade da pessoa jurídica. Sem contar que dar essa interpretação demais expansiva e não sistemática, torna o *caput* letra morta, na medida em que qualquer obstáculo fático justificará a aplicação da teoria da desconsideração, como também pensam GUSTAVO TEPEDINO¹⁴⁵, FÁBIO ULHOA COELHO¹⁴⁶ e GILBERTO GOMES BRUSCHI.¹⁴⁷

Essa questão foi intensamente discutida no Superior Tribunal de Justiça, no conhecido caso de explosão de um *shopping center* de Osasco, e prevaleceu o entendimento no sentido contrário ao ora defendido.¹⁴⁸ A justificativa foi a aplicação da chamada *teoria maior* e *teoria menor* da desconsideração.¹⁴⁹ Segundo essa idéia, a teoria maior necessitaria de prova da prática de algum desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Já a teoria menor afirma que bastaria a prova de insolvência da pessoa jurídica para justificar a desconsideração. Essa teoria não pode prevalecer, ainda que seja para proteger direito do consumidor, porque a autonomia da pessoa jurídica e sua personalidade

¹⁴⁴. *Comentários ao código de defesa do consumidor*, pp. 442 ss.

¹⁴⁵. *Temas de direito civil*, III, pp. 77-82.

¹⁴⁶. *Comentários ao código de proteção ao consumidor*, p. 146.

¹⁴⁷. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*, n. 10.1, pp. 118-121.

¹⁴⁸. 3ª T., Resp 279.273/SP, rel. Min. ARI PARGENDLER, j. 4.12.03, v.m., DJ 29.3.04. Votaram contra a amplitude do § 5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor: Mins. ARI PARGENDLER e MENEZES DIREITO. A favor da amplitude: Mins. NANCY ANDRIGHI, CASTRO FILHO e ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

¹⁴⁹. Tese tratada por FÁBIO ULHOA COELHO, in *Curso de direito comercial*, II, nn. 2-3, pp. 35-37 e 46.

também têm cunho constitucional. *Azares do negócio* jamais podem servir como pressuposto para a desconsideração da pessoa jurídica. Entendimento em sentido contrário fere a autonomia da pessoa jurídica, a ordem constitucional brasileira e tornar ilegitimamente o que é exceção em regra.

Com igual e incorreta amplitude é o art. 4º da lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998: “poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”. As críticas feitas ao dispositivo do Código de Defesa do Consumidor se aplicam a essa norma também.

Semelhante ao art. 28 do Código de Defesa do Consumidor é o art. 18 da lei n. 8.884, de 11 de junho de 1.994, que trata de infrações contra a ordem econômica. Diz essa norma: “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. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

Mas o dispositivo da legislação que tem maior abrangência e disciplina as relações societárias e comerciais em geral é o art. 50 do Código Civil: “em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”. Trata-se de uma *regra geral* e que deve respeitar o aparente conflito de que a norma especial derroga a geral.

A *lei de falência e recuperação* também traz regra sobre desconsideração ao afirmar que o “juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização”. Trata-se de norma que versa sobre desconsideração e é a única norma

que autoriza a desconsideração *ex officio*, ou seja, é uma exceção ao princípio dispositivo (*infra*, n. 47).

Feito esse panorama legislativo brasileiro, é necessário ver quais pessoas jurídicas podem sofrer a desconsideração.

§ 4º. As pessoas jurídicas que podem ser desconsideradas e os sócios que podem ser atingidos

21. Introdução

Feitas essas observações teóricas acerca do instituto da desconsideração, é preciso passar agora a analisar em que medida ela tem aplicação nos diversos tipos societários e quais sócios podem ser atingidos por ela. Claro que o intuito dos próximos itens não será analisar com profundidade as espécies de sociedade do direito brasileiro. Será sim demonstrar o grau de aplicação da teoria da desconsideração em cada modelo societário.

22. Associações

A Constituição Federal brasileira estipula a regra da liberdade de associação¹⁵⁰ (art. 5º, XVII, XVIII, XIX e XXI). Nesse contexto constitucional, o Código Civil estipula que as associações (*Vereine*) são pessoas jurídicas de direito privado formadas pela união de pessoas que se organizam para *fins não-econômicos* (art. 53). Com essa expressão quer a lei dizer que a associação pode almejar o lucro, ou seja, o objetivo pode ser o ganho de riqueza, mas não a sua distribuição.¹⁵¹ Percebe-se claramente que é um centro de imputação distinto dos seus membros.¹⁵² Trata-se de uma constituição típica e essa é a distinção essencial: a inexistência de um *escopo lucrativo subjetivo* ou de um *escopo mutualístico*.¹⁵³ Ma a associação pode ter um

¹⁵⁰. Logicamente que desde que o fim da associação seja lícito e não tenha caráter paramilitar.

¹⁵¹. Na Alemanha é possível a existência de associações com fins lucrativos (*wirtschaftliche Vereine*), mas estas só obtêm a personalidade jurídica mediante concessão estatal (BGB, § 22).

¹⁵². Na Itália e Alemanha há organizações não personificadas, como as *associazione non riconosciute* e *comitati*, in MASSIMO BASILE, *Associazioni, Fondazioni, Comitati*, Rivista di diritto civile, n. 2., pp. 202 ss.

¹⁵³. Como TORRENTE-SCHLESINGER afirmam, o *escopo lucrativo subjetivo* é caracterizado pela intenção de dividir entre seus participantes os frutos decorrentes da atividade econômica comum. O *escopo mutualístico* é a intenção de beneficiar os participantes com alguma vantagem econômica, como ocorre nas cooperativas, in *Manuale di diritto privato*, § 72, p. 147. Assim é porque

escopo lucrativo objetivo, já que suas atividades podem gerar benefícios econômicos, mas o produto dessa renda deve ser teoricamente revertido para o interesse ideal. Isso porque a associação não se destina à produção de riqueza e entre os sócios não há obrigações e direitos recíprocos. Esse conceito é evidente quando a associação é dissolvida, porque eventual patrimônio líquido remanescente não irá para o sócio (art. 61): seu destino será outra entidade de fins não-econômicos designada no estatuto. Se ele for omissivo, os sócios deliberarão para que o patrimônio líquido vá para uma instituição municipal, estadual ou federal, cujo fim seja idêntico ou semelhante. Residualmente, o patrimônio irá para o Estado (CC, art. 61, § 2º).

Com a regra de *autonomia patrimonial perfeita* (TORRENTE-SCHLESINGER)¹⁵⁴, por débitos do associado não responde o patrimônio da associação e vice-versa. Mas apesar desse fato (que também é inerente a algumas espécies de sociedade) e da associação não ter um fim econômico, claramente ela é um contrato associativo, que confere a ela personalidade jurídica plena, desde que com as exigências legais para tanto. Diante disso, ela pode ter sua personalidade jurídica desconsiderada, se praticar alguma hipótese possível para tanto (*supra*, nn. 13-19), mesmo porque há evidentes semelhanças entre as associações e as sociedades. Sem contar que a maioria da legislação ao tratar da desconsideração da pessoa jurídica não faz restrições a qualquer tipo societário (*supra*, n. 20).

23. Fundações

Ao lado das sociedades e associações, o art. 44 do Código Civil estipula as fundações (*Stiftungen*) como pessoas jurídicas de direito privado.

“as cooperativas, organizações sem escopo de lucro, são sociedades em face de terem fim ou função econômica, função essa que se manifesta no benefício econômico auferido pelos cooperados, quer com a redução de custos na aquisição de bens, quer no maior preço recebido na venda dos bens ou serviços ofertados pela cooperativa. O caráter econômico das cooperativas decorre dos benefícios patrimoniais que produz e que são atribuídos diretamente aos membros; esses benefícios equivalem a ganhos e podem ser comparáveis a lucros distribuídos por outras organizações”, RACHEL SZTAJN, “Associações e sociedades”, *Revista de direito mercantil*, 128/21.

¹⁵⁴. *Manuale di diritto privato*, § 73, p. 151.

O atual Código restringiu¹⁵⁵ o objeto das fundações para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência (pr. do art. 62) e instituiu uma intensa participação do Ministério Público nos seus atos (pr. do art. 65, art. 66, inc. III do art. 67, art. 68 e art. 69). Ela pode ser conceituada como uma *universitas bonorum*: “uma organização que gira em torno de um patrimônio. Trata-se de patrimônio que se destina a determinada finalidade. A lei, cumpridos certos requisitos, atribui personalidade a esse acervo de bens, ou seja, atribui-lhe a capacidade para ser titular de direitos”.¹⁵⁶ Pois, como afirma MENEZES CORDEIRO, “às fundações falta, assim, um substrato humano”.¹⁵⁷ Justamente por faltar a ela esse *substrato humano* e por ter uma autonomia patrimonial perfeita, pode parecer que não é possível a aplicação da teoria da desconsideração às fundações.

Mas não é bem assim.

Mesmo com a intensa participação do Ministério Público, podem surgir casos que autorizam a desconsideração, como p.ex., a fraude. Como não há um agrupamento humano com fim comum, a única diferença é que a desconsideração atingirá “os competentes para gerir e representar a fundação” (art. 67, I) e não os sócios propriamente ditos. O acervo patrimonial não pode servir como *blindagem* para situações ilícitas. A desconsideração atingirá essas pessoas, já que não há sócios ou associados, ou seja, não há agrupamento de pessoas. Mas há pessoas que são responsáveis pela gerência desse patrimônio e elas não podem passar imunes a ilegalidades. Esse conceito está mais próximo até da responsabilidade dos administradores do que da desconsideração da pessoa jurídica em si. Mas seja por um ou outro caminho, o importante é que há a responsabilidade patrimonial para quem está atrás do patrimônio da fundação.

24. Fundos de investimentos

Muito se discute na doutrina acerca da natureza jurídica dos fundos de investimento. Os fundos são uma modalidade de agrupamento que visa a

¹⁵⁵. Diferentemente do que acontece na Itália, aonde as fundações podem desenvolver também atividades empresariais, TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, § 75, p. 157.

¹⁵⁶. SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil*, I, n. 48, p. 98.

¹⁵⁷. *Tratado de direito civil português*, v.I, t. III, p. 711.

agrupar recursos junto ao público, “com o objetivo de lucro no desenvolvimento de atividade econômica conduzida por administrador qualificado”.¹⁵⁸

O tratamento legislativo brasileiro, exposto nos arts. 49 e 50 da lei n. 4.728, de 14 de julho de 1.965, é o de qualificar o fundo de investimento como condomínio.¹⁵⁹ Mas há entendimento doutrinário no sentido de qualificá-lo como sociedade,¹⁶⁰ porque os quotistas podem, em algumas espécies de fundo, participar da administração e ainda a possibilidade de o patrimônio do quotista responder por dívidas do fundo. Ou seja, alguns aspectos podem conduzir os fundos ao conceito de sociedade (CC, art. 981).

Seja como for, como em regra o quotista está distante da administração do fundo de investimento, não se pode privilegiar eventual fraude praticada pelo administrador do fundo. Portanto, a desconsideração da personalidade jurídica também pode ser aplicada a esse gestor, tendo em vista que pode causar atos que a autorizam.

25. Sociedade simples

Trata-se de um novo modelo jurídico societário, introduzido pelo Código Civil vigente. Como GIUSEPPE FERRI expõe, a sociedade simples foi criada para a realização de uma atividade econômica que não seja empresarial.¹⁶¹ TORRENTE-SCHLESINGER dizem que na prática o âmbito das sociedades simples ficou limitado às atividades profissionais e elas representam o esquema típico da categoria das sociedades de pessoas.¹⁶² No Código italiano, os sócios que agem em nome e por conta da sociedade respondem solidariamente pelos atos sociais e, salvo contrato em contrário,

¹⁵⁸. RICARDO DE SANTOS FREITAS, *Natureza jurídica dos fundos de investimento*, p. 227.

¹⁵⁹. A instrução n. 490/04 da Comissão de Valores Mobiliários também é nesse sentido. Na doutrina, VINÍCIUS MANCINI GUEDES defende com propriedade a natureza de *condomínio* do fundo de investimento, “Sociedade e comunhão – os fundos de investimento”, *Direito societário contemporâneo I*, pp. 79 ss.

¹⁶⁰. Nesse sentido FLORINDA FIGUEIREDO BORGES, “Os fundos de investimento – reflexões sobre sua natureza jurídica”, *Direito societário contemporâneo I*, pp. 41 ss.

¹⁶¹. *Le società*, n. 19, p. 19.

¹⁶². *Manuale di diritto privato*, § 512, p. 929.

os outros sócios idem (art. 2267).¹⁶³ O Brasil segue regra semelhante, ao dispor que o contrato social da sociedade simples disporá “se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais” (CC, art. 997, VIII). Essa norma deve ser interpretada conjuntamente com o art. 1023, cujo teor afirma que “se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade”.

Se não houver cláusula de limitação de responsabilidade, não há sentido em se falar em desconconsideração da personalidade para fraude, subcapitalização e confusão, simplesmente porque tanto uma (sociedade) quanto outro (sócio) respondem pelas obrigações sociais. Se houver cláusula que limite a responsabilidade dos sócios, é plenamente possível a aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica na sociedade simples, porque a limitação da responsabilidade não pode servir como óbice ilegítimo para a realização de atos contrários à lei.

Mas sempre se pode falar sim em desconconsideração (a) nos restritos casos de desconconsideração da personalidade jurídica inversa (*supra*, n. 17), também (b) nos casos da desconconsideração atributiva (*Zurechnungsdurchgriff* – *supra*, n. 13) e (c) nas situações de desconconsideração sucessivas e *per saltum* (*supra*, n. 19). Porque é irrelevante a existência ou não de responsabilidade limitada.

26. Cooperativas

Apesar de o art. 1.093 do Código Civil vigente arrolar a cooperativa¹⁶⁴ como sociedade e o art. 982, pr., afirmar que se trata de sociedade simples, ela se aproxima mais de uma associação (*supra*, n. 22), na medida em que não visa a distribuir lucros para cada sócio de acordo com a participação no capital social,¹⁶⁵

¹⁶³. “Peraltro, il socio richiesto del pagamento di un’obbligazione sociale può domandare che il creditore si rivolga prima contra la società (c.d. *beneficium excussionis*), purché indichi i beni sociali sui quali il creditore possa agevole spresso, che dev’essere soddisfarsi”, in TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, § 512, p. 931.

¹⁶⁴. Análise profunda sobre a natureza da cooperativa é muito bem feita por ANDRÉ JACQUES LUCIANO UCHÔA COSTA, MARGARETH NODA e TATIANA FLORES GASPARG FILHO, in “Breves considerações sobre as sociedades cooperativas no direito brasileiro e comparado”, *Direito societário contemporâneo I*, pp. 551 ss.

¹⁶⁵. TAVARES BARBOSA, *Direito societário*, n. 2.2.1, p. 10.

mas sim de acordo com o valor de operações realizadas como um sócio. A responsabilidade do sócio será definida pelo seu ato constitutivo e poderá ser limitada ou ilimitada (CC, art. 1.095). Diante disso, para os fins ora estudado, o trato é o mesmo que o da sociedade simples (*supra*, n. 25), analogia essa que também é feita pelo art. 1.096 do Código Civil.

27. Sociedade em nome coletivo

Esse tipo de sociedade nasceu em torno do século XII e surgiu para dar continuidade à atividade comercial pelos herdeiros do comerciante então falecido.¹⁶⁶ A definição desse tipo de sociedade está no revogado art. 315 do Código Comercial, segundo o qual, “existe sociedade em nome coletivo ou com firma, quando duas ou mais pessoas, ainda que algumas não sejam comerciantes, se unem para comerciar em comum, debaixo de uma firma social”. Esse tipo de sociedade exige que os sócios sejam pessoas naturais¹⁶⁷ (CC, art. 1039). Na firma social é necessário o nome de um ou mais sócios e o acompanhamento da expressão & *Companhia*, para que terceiros saibam que há mais de uma pessoa na sociedade.

O mais importante desse tipo de sociedade para o tema ora estudado é a responsabilidade *solidária e ilimitada de todos os sócios*, consoante o

¹⁶⁶. PRISCILA M.P. CÔRREA DA FONSECA e RACHEL SZTAJN, *Código Civil Comentado*, XI, p. 385.

¹⁶⁷. No Código Comercial não havia essa exigência e há na doutrina discussão se a pessoa jurídica que era sócia de sociedade em nome coletivo antes da vigência do Código Civil necessariamente precisaria ser excluída (CC, art. 2033). RUBENS REQUIÃO entende que não, porque “os sócios, pessoas naturais e jurídicas, celebraram o contrato social segundo condições sociais, econômicas e jurídicas então conhecidas, pelo que têm direito adquirido à composição contratual e social alcançadas. Sendo o direito de sociedades um ramo do direito obrigacional, valerá também para ele a regra que termina que a lei da época rege o ato, pelo que se reputa ato jurídico perfeito o contrato social já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou (art. 6º, § 1º, do Decreto-lei n. 4657/42, Lei de Introdução ao Código Civil). O disposto no art. 1.039, primeira parte, combinado com o art. 2.033, se choca com o disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição, se aplicado na hipótese examinada, sendo certo que seria grave absurdo a exclusão do sócio pessoa jurídica, com pagamento de haveres e o conseqüente enfraquecimento da sociedade, ou sua extinção, numa época em que não se duvida mais da conveniência de preservação da sociedade e de sua empresa, mesmo em casos de infortúnios agudos”, in *Curso de direito comercial*, I, n. 233, p. 434. PRISCILA M.P. CÔRREA DA FONSECA e RACHEL SZTAJN também não vêem motivo nessa restrição do Código Civil, mas pelo fundamento de que tanto o patrimônio da pessoa natural quanto da pessoa jurídica é limitado, in *Código Civil Comentado*, XI, pp. 386-387.

art. 1.039 do Código Civil,¹⁶⁸ mas que respondem de forma subsidiária. Ou seja: primeiro o patrimônio da sociedade é atingido; sendo este insuficiente, todos os sócios respondem pela dívida toda e independentemente de sua participação social. Inclusive, a falência da sociedade em nome coletivo leva à falência de seus sócios (art. 81 da *lei de falência* vigente). O sócios podem prever uma limitação interna da responsabilidade, mas ela não obriga terceiros (pr. do art. 1.039), somente garante direito de regresso de um sócio que foi cobrado perante os demais. Essa forma de responsabilidade solidária e ilimitada, como afirma JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, “provocou, especialmente depois do surgimento da sociedade limitada, o quase completo desaparecimento desse modelo de sociedade”.¹⁶⁹

Diante dessa responsabilidade, não há que se falar em desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade em nome coletivo, na maioria dos casos (fraude, subcapitalização, confusão - *supra*, nn. 14, 15 e 18), porque a barreira protetora da limitação da responsabilidade dos sócios simplesmente não existe. Mas se pode falar sim em desconconsideração (a) nos restritos casos de desconconsideração da personalidade jurídica inversa (*supra*, n. 17), também (b) nos casos da desconconsideração atributiva (*Zurechnungsdurchgriff* – *supra*, n. 13) e (c) nas situações de desconconsideração sucessivas e *per saltum* (*supra*, n. 19). Isso porque tais casos não têm como *landmark* a existência da responsabilidade limitada.

28. Sociedade em comandita simples

Esse tipo de sociedade também está em desuso mas se trata de clássica sociedade de pessoas. Na sociedade em comandita simples (*Kommanditgesellschaft*), há duas espécies de sócio, a teor do art. 1.045 do Código Civil: a) os sócios comanditados (*soci accomandatari*), que só podem ser pessoas naturais e respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais; e (b) os sócios comanditários (*soci accomandanti*), que ficam obrigados somente pelo valor de sua quota. O contrato social deverá dispor qual a qualidade de cada sócio e aqueles comanditários não

¹⁶⁸. Correspondente na Itália: art. 2.291 do *Codice Civile*. Para doutrina italiana sobre o tema, *cfr.* TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, § 515, pp. 935 ss; GIUSEPPE FERRI, *Le società*, n. 20, pp. 67-68.

¹⁶⁹. *Direito societário*, n. 33, p. 95.

podem praticar atos de gestão tampouco ter seu nome na firma social, sob pena de perderem o benefício da responsabilidade limitada¹⁷⁰ (CC, art. 1.047). No mais, aplicam-se as regras da sociedade em nome coletivo (CC, art. 1.046).

De forma diversa do que ocorre com as sociedades em nome coletivo, em que não há sentido em falar sobre desconconsideração da personalidade jurídica em casos de fraude, confusão e subcapitalização, é sim possível afirmar que a desconconsideração da personalidade jurídica pode ser feita em tais hipóteses na sociedade em comandita simples. Apesar de o controle da sociedade sempre estar nas mãos dos sócios comanditados (CC, art. 1.047), pode acontecer de o sócio comanditário (*soci accomandanti*) praticar algum ato fraudulento ou que haja confusão e por isso ser responsabilizado por meio da desconconsideração da personalidade jurídica. Claro que se ele comete algum ato que se enquadre nas hipóteses do art. 1.047 do Código Civil (gestão ou nome da firma social) e isso autoriza a responsabilidade.

Para a desconconsideração atributiva, inversa, sucessiva e *per saltum*, seguem o mesmo regime da sociedade em nome coletivo (*supra*, n. 27) e é possível a sua aplicação.

29. Sociedade limitada

Esse tipo de sociedade é responsável pela maioria dos casos de desconconsideração da personalidade jurídica, por dois claros motivos: é o tipo jurídico de sociedade mais celebrado e possui responsabilidade limitada dos seus sócios. A justificativa para o seu surgimento está na enorme lacuna que existia nas sociedades: a sociedade em nome coletivo impunha responsabilidade solidária para todos os sócios enquanto a comandita por ações somente para alguns, enquanto a sociedade anônima era voltada para empresas de grande porte (início do século XIX).¹⁷¹ A sociedade limitada (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*) surgiu na Alemanha em 1892¹⁷² e foi incorporada ao Brasil por meio do decreto n. 3708, de 10 de janeiro de 1919, sob a rubrica de sociedade

¹⁷⁰. TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, § 517, p. 938.

¹⁷¹. RUBENS REQUIÃO, *Curso de direito comercial*, I, n. 253, pp. 477-478.

¹⁷². Regulada pela *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, de 20 de abril de 1892.

por cotas de responsabilidade limitada. O Código Civil de 2002 trouxe, além da alteração do nome, outras modificações a esse tipo de sociedade, que a aproxima muito mais da sociedade de pessoas do que de sociedade de capital,¹⁷³ mas se trata de um tipo misto. Esse tipo de sociedade caracteriza-se pelo fato de que a responsabilidade de cada sócio é limitada ao valor de suas quotas (CC, art. 1052), apesar de todos responderem solidariamente perante terceiros pela integralização do capital social.¹⁷⁴ Seu conceito pode portanto ser dado como “aquela de cuja firma ou denominação consta a palavra “limitada” ou sua abreviatura, e na qual a responsabilidade dos sócios é limitada ao valor das quotas por ele subscritas no capital social, quando este estiver totalmente integralizado, sendo, porém, solidária e limitada ao valor total do capital social, quando esse capital não estiver totalmente integralizado”.¹⁷⁵

Mas essa regra não é absoluta. MODESTO CARVALHOSA impõe três exceções à limitação de responsabilidade dos sócios, segundo o Código Civil: a) responsabilidade pessoal e ilimitada, por perdas e danos, do sócio que participar de deliberação acerca de operação que tenha sido conflitante com os interesses sociais e que tenha sido aprovada graças a seu voto (CC, art. 1010, § 3º); (b) responsabilidade ilimitada mas não-solidária, de todos os sócios que aprovarem deliberação infringente do contrato ou da lei (CC, art. 1080) e (c) responsabilidade do sócio na qualidade de administrador da sociedade, a teor dos arts. 1012, 1015-1017 e 1158, § 3º.¹⁷⁶

Além desses requisitos, o art. 50 do Código Civil estipula a responsabilização dos sócios com fundamento na desconsideração da personalidade jurídica. MODESTO CARVALHOSA entende que todos os sócios poderão ser responsabilizados, “quer exerçam ou não a administração da sociedade”.¹⁷⁷ Essa afirmação é perigosa, porque pode *tornar letra morta* a responsabilidade limitada da sociedade. O importante para averiguar qual sócio deve ser atingido é analisar qual deles teve a vantagem pela situação que caracterize a desconsideração, independentemente de participar da administração da sociedade (ônus da prova – *infra*, n. 60).

¹⁷³. Isso é evidente quando o Código Civil vigente dispõe que a legislação subsidiária das sociedades limitadas será a das sociedades simples (CC, art. 1053), *cfr.* JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, *Direito societário*, n. 43, p. 114.

¹⁷⁴. MODESTO CARVALHOSA, *Comentários ao código civil*, vol. 13, p. 13.

¹⁷⁵. MODESTO CARVALHOSA, *Comentários ao código civil*, vol. 13, p. 33.

¹⁷⁶. MODESTO CARVALHOSA, *Comentários ao código civil*, vol. 13, p. 18.

¹⁷⁷. MODESTO CARVALHOSA, *Comentários ao código civil*, vol. 13, p. 26.

30. Sociedade em comandita por ações

Essa espécie de sociedade foi criada no Código Francês de 1807 e teve bastante prestígio no século XIX. Tanto assim é que os comercialistas franceses chamavam essa época de febre das comanditas (*fièvre des commandites*). O seu uso era mais freqüente porque não precisava de autorização estatal para funcionamento, diferentemente do que acontecia com as sociedades anônimas. E não precisava de autorização porque os sócios comanditados tinham sua responsabilidade solidária e ilimitada com a sociedade. Com isso, as grandes famílias mantinham o controle da sociedade, mesmo com a subscrição das ações por terceiros.¹⁷⁸ Entre nós ela permanece mas desacreditada, a tal ponto de grande parte da doutrina não mais examiná-la a fundo pela perda do interesse prático.¹⁷⁹ Ela já teve seu tempo mas está vigente como mais uma opção para os empresários se organizarem.

A sociedade em comandita por ações (*Kommanditgesellschaft auf Aktien*) é híbrida, pois possui aspectos de comandita simples e de sociedade anônima. A melhor definição está no § 278 do *Aktiengesetz*, segundo o qual esse tipo de sociedade tem “personalidade jurídica própria, na qual pelo menos um dos sócios responde ilimitadamente para com os credores sociais (sócio com responsabilidade pessoal) e os demais participam do capital básico a sociedade (acionistas em comandita)”.¹⁸⁰ Seu aspecto de comandita simples está portanto principalmente no fato de que o acionista que tem “qualidade para administrar a sociedade e, como diretor, responde subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações da sociedade” (CC, art. 1.091). E sua característica de sociedade anônima reside no fato de seu capital ser dividido em ações. Essa espécie de sociedade portanto difere-se da sociedade em comandita simples. GIUSEPPE FERRI faz claramente essa distinção ao dizer que “accomandita semplice e accomandita per azioni non costituiscono più due particolari atteggiamenti dell’único tipo

¹⁷⁸. RUBENS REQUIÃO, *Curso de direito comercial*, II, n. 471, pp. 310-311.

¹⁷⁹. *Direito societário*, n. 61, p. 160.

¹⁸⁰. No original: “Die Kommanditgesellschaft auf Aktien ist eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, bei der mindestens ein Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt haftet (persönlich haftender Gesellschafter) und die übrigen an dem in Aktien zerlegten Grundkapital beteiligt sind, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften (Kommanditaktionäre)”.

de società: l'accomandita. Esse rappresentano ormai due tipi sociali distinti e nettamente differenziati; l'uno (l'accomandita semplice) costituisce una modificazione delle società in nome coletivo, l'altro (accomandita per azioni) una modificazione della società per azioni".¹⁸¹ Assim é que a lei que rege as sociedades por comandita por ações é a referente às sociedades anônimas (CC, art. 1.090) e não às sociedades em nome coletivo, como se dá nas sociedades em comandita simples (CC, pr. do art. 1.046).

Sobre o tema ora estudado, o importante é verificar a responsabilidade dos acionistas, a depender de sua posição. O acionista comanditado (controlador) possui responsabilidade ilimitada e solidária e portanto não há sentido em falar em desconsideração da personalidade jurídica em razão de subcapitalização, fraude ou confusão. Já os acionistas que não possuem gerência, poderão ser atingidos pela desconsideração se cometeram algum ato fraudulento, p.ex. O que se afirma é que, apesar de a desconsideração existir sempre em função do controle (COMPARATO-SALOMÃO – *supra*, n. 8), a qualidade de acionista comanditário ou minoritário não pode servir como *véu* para situações ilegais ou sobre as quais haja meio de responsabilizá-lo.

31. Sociedade anônima

Na expansão do capitalismo mercantil, foi necessária a formação de grandes capitais, o que só era possível com a ajuda estatal.¹⁸² Somente em 24 de julho de 1867 que as sociedades anônimas podiam funcionar livremente sem qualquer concessão. “A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquirida”, diz o art. 1º da *lei das sociedades por ações*. Sociedade anônima e aquela de responsabilidade limitada tem como elemento comum o regime de responsabilidade limitada e se diferenciam em função da participação acionária. Mas o mais importante é a distinção na *struttura organizzativa* de cada uma, como afirma GIUSEPPE FERRI.¹⁸³ O art. 4º da *lei das sociedades por ações* estipula que as sociedades

¹⁸¹. *Le società*, n. 21, p. 69.

¹⁸². Para histórico completo dos períodos *privilegio-autorização-liberdade*, cfr. RUBENS REQUIÃO, *Curso de direito comercial*, II, n. 280, pp. 3-6.

¹⁸³. *Le società*, n. 93, pp. 285-286.

anônimas serão abertas ou fechadas, se seus valores mobiliários estejam ou não admitidos em bolsa ou mercado de balcão.¹⁸⁴ Essa distinção é importantíssima, porque o *distanciamento* da figura do acionista para com a sociedade é fundamental para a análise da disciplina da desconsideração.

A regra para aplicação da técnica da desconsideração é o controle (COMPARATO-SALOMÃO – *supra*, n. 8). Portanto, como regra é o acionista controlador que deve ser responsabilizado.¹⁸⁵ Mas quando a sociedade for fechada, há um – ainda que mínimo – resquício de *affectio societatis* e uma maior aproximação entre os acionistas minoritários e o acionista controlador. Portanto, o acionista minoritário poderá ser responsabilizado, se restar comprovado que ele tinha como saber do ato e ele lhe trouxe benefícios. Já na companhia aberta, em que a estrutura organizativa é complexíssima e o *grau de distanciamento* entre o acionista e a sociedade é máximo, é praticamente impossível afirmar que o acionista que comprou ações em mercado e que muitas vezes nem sabe o local da sede da empresa ou mesmo o exato objeto social dela, possa ser responsabilizado. Ele não tem nenhuma aproximação com qualquer ato de administração e foge à *lógica do razoável* a desconsideração da personalidade jurídica para atingir seu patrimônio. A regra deve ser portanto o grau de distanciamento entre o acionista e a sociedade, que nada mais é do que o outro lado do mesmo conceito sugerido por COMPARATO-SALOMÃO (*supra*, n. 8).

32. Sociedade de economia mista

Entre as sociedades anônimas, enquadra-se a sociedade de economia mista. Trata-se de um modo de administração indireta do Poder Público. Segundo o art. 5º do dec-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, são necessários cinco

¹⁸⁴. RUBENS REQUIÃO, *Curso de direito comercial*, II, n. 294, p. 32. Como MODESTO CARVALHOSA afirma, a sociedade fechada é aquela que “obtem recursos de capital mediante a subscrição de ações pelos próprios acionistas ou por um grupo restrito de pessoas, mediante o exercício do direito de preferência dos acionistas ou de contrato de participação acionária, celebrado com terceiros subscritores, previamente conhecidos”. Mas quando “a companhia procura recursos de capital próprio (ações) ou de terceiros (debêntures) junto ao público, oferecendo a qualquer pessoa desconhecida ações e debêntures de sua emissão, temos uma companhia aberta”, in *Comentários à lei das sociedades anônimas*, vol. 1, pp. 47-48.

¹⁸⁵. Na jurisprudência, a aceitação da desconsideração quando se trata de sociedade anônima: STJ, 3ª T., Resp 370.068/GO, rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 16.12.03, v.m., DJ 14.3.05.

elementos para que uma sociedade se enquadre na *fattispecie* de economia mista: a) personalidade jurídica de direito privado, (b) criação em lei, (c) objeto social ligado à exploração de atividade econômica, (d) forma de sociedade anônima e (e) controle majoritário da União¹⁸⁶ ou de entidades da administração indireta. Nitidamente percebe-se que não basta a presença do Poder Público no capital social para se enquadrar uma sociedade como de economia mista. Podem ocorrer situações em que ele faça parte do quadro social e a sociedade não seja assim: p.ex., quando há a adjudicação de determinada parcela do capital social de uma empresa em uma execução. Em situações assim, nada acontece com a empresa: se de responsabilidade limitada, continua dessa forma; se simples, continua simples e assim vai. O rol do art. 5º é taxativo e exaustivo.

Para o tema da desconsideração, o mais importante é que a sociedade de economia mista segue o *regime jurídico próprio das empresas privadas*, inclusive no tocante a obrigações e direitos civis, comerciais, trabalhistas e tributários (CF, art. 173, § 1º, inc. II). Portanto, a Constituição Federal impõe à sociedade de economia mista o mesmo encargo que uma sociedade anônima possui e ela tem de sujeitar-se a essa norma.¹⁸⁷ No tocante ao regime societário, por se tratar de uma sociedade anônima e seguir o regime privado, não resta dúvida de que é possível desconsiderar a pessoa jurídica de uma sociedade de economia mista.¹⁸⁸ O problema está em analisar se o sócio controlador (Poder Público) poderá ser atingido pela desconsideração (*infra*, n.37).

33. Empresa pública

A distinção das empresas públicas com as sociedades de economia mista reside em duas características básicas: a) o capital é inteiramente do Poder Público e (b) ela poderá assumir qualquer forma societária. Mas como adverte

¹⁸⁶. Apesar dessa norma não falar sobre sociedades de economista mista estadual e municipal, “tem-se entendido que as definições de autarquia, empresa pública e sociedade de economia mista, dela constantes, aplicam-se igualmente aos estados e municípios. E não poderia ser diferente, tanto que se trata de definição genérica de categorias jurídicas” (JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, *Direito societário*, n. 196, p. 512).

¹⁸⁷. JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, *Direito societário*, n. 194, p. 502.

¹⁸⁸. ARNOLDO WALD também assim pensa, mas desde que o atingido seja o sócio-controlador, ou seja o Poder Público, sem prejuízo da demanda regressiva pela pessoa natural (seu agente), in “A definição do controlador na liquidação extrajudicial e em processos análogos”, *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 104, p. 43.

JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, deve-se interpretar essa regra com “os olhos postos nos arts. 48 e 167 da Constituição Federal, dos quais dimana o princípio de que ao poder público não é dado contratar obrigações de valor ilimitado. Destarte, a empresa pública terá que se fixar nas formas societárias limitativas das responsabilidades dos sócios: sociedade limitada e sociedade anônima”.¹⁸⁹ Trata-se de “pessoa jurídica criada por força de autorização legal como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito e cujo capital seja formado unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas”.¹⁹⁰

Apesar dessas distinções, para o tema ora estudado a empresa pública segue o mesmo raciocínio da sociedade de economia mista (CF, art. 173, § 1º, inc. II) e é plenamente possível a desconsideração de sua personalidade jurídica, se houver alguma hipótese possível. Será visto abaixo se o Poder Público pode sofrer desconsideração (*infra*, n. 37).

34. Sociedade unipessoal (*one-man company*)

A sociedade anônima aberta representa o modelo jurídico com maior *distanciamento* entre a figura do sócio e da sociedade (*supra*, n. 31). Em um ângulo diametralmente oposto está a sociedade unipessoal, na qual o distanciamento entre essas figuras é o mínimo possível. E a justificativa é óbvia: não há mais ninguém na sociedade e por isso a expressão *one-man company* sintetiza o ser dessa sociedade. Foi por meio desse modelo de um sócio único que se desenvolveu a teoria do *Durchgriff* por SERICK (*supra*, n. 4) e os julgados do *Reichsgericht*. Na Itália, o art. 2362 do *Codice Civile* afirma que o sócio único terá responsabilidade ilimitada, independente da estrutura societária por ele escolhida.

Diferentemente de outros sistemas, a legislação brasileira proíbe a constituição originária de uma sociedade unipessoal, com exceção da subsidiária

¹⁸⁹. JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, *Direito societário*, n. 197, p. 513.

¹⁹⁰. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito Administrativo*, p. 171.

integral (LSA, art. 251). Mas como afirma CALIXTO SALOMÃO, “não existe qualquer regra de responsabilidade nem tampouco de organização ou publicidade específica para a sociedade unipessoal”.¹⁹¹ Mas podem haver casos de unipessoalidade superveniente. Nessa situação, já amparada por posicionamento jurisprudencial, o Código Civil admite que a sociedade tenha um sócio apenas pelo prazo máximo de cento e oitenta dias (art. 1.033, IV). Como diz FÁBIO ULHOA COELHO, “transcorrido esse prazo sem a admissão de pelo menos um novo sócio, será irregular a continuidade da empresa pela limitada, sujeitando-se ela, em decorrência, às normas da sociedade comum”.¹⁹²

35. Sociedade conjugal e entre cônjuges e terceiros

Como comenta PRISCILA M. P. CÔRREA DA FONSECA, por um longo período a doutrina e jurisprudência vetavam a possibilidade de marido e mulher serem sócios, permitindo somente a possibilidade de serem eles sócios de sociedade anônima. Alegavam que era nula a sociedade entre cônjuges por três motivos: a) o poder marital estava sendo ofendido, (b) sendo o casamento sob o regime de comunhão de bens e portanto os lucros dos negócios seriam sempre divididos, não havia vantagens para os próprios cônjuges nem para terceiros; (c) sendo o casamento regido pelo regime de separação, a sociedade ia contra esse regime, já que os bens tornavam-se comuns. Com o amadurecer, a jurisprudência abrandou aos poucos essas enraizadas idéias. Mas foi com o advento da *lei da mulher casada* (lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962) que esse cenário passou a realmente tomar outro rumo.¹⁹³ Isso porque ela permitiu que pelos “títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só cônjuge, ainda que casados pelo regime da comunhão universal, somente responderão os bens particulares dos signatário e os comuns até o limite da meação (art. 3º). Após isso, a Constituição de 1988 igualou o homem à mulher para os fins conjugais. Lembra ainda a professora das *Arcadas* que “a sociedade entre marido e mulher passou a ser considerada abusiva, e, por conseguinte, suscetível de anulação, apenas quando constituída para fraudar credores ou a lei, como, por exemplo, quando se prestasse de manto para acobertar o patrimônio do

¹⁹¹. *A sociedade unipessoal*, p. 188.

¹⁹². Curso de direito comercial, II, n. 4.1, p. 464.

¹⁹³. PRISCILA M.P. CÔRREA DA FONSECA e RACHEL SZTAJN, *Código Civil Comentado*, XI, pp. 120-121; também JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, *Direito societário*, n. 194, p. 502.

casal, evitando-se, assim, possíveis execuções contra as pessoas físicas dos cônjuges ou ainda no uso de cônjuges casados no regime de separação legal constituírem sociedade não para o desenvolvimento de atividade empresarial, mas para dar ensejo a comunicabilidade de patrimônio exclusivo de um dos consortes. Aplicava-se, em tais casos, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica”.¹⁹⁴

A lei brasileira hoje (CC, art. 977) proíbe¹⁹⁵ aos cônjuges serem sócios (entre si ou com terceiros) somente em duas situações: regime de comunhão universal de bens (CC, arts. 1.667-1.671) e regime de separação obrigatória (CC, art. 1.641).¹⁹⁶ Quando o regime é esse último, TAVARES BORBA afirma que a preocupação do legislador foi com a manutenção rigorosa da separação do patrimônio entre os cônjuges. Entretanto, “quando o regime de bens for o da comunhão universal, a restrição imposta não encontra uma justificativa plausível, tanto que alguns bens do casal (art. 1.668) não integram a comunhão.”¹⁹⁷ Consequentemente, e como os patrimônios não se confundem totalmente, a sociedade agregaria pessoas distintas, com realidade patrimonial própria. Além disso, e especialmente em se tratando de responsabilidade limitada, o que importa é a dotação de capital que os sócios fazem à sociedade, não sendo relevante indagar se a origem desse capital é o patrimônio comum dos sócios, ou o patrimônio isolado de cada um deles”.¹⁹⁸

Assim sendo, se aplicam a essa sociedade as características inerentes à desconsideração para as sociedades limitadas (*supra*, n. 29) e sociedades simples (*supra*, n. 25). O professor das *Arcadas* PAULO SALVADOR FRONTINI corretamente

¹⁹⁴. PRISCILA M.P. CÔRREA DA FONSECA e RACHEL SZTAJN, *Código civil comentado*, XI, p. 121.

¹⁹⁵. Parte da doutrina entende que esse artigo é um retrocesso, já que o Código Civil de 1.916 não impunha restrições para os cônjuges contratarem sociedade, in ARNOLDO WALD, *Comentários ao novo código civil*, XIV, n. 189, p. 66; PRISCILA M.P. CÔRREA DA FONSECA e RACHEL SZTAJN, *Código civil comentado*, XI, p. 121.

¹⁹⁶. Com fundamento em parecer do Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), a doutrina entende que a regra do art. 977 do Código Civil não atinge as sociedades constituídas antes do Código Civil vigente, *cfr.* PRISCILA M.P. CÔRREA DA FONSECA e RACHEL SZTAJN, *Código civil comentado*, XI, p. 122; ARNOLDO WALD, *Comentários ao novo código civil*, XIV, n. 182, p. 65; JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, *Direito societário*, n. 14, nota n. 5, p. 51.

¹⁹⁷. Mesmo assim, em recente precedente, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou a impossibilidade de contratação quando se trata de comunhão universal de bens ou separação obrigatória, *Cfr.* REsp n. 1058165, 3ª T., rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 14.4.09, v.u., DJ 21.8.09; 1ª T., AgRg no Ag n. 601.922/SP, rel. Ministra DENISE ARRUDA, j. 22.2.05, v.u., DJ 14.3.05.

¹⁹⁸. JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, *Direito societário*, n. 14 p. 51.

defende a sociedade entre cônjuges e concorda com a desconsideração da personalidade jurídica quando essa sociedade é utilizada com o intuito de fraudar a lei.¹⁹⁹

36. Grupos econômicos

Há três níveis de estrutura de poder na sociedade anônima, segundo COMPARATO-SALOMÃO²⁰⁰ e sobre os quais o direito alemão deu trato dos grupos de empresa (*Konzern*): de participação no capital acionário, de direção e de controle.

Os grupos são classificados em *de fato* e *de direito*. São grupos de *fato* aquelas sociedades nas quais haja qualquer relação de controle ou de coligação e de *direito* aquelas devidamente registrada na Junta Comercial como tal.²⁰¹ O importante é em grupo casa sociedade mantém intacta sua personalidade jurídica e patrimônio próprio. É importante ressaltar que não há solidariedade entre os grupos, inclusive no caso de consórcio, com exceção de sanções oriundas de infrações à ordem econômica, obrigações previdenciárias ou trabalhistas.²⁰² Justamente por isso a responsabilidade de uma sociedade que participe de outra necessita de prova, ou seja, o credor tem de provar a relação de domínio ou cooperação entre as sociedades.

O português JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES afirma que a maioria dos casos de desconsideração envolve situações nas quais se quer “a imputação à sociedade-mãe da responsabilidade pelas conseqüências resultantes de actos ou omissões que, conquanto formalmente praticados pelas sociedades-filhas, sejam imputáveis ao controlo material daquela sociedade”.²⁰³ No que tange aos grupos econômicos, o que se

¹⁹⁹. “Sociedade comercial ou civil entre cônjuges: inexistência, validade, nulidade, anulabilidade ou desconsideração desse negócio jurídico?”, *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, 43/45.

²⁰⁰. *O poder de controle na sociedade anônima*, § 6º, p. 41.

²⁰¹. Consoante afirma FÁBIO ULHOA COELHO, “sociedades coligadas são aquelas em que uma participa do capital da outra em pelo menos 10%, sem a controlar. As mesmas informações sobre investimento relevante exigidas da sociedade anônima em relação às controladas devem ser atendidas relativamente às coligadas (art. 247). A participação recíproca, na coligação, também só é permitida nas hipóteses em que está autorizada a companhia a negociar com suas próprias ações (arts. 244 e 30, § 1º) ou, sendo a coligada contratual, nos limites das reservas, exceto a legal (CC/2002, art. 1.101)”, in *Curso de direito comercial*, II, p. 486.

²⁰². FÁBIO ULHOA COELHO, *Curso de direito comercial*, II, p. 487.

²⁰³. *Os grupos de sociedades*, p. 599.

pretende é suspender a distinção entre as sociedades, ou seja, ignorar a *empresa plurissocietária*.

Não basta a mera existência de um grupo (de fato ou de direito) para que ocorra a desconsideração. É essencial que se mostre uma relação promíscua de subordinação ou coordenação, que se mostre que a finalidade de existência de grupo seja desvirtuada. Em outras palavras, a desconsideração da personalidade jurídica em grupos econômicos também é excepcional, porque o credor tem de provar que a relação de domínio ou subordinação entre as sociedades é ruim ou meramente formal.

Nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça: “a desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupos econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, quando verificado que a empresa devedora pertence a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, e, ainda, quando se visualizar a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores”.²⁰⁴

Claro que a desconsideração da sociedade controlada com fundamento na mera circunstância de controle ultrapassa a noção de *desconsideração*. Como diz LAMARTINE CORRÊA, uma situação como essa é “pôr em dúvida o próprio sistema, no que tange à asserção, contida em seu âmbito, e segundo o qual a criação do grupo de sociedades não afeta o quadro das pessoas jurídicas, já que nem extingue a personalidade das sociedades que se integram no grupo, nem faz surgir no próprio grupo”.²⁰⁵ Somente então em casos excepcionais e respeitadas as ressalvas legais, deve ser admitida a desconsideração da personalidade jurídica. Em outras palavras, a desconsideração em se tratando de grupo econômico segue a regra geral de que a desconsideração para fins de responsabilidade é excepcional.

²⁰⁴. STJ, 5ª T., Resp 968564/RS, rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 18.12.08, v.u., DJ 2.3.09. Há também outros julgados nesse sentido: STJ, 1ª T., Resp 767.021/RJ, rel. Min. JOSÉ DELGADO, j. 16.8.05, v.u., DJ 12.9.05; 3ª T., RMS 12872/SP, rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 24.6.02, v.u., DJ. 16.12.02

²⁰⁵. A dupla crise da pessoa jurídica, pp. 594-595.

37. Os sócios que podem ser atingidos pela desconsideração

Pelo seu caráter subjetivo, a desconsideração deve ser vista pela óptica do poder de controle (COMPARATO-SALOMÃO). Diante disso, aquele que detém as rédeas da sociedade é quem deve ser atingido em eventual desconsideração. Mas essa regra comporta exceções. Na vida dinâmica das sociedades, algum sócio que não o controlador ou majoritário pode cometer algum ato autorizador da desconsideração e esse não será responsável. Não obstante essa regra de que o majoritário ou controlador ordinariamente é o sujeito passivo da responsabilidade pela desconsideração da personalidade jurídica, ela pode sofrer exceções e outros sócios podem ser atingidos, a depender da situação concreta e a bem da efetividade.

A par disso, deve-se analisar o *status* subjetivo de cada sócio e portanto analisar se sócios como Poder Público e incapazes podem sofrer desconsideração da personalidade jurídica.

O *Poder Público*, na qualidade de sócio de sociedade de economia mista ou de qualquer outra na qual ele faça parte do capital social, pode sim ser atingido pela desconsideração da pessoa jurídica.²⁰⁶ Constitucionalmente, os atos da administração direta e indireta seguirão os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, *caput*). Se algum agente seu cometeu algum ato autorizador da desconsideração da pessoa jurídica, o Poder Público deve ser responsável. Independente de se tratar de uma empresa privada (economia mista ou não) ou empresa pública, a qualidade de Poder Público não pode servir de barreira para que agentes mal intencionados utilizem a pessoa jurídica de forma equivocada. Há o substrato normativo que autoriza a desconsideração de ente público (CF, art. 37, *caput*) e também um autêntico substrato ético. O Poder Público possui prerrogativas e não privilégios. A distinção está no *modus operandi* da desconsideração, pois aquela voltada para o Poder Público terá conseqüências processuais distintas daquela feita para as demais pessoas (competência, modo de execução etc.).

²⁰⁶. VICENTE DE PAULA MACIEL JÚNIOR defende a mesma posição em caso de contratação irregular pelo Poder Público (*A desconsideração da personalidade jurídica com a pessoa jurídica de direito público*, Revista LTr, v.64, n. 4).

Para os *incapazes*²⁰⁷ de exercerem os atos da vida civil, (CC, arts. 3º e 5º) e que são sócios de sociedades, aquele que os representa será responsável e poderá sofrer desconsideração. Nessa situação, ele será o legitimado *ad causam* e não o menor. Mas se aquele que quer a desconsideração quiser valer-se da regra de responsabilidade subsidiária de que o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes (CC, art. 928), os dois – responsável e incapaz – deverão ser partes no processo.

²⁰⁷. Como fato histórico, o art. 308 do Código Comercial de 1.850 proibia o menor de ser sócio em sociedade comercial, justamente para protegê-lo da responsabilidade por atos de sócio.

CAP. III: DESCONSIDERAÇÃO PELA ÓPTICA PROCESSUAL

§ 5º. Desconsideração e os institutos processuais – técnicas processuais

38. Desconsideração, processos (inclusive arbitral) e procedimentos

É preciso analisar se a desconsideração da personalidade jurídica tem cabimento nas diversas modalidades de processos e procedimentos no complexo sistema brasileiro. Com a lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005 (*lei do cumprimento de sentença*), alterou-se a sistemática processual brasileira. O binômio condenação-execução foi relativizado e agora não há mais dois processos. Existem somente duas fases, separadas por um hiato temporal: a primeira, de conhecimento, que visa a formar o título executivo e a segunda, que tem por fim a satisfação do direito afirmado nesse título.

O Código de Processo Civil elenca no seu art. 270 três categorias de fases processuais.²⁰⁸ O *processo (ou fase) de conhecimento* é aquele cuja atividade do juiz terá por fim máximo a prolação de sentença de mérito, seja para declarar a existência ou inexistência de determinada relação jurídica, ou para impor ao vencido uma sanção correspondente a uma prestação em favor de outra pessoa; também servirá para criar uma nova situação jurídica.²⁰⁹ O *processo (ou fase) de execução* visa à satisfação

²⁰⁸. Como MARCATO lembra, ao lado dessa classificação tríplice, há quem entende haver uma classificação quaternária, com a inserção do processo mandamental (CPC, art. 461. § 5º). Ainda há aqueles que entendem existir uma quinta categoria (quinária), que inclui a ação executiva *lato sensu* (sem a necessidade de execução), in *Procedimentos especiais*, nota n. 74, n. 11, p. 42. Ainda sobre o tema, cfr. *infra*, nota n. 64.

²⁰⁹. MARCATO, *Procedimentos especiais*, n. 11.1, p. 43. Discute-se na doutrina qual é o fim do processo de conhecimento. CARNELUTTI e GOLDSCHMIDT afirmam que a finalidade do processo civil cognitivo é a formação da coisa julgada. Esse trecho do mestre alemão ilustra bem a posição dele: “o processo é o procedimento cujo fim é a constituição da coisa julgada, isto é, do efeito de que a pretensão do autor valha no futuro, ante os tribunais, como juridicamente fundada ou infundada” (*Principios generales del proceso*, v. I, n. 13, pp. 37-38). Na sua *Instrumentalidade*, DINAMARCO critica essa posição porque “são introspectivas as colocações que consistem na visão do sistema processual em si mesmo, visão interna e pan-processualista, que no fundo pressupõe o processo como fim em si mesmo e não chega sequer a questionar a sua função perante a ordem jurídica substancial. É de extrema fragilidade

desse direito líquido, certo e exigível, mediante a “atividade do Estado sobre o patrimônio”²¹⁰ do executado. Hoje não há dúvidas de que a atividade executiva é jurisdicional, mas já houve tempo em achá-la meramente administrativa. Por fim, nessa tríplice divisão, há o *processo cautelar*, cujo fim é, como diz MARCATO, “assegurar o êxito dos dois outros processos”.²¹¹

Ao falar em *procedimento*, o Código de Processo Civil dispõe que há os *comuns* (ordinário e sumário – art. 272) e os *especiais* (art. 272, pr). O Código disciplina os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa (arts. 890 a 1102c) e os de jurisdição voluntária (arts. 1.103 a 1.210). Mas além desses, como afirma MARCATO,²¹² o próprio Código traz outros, como é o caso de execução alimentícia (arts. 732 a 735) e do processo cautelar, como é o procedimento sumário das cautelares inominadas (arts. 801 a 804). Também fora do Código há uma série de procedimentos especiais: mandado de segurança, *ação de alimentos*, demandas disciplinadas na lei de locação, na lei de falência e recuperação judicial *etc.*.

Essa breve digressão sistemática e conceitual acerca dos processos e procedimentos já é suficiente para se analisar como é o trato da desconsideração da personalidade jurídica com eles.

e chega a ser ingênua a crença de que o sistema processual jurisdicional tenha por escopo a produção de decisões, de título executivo ou da coisa julgada”. “Além disso, quem respondesse que o escopo do processo (de conhecimento) é a produção de decisões, continuaria sem explicar para que servem afinal o processo e a própria decisão que o integra”. Pois, “quando se passa a pensar na coisa julgada como objetivo institucional do exercício da jurisdição, têm-se todos esses males e mais a ingenuidade da aceitação de algo que vem de fora do sistema como se resultasse de alguma força dele próprio. Não é o procedimento que dita a imunização das decisões que ele próprio produz, mas algo que o antecede e no qual ele busca apoio, ou seja, as normas de direito positivo que instituem a autoridade da coisa julgada material (no caso brasileiro, garantia erigida no plano constitucional); nem faria sentido outorgar ao agente do poder (poder derivado, não constituinte) o estabelecimento do grau de imunização de suas decisões contra futuros questionamentos. Mais ainda: peca essa afirmação da coisa julgada como objetivo processual, também por tomar como invariável algo que é historicamente variável e variável ainda, no seio do mesmo ordenamento jurídico, conforme a natureza do processo (como sustentar tal escopo com relação ao processo penal, quando a coisa julgada da sentença penal condenatória é extremamente instável, sujeita sempre à revisão?). A coisa julgada, não sendo efeito da sentença mas a autoridade de que os seus efeitos se revestem, jamais poderia ser considerada (também por esse motivo) como um objetivo em si mesmo”.

²¹⁰. MARCATO, *Procedimentos especiais*, n. 11.2, p. 43.

²¹¹. MARCATO, *Procedimentos especiais*, n. 11.3, p. 43. Inclusive, hoje a melhor doutrina prefere chamar de medidas urgentes as cautelares e antecipações, porque “são as duas faces de uma moeda só, elas são dois irmãos gêmeos ligados por um veio comum que é o empenho em neutralizar os males do *tempo-inimigo*”, in DINAMARCO, *Nova era do processo Civil*, p. 59.

²¹². MARCATO, *Procedimentos especiais*, n. 14, pp. 58-59.

No processo (ou fase) de conhecimento, certamente a desconsideração da personalidade jurídica tem cabimento. Porque pode ser conveniente se apurar a responsabilidade do sócio já nessa fase, para que ele conste no título executivo também como devedor (*infra*, n. 53). Sem contar que o ingresso do sócio não viola a regra da estabilização da demanda (*infra*, n. 44) e sua intervenção pode se dar sob várias formas distintas e em diferentes momentos (*infra*, nn. 50 ss).

No processo (ou fase) de execução ocorrem as maiores incidências de aplicação da teoria ora estudada, com a responsabilidade patrimonial do sócio (*infra*, n. 66). Mas não só em execução por quantia certa é que desconsideração tem aplicação. Também nas execuções em que o objeto de cumprimento da obrigação seja coisa diversa de pecúnia. Claro que ao se falar em obrigação de fazer ou não-fazer, não se imagina uma situação na qual o sócio seja o responsável pelo pagamento em desconsideração. Mas para se efetivar essa tutela específica houver a sua transformação em *resultado prático equivalente*²¹³ (CPC, art. 461, § 5º) e o adimplemento se der por dinheiro, é possível a desconsideração da personalidade jurídica, se houver alguma causa que o autorize. Se a desconsideração atingir o Poder Público (*supra*, n. 37), a execução se dará por meio do art. 730 do Código de Processo Civil e o pagamento se dará por precatório, nos termos do art. 100 da Constituição Federal e arts. 99 e 100 do Código Civil.

No processo cautelar a desconsideração também tem cabimento. Não há qualquer elemento que desautorize a tomada de *medidas urgentes* para a satisfação de um direito que será buscado ulteriormente contra o sócio, como ocorre com o arresto, sequestro, protesto contra alienação de bens *etc.*²¹⁴ Claro que, para isso, é necessário que estejam preenchidos os requisitos específicos para tanto, como o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*.²¹⁵ Essa verossimilhança deve consistir na grande probabilidade de o sócio-controlador ou a pessoa jurídica ter cometido algum ato que autorize a desconsideração da personalidade jurídica (*supra*, nn. 13-19), além da grande chance de existência do direito de prestação do autor. O *periculum in mora* deve consistir na inutilidade do provimento final para o sócio. Ou seja, o *periculum* não

²¹³. Sobre o tema, *cfr.* EDUARDO TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, n. 8.1, pp. 229-232.

²¹⁴. Assim também pensa FREDIE DIDIER JR., *Regras processuais no código civil*, n. 4, p. 14.

²¹⁵. Quando trata de antecipação de tutela, o art. 273 do Código de Processo Civil utiliza outra linguagem, cujo significado é o mesmo.

está em eventual esvaziamento patrimonial da pessoa jurídica, pois isso justifica medida urgente contra ela e não contra o sócio. Deve-se demonstrar que o perigo na demora está em atos de fuga patrimonial do sócio, pois é isso que justifica essa situação de urgência contra ele.

A desconsideração também tem cabimento nas diversas espécies de procedimento especiais: como é o caso dos embargos de terceiro (*infra*, n. 71), em execução por alimentos (desconsideração inversa – *supra*, n. 17) *etc.* Tem incidência sempre que o provimento jurisdicional buscado tenha pertinência com a responsabilização do sócio por ato que autorize a desconsideração da personalidade jurídica.

Na *arbitragem* a desconsideração também pode ter incidência. Esse meio de solução de conflito só tem cabimento quando se trata de *direitos patrimoniais disponíveis*,²¹⁶ a teor do art. 1º da lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (*lei da arbitragem*), e quando há uma série de requisitos a serem preenchidos. Estando todos esses presentes, nada impede que haja a desconsideração nessa seara. O árbitro ou a Câmara arbitral pode decretá-la, ou seja, o conhecimento pode ser feito na arbitragem. Assim, o árbitro poderá apurar a responsabilidade do sócio, causas que autorizam a desconsideração, produzir as provas acerca disso *etc.* Mas a execução desse *decisum* se dará por meio do Poder Judiciário, já que é ali que se executam as sentenças arbitrais (CPC, art. 475-N, inc. IV – *cumprimento de sentença em processo autônomo*).²¹⁷ Na execução, se o sócio tiver participado do processo, será considerado parte e a ele será aplicado o art. 475-L do Código de Processo Civil. Se não participou, terá de haver o contraditório antes da invasão patrimonial (*infra*, n. 49) e sua defesa não será restrita, com a possibilidade de discutir até mesmo a própria validade da arbitragem realizada. Se o sócio participou da arbitragem como representante da pessoa jurídica ligada a ele e, nesse meio tempo, desfez de seu patrimônio já prevendo que cometera algum ato que

²¹⁶. Como diz CARLOS ALBERTO CARMONA, “de maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível as questões relativas ao direito de família – em especial ao estado das pessoas (filiação, pátrio poder, casamento, alimentos) – aqueles atinentes ao direito de sucessão, as que têm por objeto as coisas fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas ao direito penal, entre tantas outras, já que ficam estas matérias todas fora dos limites em que pode atuar a autonomia da vontade dos contendentes”, *Arbitragem e processo*, n. 4, p. 56.

²¹⁷. Para DINAMARCO, corretamente a execução da sentença arbitral necessita de adaptação a essa alteração legislativa na sistemática da execução, *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.655-C, pp. 568-569.

autorize a desconsideração, essa alienação será considerada fraude à execução (*infra*, n. 77). Isso é porque, como será visto, alguns efeitos da litispendência da demanda movida à sociedade se estendem aos sócios (*infra*, n. 65 e 77). MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES traz importante questionamento sobre a posição ora defendida: o sócio que eventualmente praticou algum ato que autorize a desconsideração não firmou o compromisso arbitral. Entende ele corretamente que, desde que haja pedido, é lícito ao árbitro “estender os efeitos de sua decisão às pessoas solicitadas pelas partes, que se vejam alvo da participação nas conseqüências da decisão”.²¹⁸ Mesmo porque há situações nas quais o efeito da cláusula compromissória se estende a partes não-signatárias, como ocorre no caso de grupos econômicos.²¹⁹ É prudente ao árbitro que faça então o contraditório antes de proferir seu *decisum*, para que não haja qualquer vício na fundamentação e impeça a ocorrência de alguma nulidade. Ainda que para isso seja necessário, de *lege ferenda*, a instauração de um incidente cognitivo arbitral. Negar o entendimento ora defendido significa irracionalmente desprestigiar a função do árbitro e a *mens* da criação da arbitragem.

39. Regras de competência, conflito positivo e desconsideração

Podem ocorrer dois fenômenos no tocante ao tema da competência relacionado à desconsideração. O primeiro deles é o processo seguir seu curso natural e houver a desconsideração da personalidade jurídica na execução. Pode acontecer de o sócio ter domicílio distinto daquele onde o processo tramita. Nessa situação de competência relativa não há modificação do lugar do foro. Isso porque a perpetuação da competência se dá no momento em que a demanda e o art. 87 do Código de Processo Civil é expresso no sentido de que são irrelevantes as modificações no estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente.²²⁰ Mesmo que se altere algum fato no processo, como é a desconsideração da personalidade jurídica, a competência se manterá a mesma.

²¹⁸. “Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica à arbitragem”, *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da lei 9.307/1996*, p. 147.

²¹⁹. EDUARDO MUNHOZ, in “Arbitragem e grupos de sociedades”, *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da lei 9.307/1996*, pp. 176-178.

²²⁰. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Jurisdição e competência*, n. 57, p. 81

Portanto, a entrada de algum sócio responsável patrimonialmente com domicílio diverso do lugar do processo pendente não interferirá na regra da competência.

Mas há uma norma de cunho superior, que estabelece a competência absoluta da Justiça Federal, para os casos em que a União, suas autarquias, empresas públicas ou fundações públicas sejam partes, a teor do art. 109, inc. I, da Constituição Federal (competência *ratione personæ*). Se ocorrer a desconsideração da personalidade jurídica e algum ente desses for sócio-controlador da pessoa jurídica executada e se tornar parte no processo, a competência será deslocada para a Justiça Federal, porque essa regra constitucional prevalece sob a regra do art 87 do Código de Processo Civil, pois a competência da Justiça é absoluta. Do mesmo modo quando corre a desconsideração da personalidade jurídica e é atingido algum sócio-controlador for o Estado ou Município. A competência será deslocada para varas especializadas, quando no foro houver, porque se trata de competência em razão da matéria e portanto absoluta. Essas situações refletem a superposição da competência absoluta e não prevalece a regra da *perpetuatio jurisdictionis*.

O segundo fenômeno, de solução igual, ocorre quando o sócio intervém em demanda pendente antes de acontecer a desconsideração da personalidade jurídica, como ocorre, p.ex., na assistência e chamamento ao processo (*infra*, nn. 54 ss). Nessas situações, o ingresso do sócio pode também alterar regras de competência quando se tratar de competência absoluta. Assim, se algum sócio-controlador enquadrar-se no inc. I do art. 109 da Constituição Federal, a competência será deslocada para a Justiça Federal.²²¹ E do mesmo modo, no âmbito estadual, a competência será das varas especializadas quando estas existirem na comarca.

Interessante questão surge quando se dá a desconsideração de determinada pessoa jurídica em um processo e ocorre a falência dessa sociedade em outro processo. A prática demonstra que muitas vezes ocorre um aparente *conflito positivo de competência*, pois tanto o juízo da falência quanto o outro se entendem competentes para a realização desses atos. Há diversos casos em que ocorre uma execução individual contra a sociedade nesse processo há a desconsideração da personalidade jurídica para atingir bens

²²¹. Sobre competência da Justiça, *cfr.* MARCATO, “Breves considerações sobre jurisdição e competência”, *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos* n. 20, p. pp. 21-22.

do sócio. Mas há a falência da sociedade em outro processo. Para os atos executórios daquele primeiro processo, continua o juízo da execução competente?

Em situações assim, o correto tecnicamente é enviar o processo em que ocorreu a desconconsideração para o juízo falimentar ou da recuperação. Porque quando se dá a desconconsideração ocorre litisconsórcio ulterior entre sociedade e sócio (*infra*, n. 51) e não há sucessão ou substituição processual, porque a pessoa jurídica não perde a capacidade de ser parte nem a legitimidade *ad causam* (*infra*, n. 45). Apesar de a execução ter sido *redirecionada*²²² aos sócios, com sua inclusão no pólo passivo, a sociedade ou sua massa falida continua ré. Tanto que, se a pessoa jurídica tiver ulterior patrimônio disponível, este será penhorado para pagar a dívida desse processo em que se formou o litisconsórcio por causa da desconconsideração. Além do mais, isso poderá frustrar os credores os habilitados na falência, porque nesse processo também poderá ter a responsabilidade dos sócios por atos de gestão, fraude *etc.* e aquele credor individual terá uma injustificada vantagem. É oportuno e tecnicamente adequado que a competência seja do juízo universal.

Essa questão é bastante discutida no Superior Tribunal de Justiça. Em um primeiro momento a inclinação foi a mesma que a ora defendida.²²³ Mas em tempos mais recentes foi para o lado diametralmente oposto.²²⁴ O argumento utilizado é o de que não há conflito porque “o patrimônio da falida quedou-se livre de constrição”, pois o sócio tomou o lugar processual da sociedade e por isso o processo deve prosseguir e não ser remetido para o juízo universal falimentar. Pelos argumentos acima expostos percebe-se que o atual entendimento daquela Corte não é o mais academicamente adequado.

²²². Apesar de não ter técnica alguma, esse termo é consagrado na linguagem jurídica cotidiana, especialmente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

²²³. Na jurisprudência, a favor da competência do juízo universal: STJ, 2ª S., CC 30813/PR, rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, j. 13.12.00, v.u., DJ 5.3.01.

²²⁴. A favor da competência do processo em que houve a desconconsideração: STJ, 2ª S., CC 57523/PE, rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 28.2.07, v.u., DJ 8.3.07; 2ª S., Edcl no AgRg no CC 53215/SO, rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. 13.6.07, v.u., 2.8.07; 2ª S., AgRg no CC 86096/MG, rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. 8.8.07, v.u., DJ 23.8.07; 2ª S., AgRg no AgRg no CC 57649/SP, rel. Min. JOÃO OTÁVIO NORONHA, j. 13.8.08, v.u., DJ 18.8.08; 2ª S., AgRg no CC 103437/SP, rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. 27.5.09, v.u., DJ 3.6.09; 2ª S., AgRg nos EDCI no CC 55.644/ES, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 28.10.09, DJ 11.11.09. Mas o Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS adverte que tal solução não é mais possível se houver a desconconsideração da personalidade jurídica da falida, ocasião em que os patrimônios do sócio e sociedade e se confundem e prevalece a competência do juízo universal, *in* 2ª S., CC 61274/SP, j. 28.2.07, v.u., DJ 8.3.07.

40. Os elementos da demanda

O conteúdo dos itens subseqüentes tratará do tema da desconsideração com a demanda e seus elementos. Na medida em que toda demanda possui sua individualidade, como se relaciona a desconsideração com os três *eadem*? Muitas vezes o sócio não é parte *na demanda* inicial do autor, mas se tornará ulteriormente parte *no processo*. Antes disso, logicamente será *terceiro interessado*. Mas para deixar de ser terceiro e se tornar parte, tem de haver uma *causa* do pedido de desconsideração e também um *petitum*. A relação desses institutos com a desconsideração será visto logo mais, bem como o tratamento da estabilização da demanda com a inclusão de uma nova parte, com uma nova causa de pedir e novo pedido.

A demanda é um *ato* de tentativa de refúgio no Poder Judiciário, cujo *conteúdo* traz a pretensão (*Anspruch*)²²⁵ daquele que espera a tutela

²²⁵. Não é inédito o termo *pretensão* no ordenamento brasileiro, pois com a lei n. 10352, de 26 de dezembro de 2001, o legislador processual deu uma nova redação ao art. 527, inc. III, do Código de Processo Civil, ao dispor que o relator poderá “deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal”. Da leitura do dispositivo do Código de Processo Civil, o significado de pretensão nada mais é do que o que o recorrente busca obter no julgamento final do recurso. Pretensão aí nada mais é do que *o que se pretende*, o que o recorrente busca com o recurso. Diversa foi a intenção do legislador no art. 189 do Código Civil vigente. Tal disposição tem origem no *Bürgerliches Gesetzbuch* alemão, mais precisamente no seu § 194, I: *das Recht, von einem ein Tun oder in Unterlassen zu verlangen (Anspruch) unterliegt der Verjährung*. Apesar de o legislador alemão ir além do ponto alcançado pelo brasileiro no Código Civil de 2002 e expressamente definir a pretensão (*Anspruch*) como o direito de exigir de outrem um fazer ou um não fazer, ambos tratam o objeto da prescrição como sendo a *pretensão*. Pelo instituto trazido da doutrina alemã e adotado pelo Código Civil brasileiro, a pretensão nada mais é do que a *actio* dos romanos. No sistema que originou o *civil law*, o pretor dava ação a situações que tipificava em cada caso concreto (daí a tipicidade das *actiones*). Ter ação era a mesma coisa que ter direito ao bem e pretender que esse direito fosse admissível nas vias judiciais (hoje isso é inadmissível e para tanto basta a seguinte indagação: se ter ação é o mesmo que ter o bem, qual a *ratio essendi* da demanda declaratória negativa?). Tal conceito sintetiza hoje um autêntico sincretismo, pois alguém só teria direito a um bem se tal direito tivesse a proteção judiciária, ou seja, ignorava-se a idéia de que há direito sem processo e processo sem direito. Ter *actio* quanto a determinada *res* significava também ter pretensão a ele, isso porque somente se teria direito a tal bem se se pudesse *exigi-lo* por meio da via judicial. Naquele sistema, perfeitamente plausível; no atual, impossível. Como DINAMARCO expõe, o sistema romano “despreza a fundamental distinção entre fenômenos jurídicos-materiais e outros que pertençam ao mundo do processo” (in *Capítulos de sentença*, n. 22, p. 55). BARBOSA MOREIRA, apesar de adotar tese diferente da dele sobre a pretensão, afirma que essas distinções são oriundas de “divergências manifestadas acerca de uma questão de direito romano: basta lembrar que a celeberrima polêmica entre Windscheid e Muther, recapitulada em tantos tratados e compêndios de direito processual, girava, afinal de contas, em torno da *actio* romana. Daí se quis extrair conclusões supostamente válidas para os ordenamentos modernos. Como sói acontecer em casos assim, nem sempre foi possível evitar que noções surgidas em determinado contexto histórico, e por ele condicionadas, se tornassem equívocas e, aqui e ali, pusessem em falsa pista tentativas de captar a essência de fenômenos peculiares a um mundo muito diferente” (in “Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro”, *Revista trimestral de direito civil*, XI, p. 70). Em suma e como

jurisdicional.²²⁶ É com ela, instrumentalizada por uma *petição inicial*, que se instaura o processo e esse é o primeiro e mais amplo efeito da demanda.²²⁷ Trata-se de um *direito incondicionado*, na medida em que ao demandante são garantidas constitucionalmente as portas ao Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV – assegurar a cada um *his day in court*).²²⁸ Todo juiz deverá portanto apreciar a demanda, nem que seja para indeferir a petição inicial (CPC, art. 295), mesmo que pareça evidente a falta de qualquer pressuposto ao julgamento de mérito.

afirmado por DINAMARCO (in *Capítulos de sentença*, n. 22, p. 55-56), o conceito civilista de *pretensão* pertence a um momento histórico –metodológico anterior à independência da ciência processual. Ao leitor mais desatento e sob a infeliz óptica da situação do ponto de vista exclusivo da posição do demandante, a pretensão pode parecer hoje nada mais que direito à tutela jurisdicional sobre um bem, o que faz com que se tenha uma pretensão a ele. Com isso, a diferença entre os institutos seria pouca e *ação* e *pretensão* nada mais seriam que uma opção terminológica. Mas a situação não pode ser vista apenas sob tal ponto de vista. Hoje o conceito de tutela jurisdicional é muito maior do que pretensão e há a proteção necessária do demandado. A pretensão é muito conveniente ao processo civil do autor e inclui necessariamente a existência de um direito em favor do demandante. Além do mais, nas ações declaratórias negativas não há direito algum e portanto não há *pretensão* nesse sentido que foi exilado acima, mas há pretensão se considerá-la como aquilo que se pede, o que se *pretende*, qual o bem da vida buscado em juízo. DINAMARCO é preciso e afirma que “pretensão não é uma situação jurídica, mas um fato que ocorre na vida das pessoas; não é um direito, mas uma exigência (*exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio*: Cernelutti)” (in *Instituições de direito processual civil*, II, n. 480, p. 181). É justamente esse o máximo de amplitude que se pode dar à pretensão. Não satisfeita essa pretensão, essa vontade, essa aspiração, se motiva a instauração de um processo para a resolução de um conflito. Dentro do processo, a pretensão nada mais é do que o seu objeto, ou seja, o pedido, já que é ali que está maximizado o estado de espírito do autor, a sua insatisfação no mundo exterior. *Pretensão é o que se pretende*, nada mais. Ainda que se admita a pretensão como “ação em sentido material”, é algo totalmente estranho à ciência processual e não pode ser considerada, pois só há uma *ação*, e ela significa o direito condicional de obter a tutela jurisdicional. Ressalte-se que nem os próprios germânicos têm uma unidade conceitual sobre a pretensão. Nunca houve consenso se a pretensão fazia parte apenas do pedido (*Antrag*) ou se era um instituto complexo, constituído pela causa de pedir e pedido (KARL HEINZ SCHWAB, *El objeto litigioso en el proceso civil* pp. 11 ss.). Como sabido, é no pedido que o demandante traz para o mundo do processo a sua pretensão e indica o que deseja. Ou seja, o *petitum* é o fato informativo do desejo do demandante e a solicitação ao juiz do que se pretende. É o que a doutrina chama de *caráter bifronte do pedido*, o qual define o bem pretendido e a providência que se quer do juiz. Pretensão nada mais é do que um *estado de espírito*, uma aspiração do ser, CARNELUTTI afirma que a pretensão (*Anspruch*) não passa de um *fato jurídico*. Não é algo que se soma à obrigação, um direito diverso do da obrigação, ainda que acessório. “Pretender é querer, desejar, aspirar” in DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 480, p. 181. Dentro do processo, a pretensão pode ser assim considerada como aquilo que o demandante pretende, que nada mais é do que o objeto do processo (*Streitgegenstand*).

²²⁶. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 430, p. 106.

²²⁷. Independentemente da citação do réu, porque o indeferimento liminar da petição inicial (CPC, art. 295), a concessão de tutela antecipada *inaudita altera parte* (CPC, art. 273), a hipótese do art. 285-A do Código de Processo Civil são atos nitidamente jurisdicionais e ninguém afirma que aí não há processo. Cfr. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, III, n. 1.026-A, pp. 412-414.

²²⁸. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 435, p. 115.

Toda demanda possui a sua própria individualidade, a ser averiguada pelos elementos que a compõem. É no ato introdutório da demanda²²⁹ que, pela primeira vez, ela é individualizada (CPC, art. 282, incs. II-IV) e é delimitado o objeto do processo (*Streitgegenstand*), ainda que de forma provisória e de com acordo com uma gradual estabilização. A clássica doutrina dos italianos BELLAVITIS²³⁰ e CHIOVENDA²³¹, seguida quase que pacificamente, enumera três elementos como individualizadores da demanda, os *tria eadem*. Esses elementos são (a) os sujeitos que propõe a demanda e contra a qual é proposta (partes), (b) os fatos que o autor alega e seu enquadramento em alguma categoria jurídica (*causa petendi*) e (c) a postulação de determinado provimento com a especificação do bem da vida pleiteado (*petitum*). Para a correta individualização da demanda, não basta identificar simplesmente as partes, mas sim o lado de cada uma; não basta saber os fundamentos do pedido, pois é preciso identificar corretamente os fatos e a qualificação jurídica; também não é suficiente falar no bem da vida pretendido, porque é preciso analisar também o tipo de provimento jurisdicional esperado (sentença declaratória, sentença condenatória, sentença constitutiva).²³²

41. Os elementos da demanda e a desconsideração (I): partes

Segundo clássica lição de CHIOVENDA, *parte* é aquele que demanda e também aquele que é demandado.²³³ Esse conceito *chiovendiano* é incompleto porque não explica o significado de ser parte e também impõe uma limitação, na medida em que não engloba a figura do assistente ou do MINISTÉRIO PÚBLICO quando atua na defesa dos incapazes ou como *custos legis*. Por isso LIEBMAN ampliou esse conceito para definir como partes “os litigantes, as partes em contenda, as pessoas que levaram a controvérsia diante do juiz”. E continua com a afirmação de que são partes “os sujeitos do

²²⁹. MARIACARLA GIORGETTI, *Il principio di variabilità nell'oggetto del giudizio*, n. 1, p. 2.

²³⁰. *L'identificazione delle azioni*, pp. 96 ss.

²³¹. *Principii di diritto processuale civile*, § 1º, n. 5, pp. 62-63.

²³². DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 436, p. 116.

²³³. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, § 34, n. 1, p. 579. CASSIO SCARPINELLA BUENO adota fielmente o conceito *chiovendiano*, in *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, pp. 3 ss.

contraditório perante o juiz”.²³⁴ Esse enquadramento *liebmaniano* é seguido pelo Código de Processo Civil ao qualificar o assistente como parte (CPC, art. 52) e também pela doutrina brasileira em geral.²³⁵ A idéia de CHIOVENDA traz o que DINAMARCO chama de partes *na demanda*: “são os sujeitos que comparecem perante o juiz pedindo tutela jurisdicional e aquele em relação ao qual essa tutela é pedida”.²³⁶ Com a citação, a parte deixa de ser parte somente na demanda para ser parte também *no processo*. Nota-se que as partes na relação processual são um conceito mais amplo e não necessariamente as partes na demanda serão aquelas partes no processo, porque pode acontecer de ser inserido um litisconsorte necessário ulterior²³⁷ (CPC, art. 47, pr.), assistente, participação do MINISTÉRIO PÚBLICO, recurso de terceiro prejudicado, sucessão processual *etc.* É somente com o ingresso na relação processual que alguém se torna parte no processo. Essa é a razão de ser do art. 475-L, inc. I, do Código de Processo Civil, segundo o qual o executado pode impugnar a execução para alegar inexistência de citação ou seu vício na fase cognitiva. É importante notar também que esse conceito de parte não envolve a análise do direito material. Trata-se pois do conceito *puro de parte*, que difere de *parte legítima*, qualidade essa que têm somente os sujeitos da relação material posta no litígio.²³⁸ O conceito puro de parte significa que ser parte no processo envolve uma série de situações jurídicas ativas e passivas, como faculdades, ônus, poderes e deveres inerentes. Alguém se torna parte em três situações: na propositura da demanda, por força de sucessão ou quando ocorre alguma modalidade de intervenção por um terceiro no processo pendente.²³⁹

A partir do conceito puro de parte, LIEBMAN conceitua o *terceiro*. Trata-se na verdade de um conceito negativo, porque o mestre italiano trata como terceiro todo aquele que não é considerado parte.²⁴⁰ DINAMARCO concorda com esse

²³⁴. *Manual de direito processual civil*, 1, n. 41, p. 123.

²³⁵. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 520, p. 252; CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. II, t. I, n. 5, pp. 69-70; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*, I, n. 66, p. 88.

²³⁶. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 436, p. 117.

²³⁷. SÉRGIO FERRAZ entende que nessa hipótese o litisconsórcio não é ulterior porque se um co-legitimado não está no pólo passivo do processo a relação processual não se completou ainda, in *Assistência litisconsorcial no direito processual civil*, pp. 43 ss.. DINAMARCO corretamente critica essa posição, porque “mal ou bem, enquanto no processo existir um só autor e um só réu, litisconsorcial ele não é”, in *Litisconsórcio*, n. 28, p. 80.

²³⁸. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 520, p. 253.

²³⁹. LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*, 1, n. 41, p. 125; DINAMARCO, *Intervenção de terceiros*, n. 3, p. 14-16.

²⁴⁰. *Manual de direito processual civil*, 1, n. 41, p. 124.

*conceito puro*²⁴¹ e *negativo* de terceiro e afirma que essa conceituação rechaça toda e qualquer análise de direito material envolvida no litígio.²⁴² Isso porque são terceiros a um determinado processo toda e qualquer pessoa que não sejam as partes. A verificação da relação jurídico-material discutida em determinado processo é essencial apenas para a conceituação de terceiro juridicamente interessados e terceiros desinteressados. O *terceiro interessado*, seja qual for o seu interesse²⁴³, sofrerá os efeitos processuais de eventual resultado do processo e terá prejuízos ou benefícios no bem da vida em discussão. O que difere a parte legítima do terceiro interessado é justamente que este não é sujeito dos atos processuais da demanda em discussão, ou seja, não tem faculdades, sujeições, poderes, deveres e ônus que aquela tem, apesar de a sentença o afetar. O terceiro interessado poderá vir a ser parte caso intervenha no processo para a defesa dos seus interesses jurídicos ou de outrem (neste caso, há a defesa reflexa dos seus direitos).

Esses conceitos são importantes porque o sócio-controlador que sofreu a desconsideração (ou a sociedade, quando se trata das remotíssimas hipóteses de desconsideração inversa – *supra*, n. 17) não é parte *na demanda* inicial do credor. Enquanto não convidado ao debate, ele será terceiro, porque assim é todo aquele que não é parte (*conceito negativo de terceiro* – LIEBMAN).²⁴⁴ Ele se tornará parte *no processo* quando houver a desconsideração da personalidade jurídica. Como ele é terceiro juridicamente interessado, poderá também intervir na demanda pendente e se tornará parte (*infra*, n. 50). Quem sofreu a desconsideração será parte na demanda inicial quando for convidado a participar desde o início da relação processual levada a juízo por aquele que se diz credor, como ocorre, p.ex., em um processo cognitivo cujo objeto é exclusivamente a desconsideração da personalidade jurídica e a condenação do sócio. Claro que se está a falar sempre em *controle*, como afirmam COMPARATO-SALOMÃO (*supra*, n. 8), pois é impossível um sócio ser atingido por desconsideração pelo simples fato de ser sócio,

²⁴¹. Tão puro quanto o de *parte* e diametralmente oposto a ele.

²⁴². *Instituições de direito processual civil*, II, n. 587, pp. 380-381.

²⁴³. Apesar de não ser todo o interesse que legitime um terceiro a intervir no processo.

²⁴⁴. *Manual de direito processual civil*, 1, n. 41, p. 124; DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 587, p. 380.

já que não foi ele que praticou o ato, justamente por não ter as rédeas da sociedade nas mãos.²⁴⁵

Sendo parte na fase de conhecimento e condenado, o sócio deixa de ser mero responsável patrimonial (*infra*, n. 66 e 69) para se tornar *devedor* do título executivo judicial. Mas se do processo ou fase de conhecimento não participou, ou se o título executivo for extrajudicial, o sócio que sofreu a desconsideração não será devedor e sim mero responsável. Essa distinção é importantíssima e terá repercussões na posição do sócio perante a execução e as matérias objeto de defesa e a apuração de sua responsabilidade pelo pagamento dos acessórios, como multas, custo do processo *etc.* (*infra*, n. 68).

42. Os elementos da demanda e a desconsideração (II): *causa petendi*

A causa de pedir (*Sachverhalt*) é o segundo elemento da demanda. Há no ordenamento jurídico uma previsão abstrata dos fatos tipificados (*Tatbestand, fattispecie*) e um preceito que ordena a aplicação dessa previsão sempre que acontecer qualquer fato lá contido. Essa é a razão pela qual o sistema processual ordena que o demandante explicita os fatos que supostamente lhe dariam o direito pleiteado e qual a previsão que lhe amparariam (CPC, art. 282, III).²⁴⁶ Por previsão não se deve entender os fundamentos legais (indicações de lei), mas sim os fundamentos jurídicos (enquadramento em determinada categoria jurídica).

Há dois sistemas sobre a *causa petendi*. O primeiro é aquele no qual os fatos influenciam no objeto do conhecimento do juiz (*teoria da substanciação*) e o segundo é aquele em que é necessário que o autor esclareça qual o fundamento jurídico trazido (*teoria da individuação*).²⁴⁷ Como afirma RICARDO LEONEL, “do ponto de vista da substanciação da demanda, o fato constitutivo é que contribui para sua delimitação;

²⁴⁵. Esse posicionamento é acompanhado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consoante a seguinte ementa: “a despersonalização de sociedade por ações e de sociedade por quotas de responsabilidade limitada só atinge, respectivamente, os administradores e os sócios-gerentes; não quem tem apenas o *status* de acionista ou sócio”, 3ª T., Resp 786345/SP, rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. 21.8.08, v.m., DJ 26.11.08.

²⁴⁶. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 450, p. 131.

²⁴⁷. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 450, pp. 130-133; RICARDO DE BARROS LEONEL, *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, n. 2.1.7, p. 87.

enquanto para o enfoque da individuação é o direito afirmado, isto é, feito valer, que especifica a demanda”.²⁴⁸

A adoção de um ou de outro sistema implica uma série de consequências, segundo corretamente diz RICARDO LEONEL.²⁴⁹ Para sistemas que adotam a *teoria da substanciação*, há (a) limitações à alteração dos fatos narrados no processo a serem considerados pelo juiz mas (b) esses fatos supervenientes não estão cobertos pela eficácia preclusiva da coisa julgada e podem servir como fundamento para ulterior nova demanda. A adoção da teoria da substanciação leva também a (c) uma suposta aceleração no procedimento, na medida em que impede retrocessos processuais e evita atrasos na solução do litígio. A adoção da *teoria da individuação* implica o retardamento da solução da demanda (mas em contrapartida agiliza a solução da controvérsia). *Das Stuttgarter Modell*, introduzido na Alemanha no final da década de 1960 e início de 1970, deixou o direito alemão mais próximo da teoria da substanciação, a teor dos §§ 271 ss da *ZPO*. Assim como italiano após a *novella* de 1990, que reformou o seu art. 183 do Código de Processo. Em sentido oposto, o direito português, após as mudanças de 1997, flexibilizou a rigidez no procedimento.

O Brasil adota a teoria da substanciação, a teor do art. 282, inc. III, do Código de Processo Civil e art. 41 do Código de Processo Penal, sem fazer distinções entre direitos relativos ou absolutos e demandas autodeterminadas e heterodeterminadas.²⁵⁰ Até a citação, a alteração é livre (CPC, art. 264); após, somente com a anuência do réu mas antes do saneamento do processo. Depois dele, a lei veta qualquer alteração.

A *causa petendi* da desconsideração da personalidade jurídica é sempre o elemento que a autorize (*Tatbestand, fattispecie*) e sua ocorrência no caso em juízo. P.ex., se houver fraude, a causa de pedir será sempre a previsão abstrata que

²⁴⁸. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, n. 2.1.7, p. 87.

²⁴⁹. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, n. 2.1.7, p. 88.

²⁵⁰. Apesar de o Código não fazer distinções de exigências entre direitos absolutos ou relativos, parte da doutrina defende que para a primeira categoria a substanciação seja amenizada, *cfr.* RICARDO DE BARROS LEONEL, *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, n. 2.1.8, pp. 93 ss. Para conceituação de demandas autodeterminadas e heterodeterminadas, *cfr.* JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*, nn. 3.9.1.1 e 3.9.1.2, p. 117-19, CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 177, RICARDO DE BARROS LEONEL, *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, n. 2.1.9, pp. 97-99.

autoriza a desconsideração com base na fraude e a sua ocorrência no caso em tela. A alegação genérica de ocorrência de uma das situações que autoriza a desconsideração é insuficiente. O demandante tem pois o ônus de demonstrar de forma pormenorizada sua ocorrência *in casu*.

Também é evidente que, se a demanda for proposta exclusivamente contra a sociedade, eventual elemento que autorize a desconsideração não faz parte da causa de pedir inicial. A resposta para esse problema está muito mais próxima da estabilização da demanda, que será vista logo abaixo (*infra*, n. 44).

43. Os elementos da demanda e a desconsideração (III): *petitum* e sua cumulação (cúmulo *simples* e cúmulo *condicional*)

Este é o terceiro elemento que individualiza uma demanda posta em juízo. A demanda possui uma *estrutura bifronte*,²⁵¹ na medida em que o sujeito indica a espécie de provimento jurisdicional que almeja e especifica qual bem da vida pretende. Sob essa perspectiva, um pedido é diferente do outro quando a espécie do provimento é diversa, mesmo que em duas demandas se almeje o mesmo bem da vida.

Essa estrutura bifronte é uma das justificativas para a exigência de o pedido ser certo e determinado, nos termos do art. 286 do Código de Processo Civil. Trazendo esses conceitos para o tema ora estudado, percebe-se facilmente que o sujeito que pretende ver a personalidade jurídica desconsiderada não pode simplesmente alegar a incidência de uma das hipóteses de desconsideração na sua causa de pedir e fazer o pedido para que determinada pessoa jurídica seja desconsiderada e o patrimônio do sócio atingido. O Código veta atitudes genéricas como essa e o demandante tem o ônus de fazer o pedido de desconsideração certo e determinado, com a especificação completa de qual sócio sofrerá a desconsideração e o valor que seu patrimônio será afetado. Sem essas exigências não está cumprido o disposto no art. 286 do Código de Processo Civil e é inadmissível que se aceite pedidos com conteúdos genéricos e vagos, sem especificações ou qualquer detalhamento, que nitidamente atrapalha o contraditório e por conta disso viola a cláusula constitucional do *due process of law*.

²⁵¹. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 443, p. 122.

A desconsideração da personalidade jurídica pode trazer consigo também o elegante tema da *cumulação de pedidos*. Na definição de CHIOVENDA, tem-se o cúmulo *objetivo*²⁵² quando o autor propõe contra o réu mais de uma demanda, que podem ser imaginadas como objeto separado de uma relação processual.²⁵³ O mestre italiano divide o cúmulo objetivo em simples e condicional.

Simples é o cúmulo de pedidos quando o demandante espera mais de um resultado por meio da tutela jurisdicional, ainda que esses pedidos não tenham qualquer ligação fática ou jurídica, a teor do art. 292 do Código de Processo Civil. A lei exige três requisitos de compatibilidade para o cúmulo de pedidos: compatibilidade entre os pedidos (CPC, art. 292, § 1º, inc. I), compatibilidade de competências e compatibilidade dos procedimentos.²⁵⁴ Pensando em desconsideração da personalidade jurídica, pode haver o cúmulo objetivo simples de pedidos quando o credor pretende ver desconsiderada mais de uma pessoa jurídica ou ainda quando quer atingir o patrimônio de mais de um sócio (p.ex., dois sócios controladores).

²⁵². Cúmulo *subjetivo*: litisconsórcio (*infra*, nn. 50 ss).

²⁵³. *Princippi di diritto processuale*, § 91, n. I, p. 1.128.

²⁵⁴. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 472, pp. 169-172. A compatibilidade é necessária porque dois pedidos que se excluem não pode conviver harmoniosamente no mesmo processo. Assim, “não é admissível pedir cumulativamente a condenação a restituir o bem comprado e a pagar o preço, porque ao direito repugna que o vendedor se enriqueça recebendo esses dois bens. A cumulação de pedidos incompatíveis é indicada pela lei como causa de indeferimento da petição inicial (CPC, art. 295, par., inc. IV), mas a jurisprudência propende a oferecer ao autor a oportunidade de fazer a escolha daquele que preferir, sem que o processo se extinga; não feita a escolha no prazo, impõe-se a extinção porque ao juiz não é permitido fazer pedidos nem interferir no objeto do processo (arts. 2º, 128 e 460)”. Sobre a competência, “quando as demandas cumuladas *não apresentarem nenhuma conexão objetiva* (pedidos independentes e fundamentos distintos), o cúmulo só será admissível se concorrer a identidade da competência absoluta do órgão acessado e também de sua competência relativa: os pedidos de indenização por um acidente e de pagamento de um valor emprestado não se cumularão se pertencerem à competência de Justiças diferentes, ou de foros distintos, ou de mais de um juízo. *Havendo conexão objetiva entre as demandas cumuladas*, permanece a exigência da competência absoluta, mas a relativa se prorroga e não constitui óbice à cumulação”. E ainda, sobre a compatibilidade procedimental, “a simultânea realização de atos inerentes a mais de um procedimento, em um só processo, seria óbvia fonte de tumultos – e por isso não se cumulam demandas sujeitas a procedimentos diferentes (ordinário e sumário, ordinário e especial, dois especiais diferentes entre si *etc.*). O § 2º do art. 292 mitiga a regra geral de indisponibilidade do procedimento, ao permitir que o autor *opte pelo ordinário* para o processamento das demandas cumuladas, removendo com isso o óbice consistente na incompatibilidade procedimental. É também indispensável, embora não o diga o Código, que todas as demandas a cumular comportem a *mesma espécie de processo*: não se pode cogitar, p.ex., de um pedido de sentença de mérito e de satisfação de um direito, cumulados em um processo de conhecimento ou em um de execução. Em relação ao *processo executivo* é feita uma específica exigência de compatibilidade, que impede misturar execuções por quantia certa, ou para entrega, ou para cumprimento de obrigação de fazer (CPC, art. 573), ainda quando todas sejam fundadas no mesmo título executivo. Não tem aplicação *in executivis* a regra de opção pelo procedimento ordinário (art. 292, § 2º) simplesmente porque no processo de execução inexistente um procedimento ordinário”.

Já o *cúmulo condicional*, na linguagem de CHIOVENDA, ocorre quando o autor não quer simplesmente o acolhimento de todas as suas demandas cumuladas mas “chiede l'accoglimento dell'una solo condizionatamente *all'esito dell'altra*”,²⁵⁵ ou seja, o segundo pedido depende do primeiro.

CHIOVENDA divide ainda em três casos o *cúmulo condicional*.²⁵⁶

O primeiro seria o *cúmulo sucessivo* (ou condicional em *stricto sensu*), no qual o segundo pedido só pode ser analisado se houver a análise prévia do primeiro pedido. Há um pedido principal e um pedido acessório, que está vinculado ao primeiro. Assim como ocorre no *cúmulo simples*, no *sucessivo* também há uma soma de pedidos a serem satisfeitos de forma simultânea. Mas entre essa sucessividade de julgamentos há uma relação de prejudicialidade entre os pedidos,²⁵⁷ porque o juiz só pode examinar o segundo pedido depois de acolhido o primeiro. A prejudicialidade de pedidos nada mais é do que a prejudicialidade entre demandas, que “existe sempre que uma delas verse sobre a existência, inexistência ou modo-de-ser de uma relação jurídica fundamental, da qual dependa o reconhecimento da existência, inexistência ou *modo-de-ser* do direito controvertido na outra”.²⁵⁸ Assim ocorre, p.ex., quando o contrato é declarado válido mas a prestação não é devida porque o autor não cumpriu sua obrigação.²⁵⁹ Esses conceitos são importantíssimos para a desconsideração da personalidade jurídica, já que pode acontecer de o credor pedir a condenação da pessoa jurídica por inadimplemento da obrigação e pedir a condenação também do sócio-controlador (responsável patrimonialmente – *infra*, n. 66) por este ter cometido algum ato que autorize a desconsideração da pessoa

²⁵⁵. CHIOVENDA, *Princippi di diritto processuale*, § 91, n. II, p. 1.129.

²⁵⁶. CHIOVENDA, *Princippi di diritto processuale*, § 91, n. II, a, b, c, pp. 1.129-1.132.

²⁵⁷. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 473, pp. 172-174. A relação de prejudicialidade é evidente porque o pedido acessório depende do que for decidido no pedido principal: “existe autêntica relação de prejudicialidade entre a demanda relacionada com o direito principal e a que deduz pedido fundado em *direito acessório*. Como *accessorium sequitur suum principale*, o que se decidir sobre a demanda principal interfere no teor do julgamento da acessória – o que significa que em parte as *cause petendi* coincidem. De todo modo, como ordinariamente o pedido acessório e o principal são deduzidos em face do mesmo sujeito, o disposto no *caput* do art. 292 é folgadoamente suficiente para admitir esse *cúmulo*. A procedência do pedido principal permitirá que o juiz aprecie os demais requisitos para acolher o acessório, mas a improcedência daquele impõe também a deste (daí, *prejudicialidade*)”. Para conceitos e tratamento do tema da prejudicialidade, *cfr.* CLARRISE FRECHIANI LARA LEITE, *Prejudicialidade no processo civil*, nn. 55 ss., pp. 21 ss.

²⁵⁸. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 465, p. 160.

²⁵⁹. Para mais exemplos, *cfr.* CHIOVENDA, *Princippi di diritto processuale*, § 91, n. II, p. 1.129.

jurídica. Nessa situação, só haverá análise do pedido condenatório contra o sócio se houver o acolhimento do pedido condenatório contra a pessoa jurídica. Eis a relação de sucessividade inerente à prejudicialidade.

O segundo cúmulo trazido por CHIOVENDA é o *cúmulo eventual* (ou subordinado), que ocorre quando o segundo pedido é analisado no evento do primeiro ser rejeitado (pedido subsidiário). Nessa situação, o autor não pretende o acolhimento simultâneo de seus pedidos, mas sim o acolhimento do segundo pedido caso o primeiro não seja provido. Trata-se, como diz CHIOVENDA, em uma “gradazione d’interessi dell’attore; alla principale corrisponde un maggior interesse, alla subordinata un interesse minore”.²⁶⁰ É pois um cúmulo alternativo, mas essa alternatividade é qualificada pela eventualidade de o segundo pedido ser examinado somente se o primeiro não for acolhido (opção por *escolha prioritária*),²⁶¹ como dispõe o art. 289 do Código de Processo Civil. Ao trazer esses conceitos para a desconconsideração, não pode o autor pedir a condenação da sociedade por inadimplemento de uma obrigação e, na eventualidade de seu pedido não ser acolhido, pedir a condenação do sócio-controlador em razão deste ter cometido algum ato que autorize a desconconsideração da personalidade jurídica. Isso porque o fundamento de cada pedido é distinto: enquanto se pede a condenação da sociedade por inadimplemento de uma obrigação, a condenação do sócio é porque este praticou algum ato ilegal autorizador da desconconsideração e é responsável patrimonialmente. Ou seja, enquanto o fundamento de um pedido é a existência de uma obrigação inadimplida, de outro é a caracterização da responsabilidade patrimonial. E não há como responsabilizar o sócio se a obrigação da sociedade não puder ser exigida por qualquer motivo. Mas o autor poderá fazer os seguintes pedidos: a) condenação da sociedade por inadimplemento de uma obrigação e (b) pedidos subsidiários de condenação, por responsabilidade patrimonial em razão de desconconsideração da pessoa jurídica, de um sócio-controlador e, subsidiariamente de outro sócio, se houver dúvida no tocante ao controle.

Já o terceiro cúmulo é o *cúmulo alternativo*, quando dois pedidos são feitos para um *ou* outro ser acolhido. O pedido será alternativo,

²⁶⁰. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale*, § 91, n. II, p. 1.131. Na mesma linha, DINAMARCO defende o cúmulo eventual como a “reunião de dois ou mais pedidos em uma só iniciativa processual, com a manifestação de preferência por um deles”, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 475, p. 176.

²⁶¹. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 475, p. 177.

“quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo” (CPC, art. 288). Essa alternatividade dá ao juiz a liberdade de escolher aquele que se lhe pareça mais adequado segundo o direito e os padrões de justiça, sendo que, acolhido um dos pedidos, o autor não terá interesse em recorrer para acolhimento do outro.²⁶² Para o tema ora estudado, não pode o autor pedir a condenação da sociedade por inadimplemento de uma obrigação *ou* a condenação do sócio em razão da desconsideração da personalidade jurídica, pelos mesmíssimos motivos já expostos logo acima quando se tratou do cúmulo eventual (como afirmar que o sócio é responsável se a obrigação não pode ser cumprida?). Mas poderá autor, se lhe for conveniente, (a) pedir a condenação da sociedade em razão do inadimplemento de uma obrigação e (b) pedir, por força da desconsideração da personalidade jurídica, a condenação de um sócio *ou* outro, se eles forem controladores e tiveres poderes de administração individuais.

Sobre o pedido de desconsideração na execução, o exequente tem o ônus de demonstrar que a sociedade é insolvente antes de pedir a desconsideração, pois do contrário lhe faltará legítimo interesse jurídico, como será visto mais abaixo. De nada servirá trazer uma pessoa a mais para o pólo passivo de uma execução se não houver demonstração da necessidade desse chamamento (*infra*, n. 46).

Para o trato do litisconsórcio com o cúmulo de pedidos, vide *infra*, n. 52.

44. Estabilização da demanda e desconsideração da personalidade jurídica

Vige em nosso sistema a teoria da substanciação, o que torna o processo civil brasileiro altamente preclusivo. Isso faz com que poucas alterações sejam aceitas e somente em determinados momentos do procedimento, a teor do disposto nos arts. 264 e 294 do Código de Processo Civil. Surge então um aparente conflito a ser resolvido, que é a estabilização da demanda contra a desconsideração da personalidade jurídica. Estando a demanda já estabilizada e imune a alterações subjetivas e objetivas, em um primeiro momento não seria tecnicamente aceitável o que a praxe nos mostra possível: a desconsideração da personalidade jurídica no curso de uma demanda sem que o sócio

²⁶². DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 474, p. 176.

tivesse feito parte desde o início do processo. Isso porque o ingresso de alguém novo (sócio-controlador ou pessoa jurídica na desconsideração inversa) em algum dos pólos altera a situação subjetiva do processo, sem contar que há um novo pedido (de desconsideração) fundamentado em uma nova causa de pedir (*fattispecie* somada à sua ocorrência *in casu*).

Mas a regra da estabilização da demanda não é um *landmark*. O próprio art. 264 do Código de Processo Civil afirma que é defeso alterar algum dos elementos da demanda, *salvo substituições permitidas em lei*. MARCATO traz algumas exceções processuais a essa regra e deixa nítido que a estabilização não é absoluta.²⁶³ Contudo, não só processuais são essas exceções permitidas em lei. Como acertadamente CÁSSIO SCARPINELLA BUENO afirma, as situações de direito material também podem ser exceções a essa regra, mormente quando não há uma substituição das pessoas mas uma complementação do pólo do processo, como ocorre na hipótese do art. 50 do Código Civil.²⁶⁴ A conclusão a que se chega é que a desconsideração da personalidade jurídica também pode se enquadrar entre as exceções do art. 264 do Código de Processo Civil, o que faz com que seja relativizada a estabilização da demanda. Mesmo que em algum grau a entrada no sócio dentro do processo pendente afronte a essa estabilização, esse afrontamento está autorizado pela lei e é plenamente admissível.

Caso não se considere que o art. 50 do Código Civil não é uma das exceções permitidas pelo art. 264 do Código de Processo Civil, ainda assim é tecnicamente possível a convivência da desconsideração da personalidade jurídica com a estabilização da demanda. O art. 264 do Código afirma que a alteração *subjetiva* dos pólos processuais é livre até a citação mas nunca será feita depois do saneamento, ocasião em que a demanda estaria estabilizada por completo. Mas essa regra não é rígida, tanto que o próprio Código traz exceções a ela. Sabidamente, a regra natural é a de que o litisconsórcio seja formado logo na propositura da demanda, mas há situações em que a formação do

²⁶³. *Código de processo civil interpretado*, comentário ao art. 264 do Código de Processo Civil, p. 791.

²⁶⁴. No que tange ao art. 264 do Código de Processo Civil, diz textualmente CÁSSIO sobre as substituições permitidas em lei material: “não me parece despropositado que ‘as substituições permitidas em lei’, a que se refere a parte final do art. 264 do Código de Processo Civil, possam também ser lidas, pelo menos casos como aquele que está, aqui, em estudo, como autorizações previstas em lei *material* e não só lei *processual*. Não, propriamente, para uma *substituição* propriamente dita, mas para uma *complementação* do pólo passivo da relação processual, in *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, n. 3.4, p. 106.

litisconsórcio é ulterior. O autor pode, p.ex., alterar a demanda quando ocorrer a sucessão (CPC, arts. 43, 265, § e 1065). O réu também pode nas hipóteses de chamamento ao processo (CPC, arts. 77-80) e na reconvenção subjetivamente ampliada,²⁶⁵ ocasião em que a demanda inicial do autor não é alterada mas amplia-se o número de pessoas nos pólos do processo. Também o juiz pode modificar a demanda na situação de litisconsorte necessário, a teor do pr. do art. 47 do Código de Processo Civil. Essa alteração pelo juiz demonstra que a regra dos arts. 264 e 294 do Código de Processo Civil não é absoluta, pois o pr. do art. 47 faz com que o juiz ultrapasse o princípio da inércia e inclua novas pessoas. E, por fim, um terceiro pode instituir um litisconsórcio em processo pendente e com isso alterar subjetivamente a demanda, como ocorre na oposição (CPC, arts. 56-61), na intervenção litisconsorcial voluntária²⁶⁶ e também no caso de sucessão. Nota-se facilmente que há uma diversidade de situações nas quais a estabilização subjetiva da demanda é relativizada. Nada impede tecnicamente que o ingresso do sócio-controlador que sofreu a desconsideração da personalidade jurídica seja mais uma dessas situações em que a estabilização subjetiva é abrandada.

Ocorre que o tema da desconsideração não parece conflitar somente com a estabilização subjetiva da demanda. Também há de ser enfrentada a estabilização da *causa petendi* e do *petitum*, pois inegavelmente aquele que pretende atingir o patrimônio do sócio-controlador cria um novo pedido fundamentado em uma nova causa de pedir. A regra dos arts. 264 e 294 tem como *mens* principalmente (a) impedir que novos fatos e pedidos sejam inseridos sem que o contraditório seja integralmente respeitado e evitar (b) retrocessos procedimentais.²⁶⁷ Mesmo assim, o próprio Código traz algumas exceções a esse postulado. Tanto que ele permite que seja objeto de conhecimento pelo juiz fatos supervenientes não introduzidos na demanda inicial, a teor do art. 462 do Código de Processo Civil. Nas demandas possessórias também, tanto que o art. 920 do Código de Processo Civil permite alterações na causa de

²⁶⁵. Sobre ampliação subjetiva na reconvenção, *cfr.* LUIS GUILHERME AIDAR BONDIOLI, *Reconvenção no processo civil*, n. 11.4, pp. 108-114.

²⁶⁶. Nosso Código não disciplina essa modalidade de intervenção de terceiros, mas DINAMARCO corretamente defende sua plena admissibilidade, mesmo que somente até o saneamento do processo, *cfr. Instituições de direito processual civil*, II, n. 594, p. 388.

²⁶⁷. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, nn. 414-417, pp. 69-77. BEDAQUE também afirma que “embora não se trate de divisões estanques, o legislador não admite idas e vindas – isso para possibilitar o normal desenvolvimento do processo e evitar atos protelatórios”, in *Efetividade do processo e técnica processual*, n. 20, p. 132.

pedir e pedido. O art. 461, § 4º do Código possibilita ao juiz impor multa, independentemente de pedido, para o cumprimento de determinada ordem; assim também o art. 11 da lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.²⁶⁸ Portanto, há situações em que a estabilização objetiva da demanda é relativizada pelo próprio Código.

Para a desconsideração da personalidade jurídica, também é possível essa relativização da rigidez dos critérios objetivos da demanda. Se houver o atendimento pleno ao contraditório antes da desconsideração (*infra*, n. 49), o primeiro óbice está superado. DINAMARCO expressamente concorda com a relativização da estabilização da demanda executiva nas hipóteses denominadas pelo Superior Tribunal de Justiça de *redirecionamento*²⁶⁹ da execução, desde que haja nova citação ou intimação.²⁷⁰ Em outras palavras, desde que haja respeito ao contraditório. Sem falar especificamente em processo executivo também assim entende BEDAQUE, para o qual se for “introduzida no processo causa de pedir não deduzida na inicial e o contraditório abranger a nova realidade fática, não há por que desconsiderá-la”.²⁷¹ Eis a chave para a superação da estabilização da demanda: o contraditório. Nesse mesmo sentido é a doutrina de CRUZ E TUCCI, ao dizer que “no tocante ao tema do nosso estudo [a causa de pedir], concepção mais elástica dos postulados que regem a estabilização da demanda, fixada em seus elementos subjetivos e objetivos, passa a ser exigência da moderna doutrina. Ganha significado, neste contexto, o princípio do contraditório, que, em momento algum, a legitimar a atuação das partes, pode ser descurado pelo juiz”.²⁷² Então se o contraditório for respeitado, é plenamente admissível que a regra da estabilização seja superada e conviva harmoniosamente com a desconsideração da personalidade jurídica na demanda original do autor.

A segunda razão de ser dos arts. 264 e 294 do Código de Processo Civil é a necessidade de manutenção da marcha do processo avante.

²⁶⁸. Para mais situações, *cfr.* JUNIOR ALEXANDRE MOREIRA PINTO, *A causa petendi e o contraditório*, n. 2.3, pp. 69-76

²⁶⁹. A expressão *redirecionamento* não traduz nenhuma técnica e por isso só deve ser usada por uma questão de conveniência com essa infeliz linguagem utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça. Concorda com essa crítica, MANTONVANNI COLARES CAVALCANTE, *in* “O chamado ‘redirecionamento’ da execução fiscal ao sócio da pessoa jurídica executada”, *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*, pp. 349-351.

²⁷⁰. *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.598, p. 484.

²⁷¹. *Efetividade do processo e técnica processual*, n. 20, p. 132. No mesmo sentido, JUNIOR ALEXANDRE MOREIRA PINTO, *A causa petendi e o contraditório*, n. 3.5.3, pp. 131 ss.

²⁷². JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*, p. 14.

A estabilização funcionaria como uma *mola propulsora* do processo, já que evitaria que a demanda retrocedesse em eventuais causas de pedir ou pedidos novos feitos no curso do procedimento. Essa justificativa é criticada por parte da doutrina, ao entender que, apesar daquela demanda ser julgada rapidamente, a controvérsia não seria solucionada.²⁷³ Porque eventual nova demanda poderia ser proposta com base na causa de pedir ou pedido não aceito na primeira e isso retardaria a solução final da situação conflitante entre as partes, de modo que essa nova demanda poderia ser ajuizada por conexão e então teria de ser julgada conjuntamente por necessitar de uma *convicção única* pelo juiz. Por isso, ao falar das técnicas de aceleração dos procedimentos, DINAMARCO afirma que é preciso relativizar mitos e dogmas para libertar o processo de exageros preconceituosos. E textualmente diz que uma dessas técnicas é a legitimação da “alteração do *petitum* ou da *causa petendi*, à vista da prova e mediante cuidados inerentes à efetividade do contraditório, mesmo depois da citação do réu e da contestação oferecida”.²⁷⁴

Há ainda outros fatores que também contribuem para o entendimento aqui posto. Pois (a) não haverá prejuízo para a pessoa jurídica que sofre a desconsideração de sua personalidade.²⁷⁵ Ao contrário, (b) ela será beneficiada, porque se tentará evitar que a sociedade vá à falência na medida em que o exequente buscará a satisfação de seu crédito por outra pessoa. Pois como CALIXTO SALOMÃO afirma, o conceito de desconsideração da personalidade jurídica é diametralmente oposto ao da falência, pois a desconsideração existe justamente para se evitá-la.²⁷⁶ Isso torna evidente que (c) haverá benefício também para o exequente, que terá aumentadas suas chances de êxito no recebimento de seu crédito e com isso (d) a garantia constitucional de um processo célere estará garantida (CF, arts. 5º, inc. LXXVIII, e 37). Sem contar que

²⁷³. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, p. 136; GIANFRANCO RICCI, *Individuazione o sostanziazione nella riforma del processo civile*, p. 1237; RICARDO DE BARROS LEONEL, *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*, n. 2.1.7, p. 88.

²⁷⁴. *Fundamentos do processo civil moderno*, II, n. 477, p. 904.

²⁷⁵. São importantes os dizeres de CÁSSIO SCARPINELLA BUENO: “a bem da verdade, a formação *ulterior* do litisconsórcio eventual, em casos como estes, não traz qualquer prejuízo para o réu. Nem sequer uma eventual demora na citação do ‘novo’ litisconsorte, providência que, no particular, só pode trazer prejuízos para o autor. E porque a introdução de um ‘novo’ litisconsorte pode significar que o cumprimento ou a execução de uma eventual sentença condenatória será aparelhada contra ele, há, também por esse fundamento, uma razão a mais para afastar qualquer prejuízo para o réu”, in *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, n. 3.4, p. 105.

²⁷⁶. Diz o doutrinador: “o real motivo que se deve guiar a não vinculação da teoria da desconsideração à falência da sociedade é teleológico. Desconsideração e falência são conceitos antagônicos. A desconsideração é, como se verá, um método para permitir exatamente a continuação da atividade social”, *O novo direito societário*, p. 216.

(e) a entrada do sócio ainda na fase de conhecimento contribuirá para uma melhor instrução probatória, pois ele trará elementos que autorizem ou não a desconsideração da personalidade jurídica.²⁷⁷

Em conclusão, o ingresso do sócio na demanda mesmo já estabilizada – seja na fase cognitiva ou executiva – é um meio que contribui para a satisfação do direito material e não cabe ao processo obstar essa eficiência, desde que respeitado o contraditório e normas inerentes ao *due process of law*. Seja porque a desconsideração da personalidade jurídica é uma das hipóteses permitidas em lei à regra da estabilização da demanda, seja porque é perfeitamente possível a convivência harmônica da desconsideração com esse fenômeno da estabilização, o que é acompanhando pela posição jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.²⁷⁸

45. Não se trata de *sucessão* nem de *substituição processual*

O tema da desconsideração da personalidade jurídica em nada se relaciona com o intrincado tema da *sucessão processual*. Esta ocorre quando uma das partes morre (pessoa natural) ou é extinta (pessoa jurídica), nos termos do art. 43 do Código de Processo Civil ou ainda quando há alienação do objeto litigioso (CPC, art. 42). Trata-se de um meio pelo qual se pode adquirir a qualidade de parte.²⁷⁹ A sucessão processual é uma das exceções à regra da estabilização da demanda (*supra*, n. 44) e o sucessor entra no processo no estado em que se encontra. Assim, se o antecessor foi revel, os efeitos da revelia também se estenderão ao sucessor. Em outras palavras, o sucessor não pode retroceder e discutir questões já enfrentadas pelo seu antecessor. Esse fenômeno não

²⁷⁷. Nesse sentido CÁSSIO SCARPINELLA BUENO: “acresço, a propósito do tema, que uma faceta relativa à intervenção litisconsorcial e dos terceiros em geral muito pouco explorada pela doutrina, mas que, em situações como esta que venho de descrever, mostram sua total pertinência e aplicabilidade. Refiro-me ao que, por vezes, é referido na doutrina italiana e ao que é bastante corrente em determinadas intervenções de terceiros do direito federal norte-americano, como sendo o caráter *instrutório* da participação de novos sujeitos na relação processual quando menos para o que o juiz possa ter, sempre, a definição dos melhores contornos fáticos sobre o que vai decidir”, in *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, n. 3.4, pp. 105-106.

²⁷⁸. Consoante a ementa: “os fatos supervenientes autorizam reconhecer a desconsideração da personalidade jurídica, sem que isso implique ofensa aos arts. 128 e 473 do CPC”, 3ª T., gRg no AgRg no Ag 980621/RJ, rel. Min. VASCO DELLA GIUSTINA, j. 4.8.09, v.u., DJ 17.8.09.

²⁷⁹. LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*, I, n. 49, p. 139.

ocorre quando se dá a desconsideração da personalidade jurídica, porque o sócio não é sucessor processual da sociedade desconsiderada. Ele não toma o lugar de parte da pessoa jurídica, seja porque essa não é extinta com a desconsideração (*supra*, n. 10), seja porque ela continua parte e também responde pelo débito. Tanto que, se ulteriormente à desconsideração, a sociedade receber algum patrimônio, este será utilizado para pagamento da dívida em discussão. Como o sócio não é sucessor processual da personalidade jurídica,²⁸⁰ se ela foi revel, p.ex., e houver a desconsideração, seus efeitos não se aplicarão a ele. Também não se aplicam aos sócios as hipóteses restritivas do art. 475-L do Código de Processo Civil, que limitam a defesa do executado (*infra*, n. 74).

Também não se trata de *substituição processual*. Esse instituto é definido como a defesa em nome próprio de direito alheio,²⁸¹ consoante a própria definição legal (CPC, art. 6º). Claramente a substituição se insere no campo da legitimidade *ad causam*. Isso porque, como afirma CHIOVENDA, “o sujeito da relação processual não é necessariamente o sujeito da relação substancial deduzida em juízo”.²⁸² Em casos de substituição processual temos então o caso da legitimidade *extraordinária*. Essa legitimidade extraordinária sempre deriva da lei e do sistema e o substituto age em nome próprio, ou seja, é parte,²⁸³ pois nos casos de representação processual “il legislatore attribuisce il potere di azione ad um subietto che non coincide col titolare del rapporto giuridico litigioso”.²⁸⁴ Ao exercer em seu nome próprio a demanda (*ação própria*), o substituto torna-se parte no processo e essa demanda tem os mesmos elementos constitutivos. Mas não só há casos de substituto processual ativo. ALLORIO defende corretamente a capacidade de substituto processual *passivo*.²⁸⁵

²⁸⁰. Entretanto, há manifestação equivocada do Superior Tribunal de Justiça que o sócio toma o lugar processual da pessoa jurídica, substituindo-a: “é de se ter presente que a desconsideração da pessoa jurídica, em casos que tais, torna cada um dos sócios parte no processo de execução, porquanto suprime o sujeito de direito representado pela pessoa jurídica, fazendo-se substituir-se, por ampliação subjetiva, pelas pessoas de seus sócios, seus representantes legais”, 3ª T., Resp n. 258.812/MG, rel. Min. CASTRO FILHO, j. 29.11.06, v.u., DJ 18.12.06.

²⁸¹. EDOARDO GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, n. 8, esp. p. 186; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, n. 145, p. 249; DONALDO ARMELIN, *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, n. 117, p. 121.

²⁸². *Principii di diritto processuale civile*, § 36, n. 1, p. 597.

²⁸³. Diferentemente do representante, que não é parte no processo, DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II n. 548, p. 317.

²⁸⁴. EDOARDO GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, n. 3, p. 212.

²⁸⁵. “Nè sarebbe il caso solamente di queste, ma anche – eventualmente – d’una particolare forma di sostituzione del lato attivo, se, como sostituto processuale, dovesse riguardassi (il che dimostrarai non

Como se observa, o substituto processual defende sempre direito *alheio*. Na desconsideração da personalidade jurídica, o sócio que a sofreu advoga seu *próprio* interesse e não da sociedade. Pois ele defenderá a ausência de responsabilidade de seu patrimônio, de que não há requisito suficiente a autorizar a desconsideração da personalidade jurídica *etc.* Além do que, na substituição, como o próprio nome diz, substituto e substituído não são partes no processo, só o é o substituto. Mas quando ocorre a desconsideração, ambos são partes: um na qualidade de obrigado e outro na de responsável (*infra*, n. 66). A pessoa jurídica não deixa de ser parte no processo, apenas é formado um litisconsórcio ulterior quando o sócio ingressa na demanda pendente (*infra*, nn. 50 ss). Sem contar que a esfera do direito de quem seria o substituído não será atingida, na medida em que a defesa do sócio em muitas vezes pode ser *concorrente* com a da sociedade. Claro que em algumas situações a defesa do sócio poderá beneficiar a pessoa jurídica, como ocorre em eventual objeção de pré-executividade apresentada por ele e que tem o condão de extinguir uma execução. Mas isso não é suficiente para caracterizar o sócio como substituto processual da sociedade, pela somatória dos argumentos acima expostos.

Isso tudo acontece também porque com a desconsideração não há anulação da pessoa jurídica (*supra*, n. 10). Ou seja, ela não perde a *capacidade de ser parte*. Ainda que se afirme a perda relativa da personalidade jurídica *material*, a pessoa jurídica continua com a sua plena personalidade jurídica *processual*. Até mesmos entes sem personalidade reconhecida podem ser parte, a teor do art. 12 do Código de Processo Civil: massa falida, espólio, sociedade de fato, condomínio *etc.* VICTOR NUNES LEAL defende, p.ex., “personalidade judiciária” das Câmaras municipais para tratar de questões institucionais²⁸⁶ e, DINAMARCO, do *fundo comum* dos advogados (EA, art. 14, par.).²⁸⁷ Então, mesmo que se anulasse a personalidade jurídica das sociedades, ela manteria sua capacidade de parte, porque “as sociedades sem personalidade jurídicas,

essere vero: anche il dante causa, nei confronti del successore *pendente lite*. Esclusa quest’ipotesi, rimangono le altre, di sostituzione *a parte rei*: del marito *convenuto* nei giudizi della dote e della comunione; del capitano *convenuto* dai creditori del proprietario della nave; del fallimento *convenuto*, con le domande d’insinuazione di crediti al passivo, per l’accertamento di debiti del fallito”, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, n. 148, p. 254

²⁸⁶. “Personalidade judiciária das câmaras municipais”, *Problemas de direito público*, n. 7, p. 428.

²⁸⁷. *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 359, pp. 683 ss.

quando demandadas, não poderão opor a irregularidade de sua constituição”, como dispõe o pr. do art. 12 do Código.

Não há também perda da legitimidade *ad causam*, na medida em que a pessoa jurídica continua com o *status* de parte e com pertinência para a ação. Tanto que, se receber bens no transcurso da execução depois da desconsideração, eles serão responsáveis pelo pagamento da dívida executada.

A manutenção da plena capacidade da pessoa jurídica que sofre a desconsideração e de sua legitimidade *ad causam* deixam claro que o ingresso do sócio não é substituto nem sucessor processual dela. Essa afirmação tem capital importância e guiará diversos temas do presente trabalho, como a manutenção da qualidade de terceiro antes da citação; ausência de responsabilidade do sócio por acessórios processuais antes de sua citação *etc.*

46. Legitimados a pedir a desconsideração e o interesse

Deriva da própria lei e do sistema a legitimação para pedir²⁸⁸ a desconsideração da personalidade jurídica.

Do *sistema* também porque independentemente de positividade específica acerca da desconsideração, o sistema jurídico apena a fraude e busca manter a boa-fé entre as relações (*supra*, n. 15) e não estão expressamente elevadas as

²⁸⁸. Ao contrário do que afirma, o art. 50 do Código Civil, trata-se de *pedido* e não de *requerimento*: “em direito processual, o ato de formular uma demanda, ou de postular uma tutela jurisdicional, é sempre designado pelo verbo *pedir*. E, como ambos litigantes deduzem demandas no processo – não só o autor – as decisões que eles demandam vêm indicadas por esse verbo e não pelo verbo *requerer*. Tutelas jurisdicionais ou decisões sobre a causa não são requeridas, mas pedidas. O autor pede na inicial uma sentença de determinada natureza e conteúdo. O réu pede uma sentença julgando improcedente a demanda do réu ou negando a admissibilidade do julgamento do mérito (carência de ação, falta de pressuposto processual). O vencido pede ao tribunal uma nova decisão reformando aquela que houver sido dada pelo juízo inferior. O credor que obteve uma sentença condenatória pede a execução. *Requerer* indica a postulação de uma medida referente ao processo, à instrução, ao impulso processual *etc.*, como a produção de uma prova, a designação ou adiamento de audiência, a juntada de um documento, a intimação da parte contrária *etc.* Não se requerem, mas pedem-se medidas antecipatórias, medidas cautelares, a extinção do processo *etc.*”, DINAMARCO, *Vocabulário do processo civil*, n. 107, p. 194.

peças autorizadas a pedir a desconsideração, pois a legitimidade é um conceito amplo de direito e não se restringe ao campo do direito processual.²⁸⁹

Da *lei* porque o próprio art. 50 do Código Civil elenca os legitimados a pedir a desconsideração quando afirma que a parte e o Ministério Público podem fazê-lo. Ou seja, os interessados naturais na causa são aqueles em que a lei confere legitimidade: a parte quando tiver interesse jurídico para tanto e o Ministério Público. A expressão *parte* deve ter um sentido mais amplo para se incluir também os terceiros que têm interesse jurídico na demanda, porque o que enseja a legitimação não é a qualidade ou não de ser parte, mas sim o interesse jurídico. Pois como diz DINAMARCO, “em rigorosa técnica processual, a legitimidade *ad causam* insere-se no âmbito do interesse de agir porque sua falta traduz-se em ausência de utilidade do provimento jurisdicional”. Já o Ministério Público poderá pedir a desconsideração nas causas em que lhe interessar, também na qualidade de parte, substituto da parte ou de *custos legis*. Faltará ao Ministério Público a legitimidade para tanto quando a causa não lhe interessar e portanto ele não tiver autêntico interesse jurídico no cargo das suas funções institucionais. Nos processos falimentares, o administrador judicial poderá também pedir a desconsideração.²⁹⁰ Pois como diz RONALDO VASCONCELOS, “inexiste representação pelo administrador judicial de qualquer das partes envolvidas no processo. O administrador judicial é órgão do procedimento concursal ou do juízo”. Como o administrador é órgão do juízo e nessa seara há uma exceção legal que permite a desconsideração até mesmo *ex officio* (*infra*, n. 47), nada impede a legitimidade desse administrador para tanto.²⁹¹

O legitimado só poderá pedir a desconsideração quando ele tiver interesse jurídico, ou seja, quando o provimento a ser buscado lhe for útil. Somente portanto se a pessoa jurídica (ou o sócio, na desconsideração inversa) não tiver quantidade de patrimônio suficiente disponível é que haverá interesse na desconsideração. Não basta o mero inadimplemento ou a mora (CC, art. 394) para justificá-la, é necessário

²⁸⁹ Citar Lhuman...

²⁹⁰ . *Direito processual falimentar*, n. 25, p. 163.

²⁹¹ . A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende pacificamente a possibilidade de desconsideração pelo administrador judicial (então síndico): 4ª T., Resp 1034536/MG, rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. 5.2.09, v.u., DJ 16.2.09; 4ª T., Resp 418385/SP, rel. Min. ALDIR PASSARINHO, j. 19.6.07, v.u., DJ 3.8.07; 3ª T., Resp 228357/SP, rel. Min. CASTRO FILHO, j. 9.12.03, v.u., DJ 2.2.04; 3ª T., RMS 16.105/GO, rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 19.8.03, v.u., DJ 22.9.03;

que haja insolvência, caracterizada como desequilíbrio econômico-financeiro negativo do devedor.²⁹² Ou seja, é insolvente quem deve mais do que a somatória dos bens, como demonstra o art. 748 do Código de Processo Civil.

47. Impossibilidade de desconconsideração *ex officio*

Outro tema a ser estudado diz respeito à possibilidade ou não de o juiz desconsiderar a personalidade jurídica *ex officio*, ou seja, sem a necessidade de pedido prévio dos legitimados para tanto (*supra*, n. 46).

A desconconsideração da personalidade jurídica envolve um novo pedido, com a nítida formação de um cúmulo sucessivo de demandas (*supra*, n. 43). Isso significa que, ao fazer um pedido de desconconsideração, o autor busca um novo resultado por meio da tutela jurisdicional em uma nova demanda (dentro ou não de um mesmo processo). Como há a formação de uma nova demanda com um novo *petitum*, deve vigorar antes de tudo o *princípio da demanda*, trazido nos arts. 2º e 262 do Código de Processo Civil (*wo kein Kläger, kei Richter ist*). Esse princípio visa a assegurar a imparcialidade do juiz e a inconveniência de se realizar processos “para uma possível tutela a quem não se animou de pedi-la”.²⁹³

As exceções ao princípio da demanda são sempre trazidas em lei. Assim são nas situações em que a recuperação judicial é convolada em falência (arts. 73 e 74 da vigente Lei de Falências) ou na concessão *ex officio* de medidas cautelares incidentes ao processo.²⁹⁴ Ou mesmo quando o juiz reconhece a prescrição (CPC, art. 219, § 5º) ou quando conhece alguma matéria de ordem pública dentro do processo (CPC, art. 267, § 3º). Para a boa condução do processo, o juiz pode tomar certas medidas *ex officio*, como controlar o comportamento das partes e patronos (CPC, arts. 15, 18, 195), as custas (CPC, art. 19, § 2º), ou ainda conceder tutela antecipada sancionatória

²⁹² DINAMARCO, *Execução civil*, n. 163, p. 271.

²⁹³ . DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 398, pp. 42-43. Continua o mestre em que todas as suas afirmações são verdadeiros *landmarks*: “a experiência mostra ao legislador que, em causas de qualquer natureza ou espécie, o juiz desde o início ao processo acabaria por apegar-se aos fundamentos de sua própria iniciativa e teria mais dificuldades que outro juiz, outra pessoa, para comportar-se com *imparcialidade*”.

²⁹⁴ . DINAMARCO, *Nova era do processo civil*, n. 42, pp. 86-88.

(CPC, art. 273, inc. II), como tão bem defende BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES.²⁹⁵ Também quando o juiz reúne processos por conexão ou continência (CPC, art. 105), declara nula, como afirma MARCATO,²⁹⁶ a eleição de foro em contrato de adesão ou abusivos (CPC, art. 112, pr.), declara a incompetência absoluta do juízo (CPC, art. 113), suscita conflito de incompetência (CPC, art. 118, inc. I), determina a realização de provas (CPC, arts. 130, 342, 382, 418, 437, 440), pratica atos de impulso oficial (CPC, arts. 162, §§ 3º e 4º, 208, 235, 253, pr., 255 *etc.*), cumpre seu dever de conciliar (CPC, art. 447), realiza atos coercitivos para tentar garantir o cumprimento de seus atos (CPC, art. 461, §§ 5º e 6º), conhece de fato novo (CPC, art. 462), corrige inexatidões materiais da sentença (CPC, art. 463, inc. I), intima o executado para indicar bens possíveis de penhora (CPC, art. 652, § 3º), ordena a abertura de inventário (CPC, art. 989), determina que o testamenteiro exiba o testamento em juízo (CPC, art. 1.129), procede a arrecadação de bens de ausentes (CPC, art. 1.160), entre outros casos dispostos no Código. Em todas essas situações a permissão ao juiz é concedida expressamente pela lei ou sistema e não há introdução de um novo *petitum*, na medida em que nenhum bem da vida novo é pretendido.²⁹⁷

Já o art. 50 do Código Civil afirma expressamente que a desconsideração da personalidade jurídica será decidida pelo juiz “a requerimento da parte, ou do Ministério Público”. Claramente o art. 50 não autoriza o juiz a desconsiderar *ex officio* a personalidade jurídica e confere legitimidade a dois sujeitos: parte ou Ministério Público. A concessão de legitimidade para o Ministério Público em algumas situações é uma forma que o Estado encontra para proteger certos resultados pela via jurisdicional em iniciativas nas quais o juiz é proibido de tomar iniciativa, como ocorre, p.ex., nas demandas coletivas (LACP, art. 5º; CDC, art. 82, inc. I), no inventário (CPC, art. 988, inc. VIII), na demanda para anulação de casamento (CC, art. 1.549), na demanda declaratória de inconstitucionalidade e na declaratória de

²⁹⁵. *Tutela antecipada sancionatória*, n. 20, pp. 89-92.

²⁹⁶. “O reconhecimento *ex officio* do caráter abusivo da cláusula de eleição de foro”, *Revista da escola paulista da magistratura*, pp. 26 ss.

²⁹⁷. Se se considerar que as exceções apresentadas pelo Código em seus arts. 989 e 1.129, 1.142 e 1.160, quando fala em *jurisdição voluntária*, introduzem um novo bem da vida, “são casos em que, justamente por inexistir sujeito algum interessado, ou por não se apresentar nenhum, sem a iniciativa judicial importantes providências deixariam de ser tomadas”, como afirma DINAMARCO, in *Instituições de direito processual civil*, II, n. 398, p. 45.

constitucionalidade (CF, art. 103, inc. VI; LADIN, art. 2º, inc. VI).²⁹⁸ Sem contar que a desconsideração jurídica *ex officio* traria para o processo um litisconsorte facultativo (*infra*, nn. 50-52), situação em que ao juiz não é permitido, pois o pr. do art. 47 autoriza somente a formação de-ofício de litisconsórcio necessário, o que não ocorre com a desconsideração da personalidade jurídica (*infra*, n. 51).²⁹⁹

A desconsideração da personalidade jurídica não se enquadra nas matérias de ordem pública, porque o interesse se limita às partes e não à ordem social brasileira, de modo que a desconsideração, em sua grande maioria, envolve direitos *patrimoniais disponíveis*. O único beneficiado por ela será o credor que terá seu crédito mais rapidamente satisfeito. Tanto não é matéria de ordem pública que o credor pode renunciar a ela em uma situação na qual faça um contrato e renuncie a perseguição de bens dos sócios na hipótese de os bens da sociedade serem insuficientes.

Seja portanto na fase cognitiva ou na executiva, o juiz só pode desconsiderar a pessoa jurídica se houver *pedido* feito pelos legitimados para tanto,³⁰⁰ sob pena de desrespeito ao *princípio dispositivo* (CPC, art. 2º e 262) e, por conseqüência, à cláusula constitucional do *due process of law*.³⁰¹

A única exceção³⁰² a essa regra advém de uma previsão expressa do art. 82 da lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (*lei de falência e recuperação*). Dispõe tal dispositivo que o “juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos

²⁹⁸. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 398, p. 45.

²⁹⁹. Concordam com esse posicionamento CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, n. 3.4, pp. 106-107; ANDRÉ PAGANI DE SOUZA, *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, n. 4.1, pp. 152-154.

³⁰⁰. MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES com razão entende na *arbitragem* também é necessário haver pedido, in “Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica à arbitragem”, *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da lei 9.307/1996*, p. 147.

³⁰¹. Registre-se aqui a respeitada opinião em sentido contrário de CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, ao defender a possibilidade de o juiz desconsiderar *ex officio* a personalidade jurídica na fase executiva, in *Partes e terceiro no processo civil brasileiro*, n. 3.4, pp. 107-108. GENACÉIA DA SILVA ALBERTON admite a desconsideração em qualquer fase processual, pois entende que não há demanda nova quando se desconsidera a pessoa jurídica e há respeito ao princípio da congruência porque a tutela será prestada no pedido, in *A desconsideração da personalidade jurídica no Código do Consumidor: aspectos processuais*, p. 173. Mas já foi visto que essa afirmação não pode prevalecer porque o pedido de desconsideração envolve um cúmulo de demandas (*supra*, n. 43).

³⁰². A título ilustrativo, em *obiter dictum* o Min. MENEZES DIREITO entendeu que pode se dar a desconsideração *ex officio* quando se trata de aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor: 3ª T., Resp 279.273/SP, rel. Min. ARI PARGENDLER, j. 4.12.03, v.m., DJ 29.3.04.

réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização”. Trata-se na verdade de uma situação bem próxima ao *poder geral de cautela* (CPC, art. 798), porque o juiz poderá deixar indisponíveis os bens dos sócios da falida até que se apure a responsabilidade deles, como medida de garantir a satisfação dos créditos contra a massa. Mas para isso, é sempre necessário que estejam presentes os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.³⁰³

48. Necessidade de demanda autônoma?

Muito se discute na doutrina acerca da necessidade ou não do ajuizamento de demanda autônoma para que haja a desconsideração da personalidade jurídica.

Parte da doutrina entende que é necessária uma demanda com fim específico para tanto, porque é preciso que o credor prove as excepcionais hipóteses que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica, como se percebe nas conhecidas e prestigiosas opiniões de ADA PELEGRINI GRINOVER,³⁰⁴ FÁBIO ULHOA COELHO,³⁰⁵ e LAURO LIMBORÇO.³⁰⁶ Todos eles têm essa posição, por entenderem que somente assim estaria plenamente respeitado o *due process of law*, na medida em que haveria uma cognição exauriente para apurar uma hipótese que autorizaria a desconsideração da personalidade jurídica.

Mas essa posição doutrinária parte de uma premissa correta (preservação da garantia constitucional do devido processo legal) para se chegar a uma conclusão equivocada (necessidade de demanda autônoma). Não é somente no processo ou

³⁰³. Assim também entende o Superior Tribunal de Justiça: 3ª T., Resp 370068/GO, rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 16.12.03; v.m., DJ 14.3.05.

³⁰⁴. “Da desconsideração da personalidade jurídica (aspectos de direito material e processual)”, *Revista Forense* 371, pp. 14-15.

³⁰⁵. *Curso de direito comercial*, II, n. 6, pp. 54-56.

³⁰⁶. *Disregard of legal entity*, p. 24. Esse autor justifica sua posição com base na inexistência de regulamentação legislativa sobre a desconsideração da personalidade jurídica. Mas o artigo foi escrito em 1984 e não havia ainda importantes disciplinas trazidas pelo Código Civil atual e Código de Defesa do Consumidor.

fase de conhecimento que o *due process* deve ser assegurado, como diz CARNELUTTI.³⁰⁷ Essa idéia de existência de contraditório somente na fase cognitiva advém do irracional preconceito de que na execução não haja mérito.³⁰⁸ A impugnação e os embargos são processos autônomos (CPC, arts. 475-L e 745)³⁰⁹ e nos dois casos está o executado a mover uma *ação*³¹⁰ e portanto aquele que sofreu os efeitos executivos poderá trazer questões relacionadas ao mérito da execução, julgados nos embargos ou impugnação de mérito (CPC, arts. 475-L, inc. VI e 745, inc. V). Ainda no curso da própria demanda executiva se percebe a existência de contraditório, como se dá na chamada *objeção de não-executividade* ou até mesmo mediante um incidente cognitivo instaurado para esse fim específico. Como DINAMARCO afirma, “não há processo sem decisão alguma, não há decisão sem prévio conhecimento e não há conhecimento legítimo sem contraditório”.³¹¹ Portanto, aquele que sofreu os efeitos da desconsideração poderá se defender mediante a segurança de respeito ao contraditório na demanda executiva e terá a seu dispor os meios

³⁰⁷. *Diritto e processo*, n. 185, pp. 296-297. Também ANDRÉ PAGANI DE SOUZA, *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, n. 1.2.2.1, pp. 13-24.

³⁰⁸. Como corretamente diz DINAMARCO, “o afastamento das *questões de mérito* a serem apreciadas no procedimento executivo não significa porém que *inexista* mérito no processo ou fase de execução. Há o mérito representado pela pretensão executiva deduzida mediante a demanda inicial nas execuções por título extrajudicial (CPC, arts. 614 ss.) ou mediante pedido de prosseguimento do processo, em caso de título judicial (CPC, art. 475-J). O fato de eventual julgamento a respeito ter outra sede (a dos embargos ou a da impugnação) não significa que *mérito* *inexista* naquele processo”, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 112, pp. 259-261.

³⁰⁹. Como afirma DINAMARCO, in *Instituições de direito processual civil*, IV, nn. 1.746 a 1.746-B, pp. 742-749. Também pensa assim FABRIZIO MATTEUCCI VICENTE, in “A natureza jurídica da impugnação da nova execução”, *A nova execução civil – lei 11.232/05*, pp. 221-224. *A nova execução civil – lei 11.232/05*; ARAKEN DE ASSIS, *Cumprimento da sentença*, n. 109, p. 314. Mas há também forte na doutrina a tese de que a impugnação constituiria mero incidente, não um processo autônomo, como pensa ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Cumprimento da sentença civil*, n. 23, p. 67.

³¹⁰. Sempre DINAMARCO, in *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.746-C e 1.747, pp. 750-752. Ele faz ainda a seguinte ressalva: “ainda quando a *impugnação* fosse mero incidente do processo e não um processo incidente, isso não descaracteriza o exercício de uma *ação* pelo impugnante. Também a reconvenção, o incidente de falsidade, a ação declaratória incidental *etc.* não dão origem a *processo* mas são unanimemente considerados como modos de exercício da *ação*”. E sem essa ação (embargos ou impugnação), “o mérito executivo não comporta exame pelo juiz – e isso assim é, por força da eficácia abstrata do título executivo, que na realidade não traz ao juiz a presunção da existência do direito – porque a presunção é dirigida a um julgamento e, na execução, o juiz não julga a respeito da existência deste. A eficácia do título executivo consiste em muito mais, a saber, em dispensar qualquer consideração, convicção ou decisão quanto à real situação de direito material. O juiz executivo não *presume* a existência do direito: ele simplesmente aceita o título em sua eficácia e dá seguimento à execução, sem lhe ser lícito pôr em dúvida o crédito afirmado pelo exequente. Não havendo lugar para julgamento sobre a situação jurídico-substancial no curso do procedimento executivo, é natural que os procedimentos dessa ordem não ofereçam qualquer momento para a instrução a respeito” in *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 112, pp. 259-261.

³¹¹. *Instituições de direito processual civil*, I, n. 86, p. 224.

processuais adequados (*infra*, nn. 71-73). Como na execução há plenas chances de ser atendido o contraditório, é desnecessária uma demanda autônoma para esse fim.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR traz outro argumento que tornaria necessário um processo de conhecimento para que haja a desconsideração. Na sua visão, “a certeza que autoriza a execução forçada só se verifica quando ocorre ‘identidade entre o executado e a pessoa contra quem foi declarada a aplicação da sanção’ corporificada no título. Em outras palavras: é indispensável que o título e os atos processuais a eles relativos atestem, de plano, a certeza da responsabilidade do executado”. Com isso, somente por meio do processo cognitivo seria possível a formação de título executivo hábil contra aquele que sofrerá os efeitos da desconsideração.³¹² Ocorre que o sócio que sofrerá os efeitos da desconsideração é *responsável patrimonialmente* e não co-obrigado (*infra*, n. 66). Portanto, o fato de o sócio não constar como devedor do título executivo exequendo não implica sua ilegitimidade passiva, porque o responsável também tem legitimidade passiva *ad causam* para a execução.³¹³

PAULO FERNANDO DE ALMEIDA SALLES DE TOLEDO entende que é necessária uma demanda autônoma quando se trata de negócio fraudulento, porque esse seria sujeito de anulação. E por conta disso, com fundamento no art. 177 do Código Civil, seria necessária uma demanda.³¹⁴ Anular o negócio significaria penalizar terceiro de boa-fé, justamente o que o sistema visa a privilegiar. Quando ocorre a desconsideração, nada mais se faz do que declarar a relativa *ineficácia* do negócio, para combater o ato fraudulento.

Diante desses argumentos acima expostos, entende-se que é desnecessária a propositura de demanda autônoma para apuração de alguma situação que autorize a desconsideração da personalidade jurídica, como também defendem CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO,³¹⁵ ANDRÉ PAGANI DE SOUZA,³¹⁶ GILBERTO GOMES

³¹². *Processo de execução*, pp. 94-95.

³¹³. SÉRGIO SHIMURA diferencia a legitimidade passiva *ad causam* para a execução com a responsabilidade patrimonial, in *Título executivo*, p. 80. Assim também entende GILBERTO GOMES BRUSCHI, *Aspecto processuais da desconsideração da personalidade jurídica*, n. 9.2, p. 98.

³¹⁴. “A desconsideração da personalidade jurídica na falência”, *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 134, p. 226.

³¹⁵. *Fundamentos do processo civil moderno*, II, n.671, p. 1196-1199.

³¹⁶. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, n. 3.3.4, pp. 114-125.

BRUSCHI,³¹⁷ COMPARATO-SALOMÃO,³¹⁸ ARAKEN DE ASSIS,³¹⁹ CÁSSIO SCARPINELLA BUENO,³²⁰ SIDNEI BENETI,³²¹ FREDIE DIDIER JÚNIOR³²², FREDERICO CAIS,³²³ e MAGNO FEDERICI GOMES e ESTEFÂNIA LIMA MAIA.³²⁴ bem como a jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça,³²⁵ justamente porque o contraditório pode ser atendido na execução e, mesmo não sendo devedor, aquele que sofre a desconsideração tem legitimidade passiva *ad causam* por ser responsável patrimonialmente (*infra*, n. 66). Como também já foi visto acima, há plena compatibilidade da desconsideração com a demanda já estabilizada, desde que o contraditório seja respeitado (*supra*, n. 44).

49. Contraditório e pronunciamento judicial antes de invasão patrimonial

Mais importante até mesmo que a necessidade ou não de demanda autônoma para a desconsideração da personalidade jurídica, é verificar se é imprescindível o contraditório antes que haja a invasão patrimonial.

Quando se fala em desconsideração da personalidade jurídica, pensa-se somente em patrimônio. E como ilumina DINAMARCO, “*não só a vida e a liberdade* são objeto da garantia do devido processo legal, mas também o *patrimônio*”.³²⁶ Sendo o patrimônio daquele que sofreu a desconsideração responsável, o contraditório deve ser atendido antes que haja expropriação. O disposto no art. 596 do Código de Processo Civil também dá essa interpretação, pois dá ao sócio o direito de

³¹⁷. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*, n. 9.2, p. 100.

³¹⁸. *O poder de controle na sociedade anônima*, nota n. 93, p. 481.

³¹⁹. *Manual da execução*, n. 107.5, p. 405.

³²⁰. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, n. 3.4, pp. 108-109.

³²¹. “Desconsideração da sociedade e legitimidade *ad causam*: esboço de sistematização”, *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*, p. 1.018.

³²². *Regras processuais no novo código civil*, n. 3, pp. 7-8.

³²³. *Fraude de execução*, pp. 41-43.

³²⁴. “Questões processuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor”, *Repertório de jurisprudência*, n. 1, pp. 46-49.

³²⁵. STJ, 4ª T., Resp 693235/MT, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 17.11.09, v.u., DJ 30.11.09; 4ª T., Resp 881330/SP, rel. Min. JOÃO OTÁVIO NORONHA, j. 19.8.09, v.u., DJ 10.11.09; 3ª T., Resp 920602/DF, rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 27.5.08, v.u., DJ 23.6.08; 4ª T., rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, j. 24.10.06, v.u., DJ 20.11.06; 5ª T., AgRg no Resp 978095/SP, rel. Min. FELIX FISCHER, j. 6.6.06, v.u., DJ 1.8.06; 3ª T., Resp 332763/SP, rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 30.4.02, v.u., DJ 24.6.02; 4ª T., Resp 158051/RJ, rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, v.u., DJ 12.4.99.

³²⁶. *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 725, p. 1278.

“exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade” aos seus (*infra*, n. 67). Ora, o sócio somente poderá exercer essa faculdade se houver o contraditório antes. Especificamente ao tratar da desconsideração da personalidade jurídica, defende FREDIE DIDIER JÚNIOR que “o que importa é dar oportunidade ao debate, não sendo lícita a aplicação da sanção sem o prévio contraditório. Não se pode, na ânsia por uma efetividade do processo, atropelar garantias processuais alcançadas aos séculos de estudos e conquistas. Imaginar a aplicação de uma teoria eminentemente excepcional, que inquina de fraudulenta a conduta deste ou daquele sócio, sem que se lhe dê a oportunidade de defesa – ou somente se lhe permita o contraditório eventual dos embargos à execução, com necessidade da prévia penhora, dos embargos de terceiro ou do recurso de terceiro –, é afrontar princípios processuais básicos”.³²⁷ Justamente por ser uma medida excepcional de imputação de responsabilidade, que demanda cognição estendida pelas partes (o que pode ser feito na execução), cujo *onus probandi* é do credor, o contraditório é essencial para que haja a desconsideração da personalidade jurídica. Claro que podem ocorrer situações nas quais seja necessária alguma medida urgente e o contraditório seja diferido, mas se trata de situações excepcionais cujo ônus da prova da excepcionalidade continua do credor.

Ao se falar em ônus da prova é também pertinente dizer o local em que será colhida a prova e também o resultado a ser dado pelo juiz. Demonstrado acima que não é necessário que haja o ajuizamento de uma demanda autônoma, é portanto imprescindível que haja um incidente cognitivo na execução para a apuração da responsabilidade oriunda da desconsideração da personalidade jurídica. A depender da forma com que seja feita a desconsideração, o remédio processual adequado será diferente (*infra*, nn. 71-73). Somente depois de realizado todo o contraditório é que o juiz deverá pronunciar-se para afirmar se houve ou não alguma hipótese que autorize a desconsideração e se os bens do sócio responderão pela dívida.

Antes disso é prematura qualquer expropriação, ainda que liquidativa. Pois não basta mera citação do sócio sem que lhe seja dado reais oportunidades de demonstrar a inoccorrência de qualquer situação que autorize a desconsideração e de

³²⁷. *Regras processuais no código civil*, n. 4, pp. 13.14.

rebater as provas trazidas por aquele que tem interesse nela.³²⁸ Autorizar a penhora de bens do sócio antes do contraditório e antes que se decida sobre a ocorrência de alguma hipótese autorizadora da desconsideração significa grave desrespeito à cláusula constitucional do devido processo legal (CF, art. 5º, inc. LV), porque se dará tratamento de ordinário a um método de imputação de responsabilidade extraordinário.

De lege ferenda é pertinente a criação de um meio cognitivo para que sejam realizados o contraditório e eventual instrução probatória para se apurar a responsabilidade do sócio e alguma causa que autorize a desconsideração da personalidade jurídica, no bojo de qualquer execução. Isso facilitaria a instrução probatória e não geraria qualquer violação ao devido processual legal. Ao contrário, traria mais segurança às relações jurídicas e decisões judiciais.³²⁹

Portanto, somente após ter sido feito todo o contraditório e depois de prévio pronunciamento judicial é que os bens do sócio poderão ser penhorados.

³²⁸. Nesse mesmíssimo sentido é a posição do mestre iluminado DINAMARCO: “resulta das garantias constitucionais do processo que, para desconsiderar personalidades jurídicas e atingir o patrimônio do responsável não-devedor, é indispensável oferecer a este prévia oportunidade para se defender em contraditório. Se a execução já foi instaurada, quer por título judicial ou extrajudicial, é indispensável citá-lo, como ordinariamente exige o Superior Tribunal de Justiça ao autorizar o *redirecionamento da execução* em caso de não serem encontrados bens da pessoa jurídica indicada no título (o que se dá com muita frequência em execuções fiscais); mas não basta a citação porque, sem um mínimo de oportunidade de defesa antes da captação de bens do sujeito, essa citação não valeria mais que um convite a assistir ao próprio velório”, in *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.402, p. 155. Mas o Superior Tribunal de Justiça vem autorizando a penhora de bens do sócio que não figura no título, sem prévio exame dos fatos caracterizadores da responsabilidade (1ª T., REsp n. 597.937, j. 15.3.05, rel. Teori Zavascki, v.u., DJU 4.4.05, p. 179; 2ª T., REsp n. 624.017, j. 18.5.04, rel. Castro Meira, v.u., DJU 16.8.04, p. 242, *apud* Negrão-Gouvêa, *op. cit.*, nota 3 ao art. 4º LEF, pp. 1.485-1.486. Em sentido contrário: STJ, 2ª T., REsp n. 278.744, j. 19.3.02, rel. ELIANA CALMON, v.u., DJU 29.4.02, p. 220, *apud* NEGRÃO-GOUVÊA, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, nota 4 ao art. 4º LEF, p. 1.486, 2ª col.

³²⁹. Assim também pensa GILBERTO GOMES BRUSCHI, *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*, n. 9.3, pp. 110-112. Também DINAMARCO, *Fundamentos do processo civil moderno*, II, n. 668, pp. 1193-1195. Há projetos de lei nesse sentido: projeto de lei n. 3.401, de 24 de abril de 2008 e projeto de lei n. 2.426, de 5 de novembro de 2003.

§ 6º. Litisconsórcio e intervenção do sócio

50. Admissibilidade do litisconsórcio e desconconsideração

Apesar ser possível a apuração da responsabilidade do sócio depois do transcurso de toda a fase cognitiva e portanto aparentemente ser desnecessário o tratamento do litisconsórcio com o tema ora estudado, podem surgir situações nas quais a pluralidade de partes pode se relacionar com a desconconsideração da personalidade jurídica. Além do mais, aquele que poderá sofrer os efeitos de eventual desconconsideração pode querer não esperar todo o tempo de uma demanda para eventualmente ver seu patrimônio atingido. Justamente essa angústia criará uma situação na qual se justifique a pluralidade de partes e até mesmo a intervenção do sócio em demanda pendente³³⁰. Sem contar que o sócio, por qualquer motivo que seja, pode querer amparar-se pelos benefícios de eventual coisa julgada (CPC, art. 469 ss), ou mesmo pela sua eficácia preclusiva (CPC, art. 474). Desde que tenha interesse jurídico, ou seja, desde que seja admissível em tese o litisconsórcio, ele pode se relacionar com a desconconsideração da personalidade jurídica. A *mens* da criação do fenômeno da pluralidade de partes é a economia processual com a poupança de despesas e esforços³³¹ e a harmonia dos julgados³³² quando houver comunhão de direito e obrigações relativas à mesma lide, conexidade entre as demandas e afinidade de questões, a teor do art. 46 do Código de Processo Civil.

³³⁰. Mesmo porque inexistente um traço divisório intransponível entre o fenômeno do litisconsórcio e o da intervenção de terceiro. É o que afirma DINAMARCO: “há realmente pontos de superposição entre o *fato* da intervenção e a *situação* litisconsorcial que a ocorrência desse fato estabelece no processo; talvez não seja o caso de buscar uma distinção tão nítida entre a intervenção e o litisconsórcio, mas de harmonizar os dois institutos, que afinal constituem duas manifestações de um fenômeno só, mais amplo, e que é a *pluralidade de partes*. A *intervenção é sempre um fato*. Condicionam-se as modalidades interventivas a certos requisitos gerais e cada uma delas a seus próprios requisitos específicos, mas, quando a intervenção se dá, ela é um acontecimento no processo e, portanto, um fato processual *lato sensu*: especificamente, um ato do terceiro que intervém voluntariamente ou um ato do auxiliar da Justiça que cita o terceiro em caso de intervenção coatá. O resultado do fato *intervenção* poderá variar e a lei cuida de definir ou pelo menos disciplinar a *situação jurídica* em que se encontrará cada interveniente, in *Litisconsórcio*, n. 6, pp. 32-35.

³³¹. São interessantes os dizeres de GIUSEPPE TARZIA ao afirmar que o litisconsórcio tem a fundamental função de “consentire un risparmio di spese ed energie processuali e di agevolare la formazione di decisioni non contrastanti”, in *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, n. 7, p. 42.

³³². JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 692, p. 201.

Há comunhão de direito e obrigações relativas à mesma lide³³³ (inc. I do art. 46) quando houver co-titularidade de uma situação ativa (direito) ou passiva (obrigação) posta *principaliter*, ou seja, naquele processo em discussão.³³⁴ Por essa *fattispecie* percebe-se que não há uma relação com a desconsideração da personalidade jurídica. Isso porque o sócio não é co-titular com a pessoa jurídica (situação ativa) pois seu interesse em eventual demanda, na qualidade de sócio, não passa de interesse econômico em ver a sociedade na qual detém determinada parcela do capital social ter seus créditos satisfeitos. Também o sócio não é co-titular de uma obrigação (situação passiva) porque ele é mero responsável (*supra*, n. 12 e *infra*, n. 66) e não se trata de co-obrigado. A admissibilidade da desconsideração não está portanto no inc. I do art. 46 do Código de Processo Civil.

A segunda hipótese de admissibilidade trazida pela lei é aquela descrita no inc. II do art. 46 do Código de Processo Civil. Trata-se de *conexidade subjetiva*, situação em que os direitos e obrigações derivam de mesma situação de fato ou de direito. A doutrina³³⁵ dispensa essa hipótese porque entende que há superposição de situações, já que o inc. III do art. 46 trata da *conexidade objetiva* do objeto ou da causa de pedir. Reforça-se com isso a necessidade de o juiz formar sua *convicção única*³³⁶ a respeito de fundamentos comuns das demandas. Para tanto, não é necessária a utilização taxativa dos três *eadem* (*personae, causa, res*), basta uma “identidade parcial do título”,³³⁷ ou seja, basta que existam pontos de semelhanças da causa de pedir. Esse alargamento do instituto é defendido na doutrina³³⁸ e também nos tribunais.³³⁹ Para a desconsideração, não é esse o

³³³. Lide significa o objeto do processo (*Streitgegenstand*), apesar de o Código fazer algumas confusões terminológicas. Cfr. DINAMARCO, *Fundamentos do processo civil moderno*, I, n. 109, pp. 251 ss.

³³⁴. DINAMARCO, *Litisconsórcio*, n. 30, pp. 84-85. Traz o Mestre uma situação muito interessante: “se determinado contrato é colocado ao centro do objeto de um processo, com o pedido de sua anulação ou de mera declaração de nulidade ou validade, haverá aí uma comunhão *relativamente à lide*. Na hipótese de um dos contratantes pretender de dois outros o cumprimento da obrigação contratual de cada um, a existência e validade do contrato em que todos estão envolvidos constitui apenas o fundamento das duas demandas conexas (inexiste, portanto, a *comunhão* descrita no inc. I do art. 46)”.

³³⁵. DINAMARCO, *Litisconsórcio*, n. 39, pp. 97 ss; CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Comentários ao código de processo civil*, I, n. 293, pp. 198-199; OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Curso de processo civil*, I, pp. 262 ss.

³³⁶. Critério utilizado por ENRICO REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, n. 5, nota 5, p. 6 e adotada no Brasil por DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 460, esp. pp. 154 ss.

³³⁷. GIUSEPPE TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, p. 41. DINAMARCO, *Litisconsórcio*, n. 40, pp. 98-100.

³³⁸. DINAMARCO é claro: “justifica-se esse critério de alargamento, que aliás está na experiência comum dos tribunais (ainda que implicitamente), porque o litisconsórcio que dele decorre atende em cheio aos

fundamento que autoriza o litisconsórcio, porque não há conexidade entre a pretensão do autor contra a sociedade e contra o sócio. A *causa petendi* contra a sociedade será o inadimplemento de determinada obrigação e contra o sócio será a sua responsabilidade por ter incorrido em algumas das situações que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica.

Já a última hipótese, descrita no inc. IV do art. 46 do Código de Processo Civil, trata da afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. *Ponto* são os elementos capazes de influir em algum julgamento, são nada mais que os fundamentos fáticos e jurídicos (teoria da substanciação – *supra*, n. 44). *Questão* é a controvérsia existente acerca de tal ponto, ou, na linguagem *carneluttiana*, é o ponto controvertido de fato ou de direito.³⁴⁰ Essa afinidade de questões é um “liame menos intenso que a conexidade, caracterizado pela mera existência de algum quesito comum de fato ou de direito, ‘o qual, aparecendo em todas as causas de pedir (ainda que implicitamente), se apresente como uma das premissas necessárias para a decisão da causa’”.³⁴¹ Esse critério de *afinidade de questões* é o mais próximo da desconsideração da personalidade jurídica, porque há pontos de interligação entre a causa de pedir contra a sociedade e contra o sócio, pois ambas as pretensões possuem uma *crise de adimplemento* a ser resolvida e é essa pois a *questão comum*.

objetivos do instituto. Se fosse rigorosamente exigida a *mesmíssima* causa de pedir, em uma tríplice colisão automobilística os donos dos veículos vitimados não poderiam litisconsorciar-se contra aquele a quem atribuem a culpa.” E depois continua: “Chocam-se dois veículos, ambos em movimento, e um deles vai atingir um terceiro que está acostado ao meio-fio. O proprietário deste e o de um dos dois que se chocaram litisconsorciavam-se contra o motorista do outro, ambos atribuindo-lhe a culpa pelo evento. A *causa petendi* narrada por aquele que levou o golpe quando em movimento vai até ao momento da colisão que sofreu, enquanto que o dono do automóvel que estava parado vai contar ainda como foi que os fatos continuaram, até que ele fosse atingido. Além disso, o dano que cada um sofreu constitui um ponto de fato concretamente distinto do dano sofrido pelo outro. Vê-se portanto que as causas de pedir não são inteiramente coincidentes e, mesmo assim, dos muitos casos dessa natureza que chegam aos tribunais, não conheço um sequer em que se tivesse cometido a insensatez de negar a conexidade entre as demandas. Estarão errados os pretórios, ou será inadequado o critério da conexidade fundado formalmente na teoria dos três *eadem?*”, *Litisconsórcio*, n. 41, texto e nota 9, pp. 100-101.

³³⁹. A título exemplificativo, STJ, 1ª Seção, CC n. 19.686, j. 10.9.97, rel. DEMÓCRITO REINALDO, v.m. (vencido o Min. ARI PARGENDLER), DJU 17.11.97; STJ, 1ª Seção, CC n. 41.444, j. 11.2.04, rel. LUIZ FUX, v.u., DJU 16.2.04, p. 200.

³⁴⁰. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, pp. 171-172.

³⁴¹. DINAMARCO, *Litisconsórcio*, n. 41, p. 102.

Portanto em tese é admissível o litisconsórcio com a desconsideração da personalidade jurídica, principalmente em razão do disposto no inc. IV do art. 46 do Código de Processo Civil.

51. Quatro hipóteses de litisconsórcio e desconsideração³⁴²

Estudada a admissibilidade da formação de pluralidade de partes quando o assunto é desconsideração, é necessário agora analisar em qual modalidade litisconsorcial se insere o tema ora estudado. DINAMARCO traz quatro hipóteses para a classificação do litisconsórcio.³⁴³

A primeiro seria a do poder aglutinador das razões que justificam a formação do litisconsórcio. Tem-se pois o litisconsórcio necessário ou facultativo. A necessidade do litisconsórcio se insere nas regras de legitimidade *ad causam*,³⁴⁴ pois isso significa que um indivíduo não pode demandar ou ser demandado isoladamente. O litisconsórcio será necessário quando a lei assim dispuser ou quando a relação jurídica assim exigir, a teor do art. 47 do Código de Processo Civil. Fora dessas situações e por exclusão, o litisconsórcio será facultativo, situação em que o indivíduo possui plena legitimidade *ad causam* para demandar ou ser demandado sozinho, sem a necessária participação de outras pessoas. A princípio, eventual participação do sócio na demanda envolvendo a sociedade seria na qualidade de litisconsórcio facultativo, porque a necessidade não decorre da lei e a relação jurídica não exige. Nem há a mesma relação jurídica, pois a relação entre o credor e a pessoa jurídica é uma relação obrigacional, mas entre credor e sócio se está no campo da *responsabilidade patrimonial* (*infra*, n. 66). É o que ocorre em uma demanda proposta contra a sociedade por inadimplemento e também contra o sócio para apuração de sua responsabilidade já, na eventualidade de ocorrência de hipótese que autoriza a desconsideração da

³⁴². Para a análise do tratamento do instituto do litisconsórcio com o da competência, vide *supra*, n. 39.

³⁴³. *Litisconsórcio*, n. 19, p. 66.

³⁴⁴. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, II, p. 435. Também LIEBMAN, ao afirmar que “o litisconsórcio necessário resolve-se, do ponto-de-vista teórico, em uma legitimação para agir necessariamente conjunta”, *Manual de direito processual civil*, I, n. 51, p. 145. E justamente pelo fato de a necessidade do litisconsórcio estar intimamente ligada com a legitimidade *ad causam* que o juiz é obrigado a fiscalizá-la *ex officio*, a teor do pr. do art. 47 do Código de Processo Civil.

personalidade jurídica (situação de *litisconsórcio eventual*, que será visto logo abaixo – *infra*, n. 52).³⁴⁵

A segunda hipótese é a dos regimes legais do litisconsórcio, se comum ou unitário. O comum detém relativa independência entre os litigantes, ou seja, são tratados como litigantes distintos, a teor do art. 48 do Código de Processo Civil. Já o litisconsórcio unitário é aquele no qual o desfecho necessariamente será único para o mesmo pólo processual e portanto os atos e omissões de um beneficiam o outro. O exemplo clássico de litisconsórcio unitário é o da anulação de casamento: se anulada em relação a um cônjuge, estará anulada também para o outro.³⁴⁶ A unitariedade do litisconsórcio independe de ser ele necessário ou não. A *Zivilprozessordnung* alemão traz em seu § 62 que “Kann das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grund eine notwendige, so werden, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen“. E nosso Código brasileiro repetiu o mesmo equívoco ao confundir o caráter necessário do litisconsórcio com o unitário ao dizer que será necessário o litisconsórcio quando o mérito tiver de ser decidido de forma uniforme para todas as partes (art. 47). Mas a doutrina já corrigiu esse equívoco conceitual³⁴⁷ e hoje se sabe que litisconsórcio unitário não tem nada de necessário. Envolvendo a desconsideração da personalidade jurídica, percebe-se que o *eixo de referência* não é o mesmo e portanto o litisconsórcio é comum, pois a demanda pode ter desfechos distintos. Veja-se: a demanda é movida contra a sociedade por uma dívida não paga e contra o sócio, em razão de práticas de atos que autorizam a desconsideração. A sentença pode muito bem julgar a dívida

³⁴⁵. Apesar disso, SIDNEI BENETI traz o seguinte caso que transparece haver necessidade de litisconsórcio: “o autor move ação contra a pessoa jurídica e contra as pessoas físicas que a integram, obrigatoriamente, no caso de prática de ato por parte de ambos relativamente ao autor, de maneira a impor-se a participação de ambos na coisa julgada (CPC, art. 46), seja de modo simples, seja de modo unitário. É o caso, por exemplo, de participação da sociedade e do sócio, de ambos no mesmo negócio (negócio entre sociedade e sócio prejudicando outro sócio)”, in “Desconsideração da sociedade e legitimidade *ad causam*: esboço de sistematização”, *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*, p. 1.021. Mas nesse exemplo trazido não se trata de desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita, porque ambos – pessoa jurídica e pessoa natural – participaram do negócio, de modo que não há o requisito da subsidiariedade entre sociedade e sócio.

³⁴⁶. Ou alguém seria capaz de dizer o contrário?

³⁴⁷. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 572, pp. 356-360; CELSO BARBI, *Comentários ao código de processo civil*, I, n. 306, p. 207; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*, I, n. 98, pp. 124-125.

exigível contra a sociedade e entender que não houve uma situação que autorize a desconsideração. Percebe-se pois que poderá haver litisconsórcio facultativo comum.

A terceira hipótese é a da posição dos litisconsortes na relação processual. Ou seja, a coligação de dois ou mais sujeitos na posição de autores (litisconsórcio *ativo*), de réus (litisconsórcio *passivo*) ou ainda a pluralidade de pessoas no pólo ativo e no pólo passivo (litisconsórcio *misto*).³⁴⁸ No que tange à desconsideração, na grande maioria das vezes – para não dizer na unanimidade – o litisconsórcio será passivo, porque o credor buscará atingir o patrimônio do sócio por este ter cometido em tese algum ato que autorize a desconsideração da personalidade jurídica.

A quarta hipótese é a da formação do litisconsórcio. Será *inicial* o litisconsórcio formado logo na demanda inicial do autor e quando do fechamento do ciclo citatório já haverá pluralidade de pessoas. Já o litisconsórcio *ulterior* ocorre em um momento depois do ajuizamento da demanda: quando o réu faz o chamamento ao processo (*infra*, n. 54), na intervenção de terceiro como litisconsorte e ainda pelo próprio juiz quando houver litisconsórcio necessário (CPC, art. 47, pr.) ou até mesmo na reunião de processos. Para o tema ora estudado, podem ocorrer situações nas quais o litisconsórcio será inicial porque o credor ajuizará demanda contra a sociedade (pela *obrigação* inadimplida) e contra o sócio (*responsável* por ter incorrido em algumas das situações autorizadoras da desconsideração). Também poderão surgir situações nas quais o litisconsórcio entre sociedade e sócio será ulterior, como ocorre no chamamento ao processo. Quando o litisconsórcio é *inicial*, uma série de fatores não precisa ser enfrentada e não se discute uma série de questões envolvendo a desconsideração da personalidade jurídica. Se *ulterior*, o principal questionamento a ser feito refere-se à estabilização da demanda, o que já foi visto que é perfeitamente contornável na técnica processual.

52. Ainda as possibilidades litisconsorciais: litisconsórcio facultativo sucessivo, eventual e alternativo

³⁴⁸. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, n. 88, p. 1.073. Mas essa idéia é criticada por DINAMARCO, in *Litisconsórcio*, n. 27, p. 79.

Podem ocorrer situações nas quais haja um *cúmulo* de pedidos sucessivos, eventuais e alternativos envolvendo a desconsideração da personalidade jurídica (*supra*, n. 51). Esse *cúmulo objetivo* acaba por gerar também um *cúmulo subjetivo*, de modo que faz surgir o fenômeno litisconsorcial no processo, como já foi visto logo acima (*supra*, n. 50). E além dos critérios tradicionais de pluralidade de partes (litisconsórcio facultativo ou necessário; unitário ou comum; ativo, passivo ou misto), o *cúmulo objetivo* faz surgir a necessidade de análise do litisconsórcio por outros ângulos também tratados pela doutrina. Trata-se dos litisconsórcios sucessivo, eventual e alternativo, todos estes facultativos.³⁴⁹

O primeiro caso é do litisconsórcio *sucessivo*. Na hipótese de *cúmulo* de pedidos sucessivos, o autor faz dois pedidos mas o segundo só será analisado após a procedência do primeiro, em razão da relação de prejudicialidade entre eles (*supra*, n. 43). É o caso da desconsideração da pessoa jurídica. Quando o autor propõe a demanda contra a sociedade por inadimplemento da obrigação e contra o sócio-controlador por este ter praticado algum ato que autorize a desconsideração da personalidade jurídica, eventual a condenação deste só será analisada se houver a procedência do pedido contra a pessoa jurídica (daí a prejudicialidade). Em uma situação como essa o litisconsórcio será facultativo sucessivo, porque o *cúmulo* é sucessivo.³⁵⁰

O segundo caso é do litisconsórcio *eventual*, que ocorre quando o autor faz um pedido subsidiário (CPC, art. 289). Para o tema da desconsideração da personalidade jurídica em si não é esse o litisconsórcio, porque o autor não pede a condenação da sociedade e, na eventualidade desta não ser condenada, a condenação dos sócios. Já foi visto (*supra*, n. 43), que é impossível a configuração de *cúmulo eventual*, porque se a sociedade não foi condenada porque a obrigação não é exigível por qualquer fundamento, não há que se falar em responsabilidade patrimonial do sócio-controlador.³⁵¹

³⁴⁹. CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, n. 3.4, p. 101.

³⁵⁰. Assim também pensa RODRIGO REIS MAZZEI, *cfr.* CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, n. 3.4, nota 54-L, p. 103.

³⁵¹. Pensa de forma diversa CÁSSIO SCARPINELLA ao enquadrar essa hipótese como litisconsórcio eventual, mas sem desconsiderar os outros casos de litisconsórcio: “para mim, ela pode representar um caso de litisconsórcio *eventual* na exata medida em que o credor, na ação em que proponha, formule pedido em face da pessoa jurídica e formule pedido também (e desde logo) em face das pessoas físicas que a compõem, demonstrando, para tanto, a ocorrência da hipótese valorada pelo precitado art. 50 (a desconsideração da personalidade jurídica). Cumula-se, assim, dois pedidos condenatórios perante

A característica fundamental do litisconsórcio eventual é a “*preferência* por um dos réus, para que o outro só seja condenado se o primeiro não for”,³⁵² o que não ocorre com a desconsideração porque o credor não pode pedir a desconsideração sem a presença da pessoa jurídica, já que a responsabilidade patrimonial só se tornará exigível se for confirmada a responsabilidade da pessoa jurídica.³⁵³ Mas pode ocorrer de existir um litisconsórcio eventual no caso de o credor pedir a condenação da sociedade e contra dois sócios quando houver dúvida no controle. Mas para a desconsideração da pessoa jurídica *em si*, quando o credor faz pedido contra pessoa jurídica e sócio-controlador, o litisconsórcio é sucessivo e não eventual.

O terceiro caso é o do litisconsórcio *alternativo*, muito bem ilustrado por ENRICO ALLORIO: “rosso chiede che sia emanato un provvedimento giurisdizionale nei confronti di Verde o d’Azzurro, manifestando così un’incertezza intorno alla persona del rapporto controverso; che molte volte è incertezza anche oggettiva, dipendente da non chiari, ingarbugliati eventi o comportamenti, e magari imputabile al modo d’agire degli stessi convenuti; p.es., non si sa se Verde abbia negoziato come rappresentante d’Azzurro, obbligandolo, o in proprio, vincolando se stesso”.³⁵⁴ Também não se pode enquadrar a desconsideração da personalidade jurídica nessa hipótese de litisconsórcio porque o credor não pode pedir a condenação do Verde ou do Azul,

duas pessoas diversas (justamente porque a personalidade jurídica não se confunde com a de seus sócios em todos os casos, não obstante o Código Civil de 2002 não trazer *expressa* a regra do art. 20 do de 1916) na *eventualidade* de ficar demonstrada, perante o juízo, a ocorrência de ‘desvio de finalidade’ ou ‘confusão patrimonial’. E se for o caso, não vejo qualquer óbice para se pensar que um tal litisconsórcio, já retratado na petição inicial, pode ser também ‘sucessivo’ ou ‘alternativo’, sempre a depender do que o autor pediu a partir de que fatos”, *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, n. 3.4, p. 103. Nesse mesmo sentido pensa FREDIE DIDIER JR., in “Pedido de falência frustrado pelo encerramento das atividades da empresa: conversibilidade de rito, desconsideração da personalidade jurídica e litisconsórcio eventual”, *Revista Forense* n. 360, pp. 19-21.

³⁵². DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 581, p. 371.

³⁵³. Nesse sentido SIDNEI BENETI: “não será possível, contudo, o ajuizamento direto contra pessoa física participante de pessoa jurídica, relativamente a lide que a esta envolva, pois tendo esta personalidade jurídica própria, a relação de direito material e a lide principal (o contrato de que se origina a cobrança, por exemplo), a relação de adequação do sujeito passivo da ação (e conseqüentemente, do processo) deverá adequar-se ao sujeito passivo da relação material de a lide, tornando-se impossível ‘saltar’ uma cão (contra a pessoa jurídica visando à cobrança, contra a qual tem este direito de ser citada e responder) para o ajuizamento diretamente contra o sócio (cuja responsabilidade patrimonial somente surgirá se houver, como pressuposto, responsabilidade da pessoa jurídica de que participe)”, “Desconsideração da sociedade e legitimidade *ad causam*: esboço de sistematização”, *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*, n. 5.3, p. 1.021.

³⁵⁴. “Litisconsorzio alternativo passivo e impugnazione incidentale”, *Problemi di diritto*, I, p. 515. Esse exemplo é trazido também por DINAMARCO, in *Instituições de direito processual civil*, II, n. 581, p. 370.

se ele tiver dúvida se a condenação tem de ser à sociedade ou ao sócio. Como já afirmado diversas vezes, não pode haver a condenação do sócio sem antes a condenação da sociedade. Mas podem sim surgir situações em que o credor pede a condenação da sociedade e também de um dos sócios-controladores, mas põe todos no pólo passivo. Nessa situação, para o credor tanto faz a condenação de um *ou* outro sócio-controlador.

A conclusão a que se chega é que, para o tema da desconsideração da personalidade jurídica em si, o litisconsórcio será sucessivo. Mas as várias situações que o direito material cria pode fazer surgir hipóteses em que os litisconsórcios eventual e alternativo estejam de alguma forma relacionados com a desconsideração da personalidade jurídica. Sem contar que essa mesma multiplicidade de situações comprova os dizeres de ENRICO REDENTI que a coligação de pessoas no mesmo pólo nem sempre significa comunhão de interesses e nem sempre elas terão a mesma sorte.³⁵⁵ Assim pode acontecer com a desconsideração da personalidade jurídica, de modo que estando a pessoa jurídica e o sócio-controlador no mesmo pólo passivo, os interesses poderão ser antagônicos: o sócio demonstrará que não cometeu nenhum ato que autorize a desconsideração da personalidade jurídica e com isso acabará por tentar que somente a sociedade seja condenada e ele não.

53. Possibilidade de intervenção

Incontestavelmente podem surgir situações nas quais os interesses de determinado processo projetam-se para direito de terceiros, apesar de o art. 472 do Código de Processo Civil dispor que a “sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”. O que liga um terceiro ao processo é o objeto da causa, pois o que ali se discute pode intervir na esfera do direito de alguém que não faz parte da relação jurídica-processual.³⁵⁶ Essa é a justificativa sistemática do ingresso do terceiro em processo pendente.

Só que nem todos terceiros têm interesse em intervir no processo. A rigor, toda demanda cível envolverá direta ou indiretamente questões

³⁵⁵. *Il giudizio civile con pluralità di parti*, n. 1, nota 2, p. 2.

³⁵⁶. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 584, p. 377.

patrimoniais. Não é por esse caminho que o interesse processual se verifica. Ele será existente ou não quando não houver outro meio da parte ou do terceiro obter a tutela jurisdicional que almeja. Pois como afirma DINAMARCO, “constitui objeto do interesse de agir a tutela jurisdicional e não o bem da vida a que ele se refere”.³⁵⁷

Abaixo será visto como se relacionam as diversas modalidades de intervenção de terceiros com a desconsideração da personalidade jurídica.

54. Chamamento ao processo

Conceitua-se chamamento ao processo “o ato com que o réu pede a integração de terceiro ao processo para que, no caso de ser julgada procedente a demanda inicial do autor, também aquele seja condenado e a sentença valha como título executivo em face dele”.³⁵⁸ Quando o terceiro é chamado, torna-se parte na qualidade de litisconsorte passivo comum e não unitário e em tese é concebível que a sentença dê tratamento diferente a esses litisconsortes. Nas obrigações solidárias, o credor tem a faculdade de escolher entre demandar a um ou a mais dos devedores solidários, a teor do art. 275 do Código Civil. A função prática desse instituto é dar àquele devedor solidário que foi demandado a opção de impor a presença dos demais devedores solidários para compor o pólo passivo do processo. Com isso, aquele primeiro devedor não será obrigado a pagar a dívida inteira e depois ajuizar nova demanda contra os demais devedores solidários para condená-los a reembolsá-lo.

Trata-se de uma modalidade de intervenção provocada e por isso o chamado não pode recusar.³⁵⁹ Quando se instaura esse litisconsórcio passivo há a ampliação do objeto do processo porque há uma pretensão a condenação do chamador contra esse terceiro que interveio (*objeto dúplici*: pretensão do autor contra o réu e do réu-chamador contra o réu-chamado) e também há alteração na estrutura subjetiva do processo porque aumentou o número de réus.

³⁵⁷. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 544, p. 310.

³⁵⁸. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 608, p. 422.

³⁵⁹. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 608, p. 423.

Todas as hipóteses do art. 77 do Código de Processo Civil indicam terceiros que tinham legitimidade passiva *ad causam* mas que o autor, por qualquer razão, não trouxe para o processo. Assim é o inc. I do art. 77 ao dizer que é admissível ao fiador o chamamento do devedor ao processo. Lógico que essa hipótese só é plausível quando não houver o benefício de ordem disposto no art. 827 do Código Civil. A segunda hipótese, descrita no inc. II do art. 77, é o chamamento dos demais fiadores quando apenas um for demandado. Está na no art. 829 do Código Civil que há solidariedade entre os co-fiadores e portanto cada um responde pela obrigação por inteiro, mas o art. 831 do mesmo Código dispõe que aquele que pagar terá direito ao reembolso pelos demais, na medida da responsabilidade de cada um. Já o inc. III possui amplitude tão grande que tornaria dispensáveis os dois primeiros incisos, pois afirma que é admissível o chamamento ao processo “de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, total ou parcialmente, a dívida comum”. Apesar de a lei nada dizer, DINAMARCO entende acertadamente como possíveis os *chamamentos sucessivos*.³⁶⁰

É um fenômeno exclusivo do processo ou fase de conhecimento, porque sua função é a obtenção de condenação do terceiro em um capítulo da sentença de mérito e isso faz com que seja incompatível com o processo cautelar e com o processo ou fase executiva. É admissível no procedimento ordinário e expressamente excluído no sumário (CPC, art. 280, inc. I) e a doutrina entende que é razoável admiti-lo no processo monitorio.³⁶¹ Como se depreende da interpretação do art. 80 do Código de Processo Civil, o chamamento ao processo só é admitido em pedidos cujo conteúdo seja dinheiro ou coisas determinada pelo gênero e quantidade.

Importando esses conceitos para o tema ora estudado, percebe-se que é admissível a ligação da desconsideração da personalidade jurídica com o chamamento ao processo.³⁶² Pode ocorrer a situação de o dito credor demandar a sociedade, alegar que houve uma das hipóteses de desconsideração e ajuizar a demanda

³⁶⁰. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 610, p. 427.

³⁶¹. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 609, pp. 424-425.

³⁶². De maneira diversa, SIDNEI AGOSTINHO BENETI entende que o chamamento ao processo é inadmissível para as situações de desconsideração da personalidade jurídica, por entender que é incompatível com a previsão legal do art. 77 do Código de Processo Civil, in “Desconsideração da sociedade e legitimidade *ad causam*: esboço de sistematização”, *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*, p. 1.026.

contra um sócio-controlador. Se houver mais de um sócio-controlador, a responsabilidade será solidária entre eles. Portanto, aquele primeiro sócio que foi demandado poderá chamar ao processo esse segundo sócio, com fundamento no inc. III do art. 77 do Código de Processo Civil. Assim, se a demanda do autor for procedente e ter-se decidido que houve desconsideração da personalidade jurídica, ambos sócios-controladores já serão partes na execução, juntamente com a sociedade. Se não houvesse o chamamento ao processo nesse caso, o primeiro sócio-controlador teria que ajuizar novo processo de conhecimento contra o segundo sócio-controlador, na medida em que a responsabilidade entre eles é solidária.

Outra hipótese é trazida por CÁSSIO SCARPINELLA BUENO³⁶³ e adotada por ANDRÉ PAGANI DE SOUZA.³⁶⁴ Trata-se do exemplo de demanda movida contra a sociedade e, sob a alegação de abusos cometidos, contra os sócios também. Entendem esses doutrinadores que, se a demanda for procedente contra a sociedade e os sócios, é possível que estes chamem ao processo os administradores da sociedade. Diz CÁSSIO SCARPINELLA que “ainda quando a responsabilidade dos sócios e dos administradores é prevista em lei senão como solidária em determinadas hipóteses (para a legislação tributária, por exemplo), mas, quando, como subsidiária”.³⁶⁵ Ele defende portanto o alargamento das situações de cabimento de chamamento ao processo quando se trata também de responsabilidade subsidiária.³⁶⁶ Discorda-se parcialmente do exemplo trazido por eles, pois o chamamento ao processo somente é possível se a responsabilidade entre sócios e administradores for solidária. Caso contrário ele não será cabível, pois só há razão em se falar em chamamento ao processo nas situações de responsabilidade solidária e não subsidiária. Isso porque é pressuposto do art. 77 do Código de Processo Civil que o instituto do chamamento ao processo envolve terceiros que *já eram legitimados passivos* e que o autor não incluiu em sua demanda diante da facultatividade do litisconsórcio, pois

³⁶³. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, n. 3.4, pp. 108-109.

³⁶⁴. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, n. 3.4.5, p. 136.

³⁶⁵. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, n. 3.4, pp. 108-109.

³⁶⁶. “Para não trair a premissa inaugural deste trabalho, não me parece boa solução a de o processualista querer ler os termos ‘fiador’ e ‘devedores solidários’ a que se referem os incisos I e II do art. 77 do Código de Processo Civil de uma forma mais estreita do que podem ler os civilistas quando buscam situações de responsabilidade subsidiária. Se não, para quê a novidade da lei material se ela tem tudo para ficar carente de *tutela*?”, CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, n. 3.4, p. 109.

“em todas elas existe uma *causa comum* entre aquele que figura como réu e os que, embora podendo figurar também, foram omitidos pelo autor”.³⁶⁷

Diante de todo o contexto acima exposto e dos exemplos trazidos, percebe-se que a multiplicidade de situações do direito material pode criar exemplos de cabimento do chamamento ao processo quando o tema é desconsideração da personalidade jurídica.

55. Denúnciação da lide

Denúnciação da lide é “a demanda com que a parte provoca a integração de um terceiro ao processo pendente, para o duplo efeito de auxiliá-lo no litígio com o adversário comum e de figurar como demandado em um segundo litígio”.³⁶⁸ Trata-se de uma modalidade de intervenção provocada, tendo em vista que o terceiro ingressante torna-se parte independente de sua vontade. Citado, em relação a esse primeiro litígio torna-se *assistente litisconsorcial*³⁶⁹ da parte que o denunciou e também *réu* na segunda demanda. A denúnciação da lide amplia o objeto do processo, na medida em que a pretensão do autor contra o réu é somada à pretensão do litisdenunciante contra o litisdenunciado. Mas essa última pretensão possui um caráter de *eventualidade*, de modo que se a demanda litisdenunciante vencer a demanda proposta pelo autor, a demanda contra o terceiro-litisdenunciado também será improcedente. Trata-se pois de demandas prejudiciais.³⁷⁰

As hipóteses de denúnciação envolvem situações nas quais em alguma medida o terceiro é teoricamente obrigado a ressarcir a parte por aquilo que ela

³⁶⁷. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 610, p. 425.

³⁶⁸. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 600, p. 407.

³⁶⁹. Apesar de o Código de Processo Civil dizer que o litisdenunciado torna-se litisconsorte do denunciante (art. 74), assim não é, porque litisconsorte do autor é também autor e do réu é também réu. Como DINAMARCO afirma, quem nada pede para si não é autor e contra quem nada é pedido não é réu. Tanto assim é que, no caso da denúnciação, os prazos não são em dobros apesar de serem representados por patronos diferentes, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 600, pp. 407-409.

³⁷⁰. A prejudicialidade entre demandas “existe sempre que uma delas verse sobre a existência, inexistência ou modo-de-ser de uma relação jurídica fundamental, da qual dependa o reconhecimento da existência, inexistência ou modo-de-ser do direito controvertido na outra”, in DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 465, p. 160.

vier a perder ou deixar de ganhar em determinado processo, mas sua legitimidade é somente da na ação de garantia e não na demanda inicial.³⁷¹ A primeira hipótese é descrita no inc. I do art. 70 do Código de Processo Civil, segundo a qual é admitida a denunciação da lide na demanda em que terceiro reivindica a coisa cujo domínio foi transferido à parte, para que esta possa exercer o direito de evicção. A segunda situação está elencada no inc. II do art. 70 e se trata do exemplo daquele que exerça posse direta sobre o bem é admitido denunciar a lide ao possuir direto ou ao proprietário. Veja-se que não se trata de nomeação à autoria, porque aqui a hipótese trazida é do possuir direto e não do mero detentor, como de lá é. A terceira hipótese é aquela trazida pelo inc. III do art. 70 do Código de Processo Civil. Trata-se daquele que estiver obrigado por lei ou contrato a indenizar em demanda regressiva, como ocorre no caso de titular de garantia a ser cumprida por terceiro. Esse é o exemplo mais corriqueiro na praxe judiciária, principalmente em relações com seguradoras, mas a redação do dispositivo é bastante ampla e envolve uma série de situações que o direito material mostra possível. Pela redação do *caput* do art. 70 pode parecer que a denunciação seja obrigatória e que traduza um ônus absoluto. Mas a doutrina³⁷² entende que essa obrigatoriedade só é válida na hipótese do inc. I do art. 70 do Código de Processo Civil, que trata de evicção. Isso porque o art. 456 do Código Civil impõe a denunciação, sob pena de perda do direito ao ressarcimento. Mas nas demais hipóteses perda algum do direito há, apenas aquele que devia ter feito a denunciação mas não fez terá que ajuizar um processo de conhecimento contra aquele que seria o litisdenunciado.

A denunciação da lide é instituto exclusivo ao processo ou fase de conhecimento, porque não faz sentido pensar em denunciação se não houver *condenação a ressarcir* (CPC, art. 76), como de fato não há no processo ou fase executivo ou no processo cautelar. DINAMARCO defende sua admissibilidade no processo monitório, mas ele mesmo afirma que prevalece o entendimento em sentido contrário.³⁷³

³⁷¹. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 602, p. 410.

³⁷². DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 603, p. 415.

³⁷³. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 601, p. 410; CELSO BARBI, *Comentários ao código de processo civil*, I, n. 407, pp. 253-254.

Ao trazer esses conceitos para o tema ora estudado, percebe-se que a doutrina é oscilante. Parte dela não aceita a denúncia da lide³⁷⁴ mas outra parte sim, como o faz ANDRÉ PAGANI DE SOUZA.³⁷⁵ Traz este doutrinador os seguintes exemplos. Determinado sócio que teve seus bens penhorados sem prévia citação apresenta embargos de terceiro com o intuito de desconstituir a constrição havida. No caso, o sócio alega que não houve fraude alguma e denuncia a lide à sociedade ou ainda ao sócio que participou dessa eventual fraude, com a intenção de, se perder os embargos, obter a condenação daquele que foi litisdenunciado. O outro exemplo é bem semelhante, com a diferença de ter havido prévia citação do sócio e portanto a situação ser de embargos do executado. Para ir contra esse exemplo nem é preciso analisar se é cabível ou não denúncia da lide em embargos de terceiro e do executado, porque a premissa anterior, de direito material, não se verifica. A denúncia da lide necessariamente envolve uma *situação de regresso*, de eventualidade. Já foi visto acima (*supra*, n. 12) que o sócio que praticou alguma das hipóteses de desconsideração não tem direito à sub-rogação, porque isso criaria um absurdo daquele que fez determinado ato ilícito ter garantido seu regresso contra a sociedade ou demais sócios e seu prejuízo seria zero. Isso geraria um enriquecimento ilícito, que nosso sistema repudia. Como a *ausência de regresso* faz parte do conceito de desconsideração da personalidade jurídica, é impossível falar em denúncia da lide. O exemplo trazido acima só seria aceitável se a desconsideração da personalidade jurídica

³⁷⁴. Cfr. SIDNEI BENETI, para o qual a denúncia da lide “é inadmissível, em qualquer das modalidades do preceito legal (CPC, art. 70, I, II e III), pelas seguintes razões: a) a desconsideração da pessoa jurídica tem a finalidade de proteger quem tenha direitos frustrados mediante o uso do ‘biombo’ da pessoa jurídica e não a de proteger a esta, ainda que contra as pessoas físicas que dela participem, contra as quais possui mecanismos derivados do tipo de relação jurídica, como a forma societária de que se revista, donde se segue que a denúncia da lide pela pessoa jurídica à pessoa física dela participante saberia a alegação contraditória, que se chocaria contra o princípio ‘nemo auditur propriam turpitudinem alegans’; b) como o autor pode, em litisconsórcio facultativo, ou, em alguns casos, deve, em litisconsórcio necessário, mover ação contra a pessoa jurídica e também contra a pessoa física dela participante, e não o faz, a inserção de litisconsórcio decorrente da denúncia da lide varia contra o princípio da disponibilidade da parte em eleger o acionado nos processo que inicia e, mais, viria a causar-lhe, por via oblíqua da denúncia da lide, os males da complexização da relação jurídica processual (intimações mais numerosas, com os inevitáveis riscos em erro em cada uma delas, para cada ato do processo, prazos em dobro, CPC, art. 191; complicação de perícia com duplicação de quesitos e escolha de assistentes técnicos; dever de manifestação relativamente a mais alegações diversificadas etc.); c) a denúncia da lide, nesse caso, intrometeria fundamento novo, não constante da ação originária – e fundamento de grande porte de conhecimento, em regra maior que da ação originária, o que, acertadamente, por chocar-se contra o princípio da economia processual que fundamenta a denúncia da lide, vem sendo recusado acertadamente pelos tribunais”, in “Desconsideração da sociedade e legitimidade *ad causam*: esboço de sistematização”, *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*, p. 1.026.

³⁷⁵. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, n. 3.4.4, pp. 132-135.

fosse injusta, porque nessa situação o sócio teria direito de regresso. Mas nesse caso, em tese, os embargos de terceiro ou do executado seriam julgados procedentes e, por consequência, a denúncia seria julgada improcedente.

56. Assistência

Assistência é “a ajuda que uma pessoa presta a uma das partes principais do processo, com vista a melhorar suas condições para obter a tutela jurisdicional. Na disciplina das intervenções de terceiros, chama-se assistência o ingresso voluntário de um terceiro no processo, com a finalidade de ajudar uma das partes”.³⁷⁶ Trata-se de uma relação de prejudicialidade entre a situação jurídica do terceiro e aquela discutida na demanda pendente. Ao ingressar na demanda o terceiro torna-se parte e terá faculdades, poderes, deveres, ônus, mas como não é titular do litígio pendente, não pode ir contra as estratégias planejadas pela *parte principal*. É por essas razões que se classifica o assistente como *parte auxiliar*. Sua intervenção não altera o objeto do processo, porque o assistente limita-se a aderir a causa pendente, sem demandar. Não alterará o *objeto do processo* mas poderá modificar o *objeto de conhecimento do juiz*, na medida em que novos fatos e argumentos serão expostos e poderão ser levados em consideração no julgamento das questões do litígio. O ingresso do terceiro na demanda criará também uma eficácia da intervenção (*Interventionswirkung*), de modo que não mais poderá discutir os fundamentos da decisão, nos termos do art. 55 do Código de Processo Civil.

São duas as hipóteses de assistência no direito brasileiro. A primeira é a assistência simples e a segunda é a qualificada. A diferença entre elas está entre a maior ou menor intensidade que os efeitos jurídicos da decisão terá sob a esfera do assistente. Consta no art. 54 do Código de Processo Civil que será qualificada a assistência quando a sentença influenciar na relação jurídica entre ele o assistente e o adversário do assistido.³⁷⁷ E pela proximidade dele com o objeto do processo, o assistente litisconsorcial terá uma atuação mais ampla que o assistente simples. Assim é na hipótese de adquirente do bem litigioso quando adverso não concorda com a sua sucessão no processo, também quando há denúncia da lide, situação em que o litisdenunciado é assistente

³⁷⁶. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 597, pp. 394-395.

³⁷⁷. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 597, p. 399.

litisconsorcial do litisdenunciante em relação à demanda do autor. Seja litisconsorcial ou simples, o assistente será sempre assistente e não litisconsorte, porque ele não traz demanda alguma e há coisa nenhuma será ele condenado.

A assistência é cabível em todas as modalidades de processo, inclusive no processo ou fase executiva. O procedimento sumário a autoriza expressamente (CPC, art. 280) e a lei dos juizados especiais a repulsa. Essa espécie de intervenção é cabível em todos os momentos dos procedimentos, ou seja: desde a propositura da demanda³⁷⁸ até o trânsito em julgado (ou satisfação da execução).

Diante desse quadro, é intuitiva uma situação na qual o sócio quererá ingressar na demanda para auxiliar a pessoa jurídica, com o intuito de livrá-la de uma condenação, mormente se houver o receio de que haja uma ulterior desconsideração da personalidade jurídica. Em uma situação como tal, o sócio será assistente *simples* porque ele tem uma relação com a pessoa jurídica e nenhuma com o adversário desta. Assim, seu âmbito de atuação será limitado, mas poderá requerer provas e participar ativamente delas, recorrer (mesmo que dita principal não o faça). Mas não poderá praticar atos contra a vontade expressada pelo assistido, como ocorre na renúncia feita por este a recurso, na dispensa de provas *etc.* De maneira inversa, é perfeitamente eficaz atos praticados contra a vontade do assistente, no caso o sócio (ou sociedade, quando se trata das remotas hipóteses de desconsideração inversa). Há interesse jurídico na intervenção, pois eventual procedência poderá ensejar a desconsideração da personalidade jurídica e abalo da relação sócio-sociedade,³⁷⁹ sem contar a relação de responsabilidade patrimonial entre autor da demanda e assistente. Apesar disso, há quem aceite a correlação entre assistência e desconsideração de uma forma restritiva. É o caso de SIDNEI BENETI. Para ele, a “assistência apenas poderá ser admitida em ações movidas relativamente a relações jurídicas passíveis de desconsideração fundada em responsabilidade objetiva (por exemplo, art. 28 do CDC), em que se patenteia interesse jurídico, exigido para a admissibilidade de ambas as modalidades de assistência. Não poderá a assistência ser admitida em casos de responsabilidade que dependa de perquirições subjetivas, ainda que fundadas no art. 50 do CC, que, como visto acima, ao trazer solução de compromisso, abarca modalidades

³⁷⁸. Leia-se: antes mesmo da citação.

³⁷⁹. No mesmo sentido, ANDRÉ PAGANI DE SOUZA, *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, n. 3.4.1, pp. 127-128.

diferentes de desconsideração, com largo espectro do subjetivo ao objetivo com fundamento na desconsideração”.³⁸⁰ Mas assim não é, porque independente de a responsabilidade ser objetiva ou subjetiva, a relação sócio-sociedade será atingida e também poderá ser criada uma relação autor da demanda-assistente se houver a sua responsabilidade patrimonial.³⁸¹ Havendo interesse jurídico, será cabível o ingresso do sócio (ou sociedade, sempre na desconsideração inversa) na demanda pendente, independente da responsabilidade ser subjetiva ou não. A modalidade da assistência será simples nesse caso porque não há relação entre assistente e adversário do assistido.

Há ainda outro exemplo trazido pela doutrina. Trata-se de demanda movida por credor contra a sociedade e contra o espólio, que também faz parte da sociedade. Nesse caso o herdeiro pode intervir como assistente do espólio e a assistência será litisconsorcial.³⁸² Demonstrada a ocorrência *in casu* do interesse jurídico, é plenamente admissível o ingresso do herdeiro no processo pendente.

É pois o trato da assistência com a desconsideração da personalidade jurídica.

57. Nomeação à autoria

Nomeação à autoria é instituto mediante o qual é feito pedido “pelo réu, de ser excluído da relação processual por ilegitimidade *ad causam*, sendo sucedido por um terceiro. O réu *nomeia*-o à autoria, i.é, indica-o como o verdadeiro responsável, requerendo que venha a ser citado”.³⁸³ Trata-se de um modo de correção da ilegitimidade passiva e portanto não há ampliação do objeto do processo. Sua função é antecipar questões relacionadas à legitimidade passiva mediante um incidente simples no

³⁸⁰. “Desconsideração da sociedade e legitimidade *ad causam*: esboço de sistematização”, *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*, p. 1.023.

³⁸¹. Tal entendimento é endossado por ANDRÉ PAGANI DE SOUZA, *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, n. 3.4.4, pp. 132-135.

³⁸². SIDNEI BENETI, “Desconsideração da sociedade e legitimidade *ad causam*: esboço de sistematização”, *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*, p. 1.023; ANDRÉ PAGANI DE SOUZA, *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, n. 3.4.1, p. 128.

³⁸³. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 599, p. 404.

qual o autor, como DINAMARCO afirma, “tem a oportunidade de retificar a mira da demanda proposta”.³⁸⁴

São duas as hipóteses de cabimento trazidas pelo Código de Processo Civil. A primeira é aquela disciplinada pelo art. 62, na qual aquele que detiver coisa em nome alheio e for demandado em nome próprio, nomeará à autoria o proprietário ou o possuidor. Disciplina portanto a situação do *mero detentor* (CC, art. 1198). A segunda hipótese é trazida pelo art. 63 do Código e ocorre quando o demandado age em *situação de dependência* de quem haja recebido ordens ou instruções para a realização de determinado ato e não pudesse deixar de atender. Ou seja, a nomeação à autoria nessa situação é para aquele que foi causador do dano e não tem responsabilidade civil por ele, sendo portanto parte ilegítima *ad causam*. A nomeação à autoria é um ônus e seu descumprimento gera perdas-e-danos (CPC, art. 69), sendo essa responsabilidade objetiva. Mas a omissão da nomeação não vincula o juiz na análise da ilegitimidade *ad causam*, por se tratar de matéria de ordem pública.

Trata-se de uma modalidade de intervenção que não cabe na execução, porque essas situações são incompatíveis com esse tipo de processo e fase. Também no processo monitório não tem espaço, tendo em vista que eventuais discussões serão feitas no processo dos embargos monitórios. No processo cautelar tem cabimento, pois toda nomeação visa a abortar questionamentos acerca da legitimidade passiva e com isso beneficiar o autor.

A nomeação à autoria só tem cabimento em uma situação quando o assunto é desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se da hipótese na qual dito credor, por ter em tese ter ocorrido alguma situação que autorize a desconsideração da personalidade jurídica, ajuíza demanda diretamente contra os sócios-controladores. A doutrina de SIDNEI BENETI entende que não cabe demanda direta contra os sócios, porque tendo a pessoa jurídica “personalidade jurídica própria, a relação de direito material e a lide principal (o contrato de que se origina a cobrança, por exemplo), a relação de adequação do sujeito passivo da ação (e, conseqüentemente do processo) deverá adequar-se ao sujeito passivo da relação de direito material e da lide, tornando-se

³⁸⁴. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 599, p. 407.

impossível ‘saltar’ uma ação (contra a pessoa jurídica visando à cobrança, contra a qual tem esta direito de ser citada e responder)”.³⁸⁵ E há mais: o instituto da desconsideração da personalidade jurídica está ligado intimamente à *responsabilidade patrimonial* e portanto relações jurídicos-materiais entre autor e sócio atingido pela desconsideração simplesmente são irrelevantes. Diante do descabimento do acionamento direto dos sócios sem a pessoa jurídica estar no pólo passivo do processo, poderão estes nomear à autoria a pessoa jurídica, com fundamento no art. 63 do Código de Processo Civil. Mas não cabe a nomeação na situação contrária: quando a pessoa jurídica pretende nomear os sócios à autoria, simplesmente porque é inviável excluir do pólo passivo o titular passivo da relação jurídico-material em juízo.³⁸⁶

É pois o trato da desconsideração da personalidade jurídica com a nomeação à autoria.

58. Oposição

Oposição é “a demanda mediante a qual terceiro deduz em juízo pretensão incompatível com os interesses conflitantes do autor e do réu em processo cognitivo”.³⁸⁷ A principal função desse instituto é o pedido de um terceiro em relação ao mesmo bem (direito ou coisa) que as partes originalmente disputam.³⁸⁸ Em tese e de

³⁸⁵. “Desconsideração da sociedade e legitimidade ad causam: esboço de sistematização”, *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*, p. 1.021. Há também manifestações jurisprudenciais nesse sentido: STJ, 3ª T., REsp n. 282.266-SP, rel. Min. ARI PARGENDLER, v.u., j. 18.4.02.

³⁸⁶. Assim entende SIDNEI BENETI, in “Desconsideração da sociedade e legitimidade *ad causam*: esboço de sistematização”, *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*, p. 1.021.

³⁸⁷. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 596, p. 390. Em outras legislações a oposição recebe o nome de intervenção principal (*Hauptintervention, intervenio principale*), em contraste com a assistência, que recebe o nome de intervenção adesiva (*Nebenintervention, intervenio adesivo*).

³⁸⁸. Há diversas maneiras de encarar o instituto *bem*. Por ele, pode-se entender a projeção exterior do gozo ilimitado de uma coisa, o que faz nascer um direito de extrema relevância para o atual sistema social de produção: o *direito de propriedade*, constitucionalmente assegurado. Mas tal instituto pode ser entendido também como um gozo exterior limitado de uma coisa (p.ex., usufruto). Ainda o *bem* pode ser entendido como um interesse próprio de atividade alheia para se obter algo (como é o caso das obrigações de conduta, quando alguém deseja de outro algo, ou seja, um bem, uma conduta a ser realizada no mundo). E por fim, *bem* pode ser posto como uma modificação da situação jurídica, quando se tem “interesse de interromper uma relação jurídica ou de constituir uma nova”, p.ex., anulação de um ato ou negócio jurídico. (CHIOVENDA, in *Istituzioni di diritto processuale civile*, p. 10-11).

acordo com o art. 472 do Código de Processo Civil, esse terceiro não ficaria impedido de buscar tal bem depois, mas com a oposição acelera-se a tutela jurisdicional esperada e não há o incomodo de um precedente. Eis a sua função sistemática: a incompatibilidade entre a pretensão do terceiro e a das partes originárias.

Esses breves conceitos já são suficientes para demonstrar que a oposição não é cabível quando o fundamento é desconsideração da personalidade jurídica. Isso porque “a responsabilidade da pessoa física é secundária em relação à da pessoa jurídica, de maneira que as relações jurídicas que porventura possa haver entre a pessoa física participante da pessoa jurídica e a do autor relativamente a esta passam-se em planos diversos: a de ação contra a pessoa jurídica em termos de principalidade, e a da pessoa física eventualmente responsabilizável por desconsideração em termos de secundariedade – donde não se encontrarem em um ponto controvertível, seguindo, ambas, permita-se a imagem, como as linhas paralelas, que só se encontrarão, quicá, no infinito”.³⁸⁹

Por essas razões é incabível a oposição quando o assunto é desconsideração da personalidade jurídica.

59. Recurso de terceiro prejudicado

Uma modalidade de intervenção de terceiros em uma demanda já pendente é o *recurso de terceiro prejudicado*. O primordial para que o terceiro apresente recurso é a legitimação e o interesse para recorrer. A sua legitimação deriva do art. 499 do Código de Processo Civil, que o autoriza expressamente a interpor recurso. Mas, para que ele possa interpô-lo, faz-se necessário um requisito a mais, trazido pelo § 1º do art. 499: que ele demonstre “o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial”.³⁹⁰ Este nexo de

³⁸⁹. SIDNEI BENETI, “Desconsideração da sociedade e legitimidade *ad causam*: esboço de sistematização”, *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*, p. 1.024. Também pensa assim ANDRÉ PAGANI DE SOUZA, *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, n. 3.4.4, p. 129.

³⁹⁰. VICENTE GRECO FILHO aduz que há duas correntes doutrinárias acerca da legitimação para que um terceiro possa interpor recurso. A primeira entende que somente pode apresentar recurso quem poderia ser assistente; a segunda, por sua vez, amplia tal legitimação para todos que sofram os efeitos

interdependência nada mais que a demonstração do vínculo jurídico entre o terceiro e uma das partes (ou até ambas) e dos efeitos da sentença que ele sofrerá.³⁹¹

O recurso tem de ser interposto no prazo recursal, sendo inadmissível que o apresente de maneira extemporânea³⁹² sob a alegação que somente teve ciência da demanda em data ulterior a do término do prazo para apresentação do recurso. Ao terceiro tem de ser dada a mesma oportunidade para a parte apresentar recurso, *nada mais, nada menos*.³⁹³

Além do mais, o objeto do recurso do terceiro prejudicado deve ficar restrito ao capítulo da sentença que lhe interessa. O sócio que sofreu a desconsideração da personalidade jurídica só poderá recorrer no que tange à ocorrência ou não da desconsideração e não poderá atacar eventuais outros capítulos do *decisum* que não lhe digam respeito. Pois lhe falta interesse jurídico para impugnar outros temas tratados na demanda que não interessam juridicamente a esse sócio.

O recurso do terceiro deve conter todos os seus requisitos de admissibilidade. Esses requisitos têm especial importância quando se tratar de recursos nos tribunais superiores, especialmente os recursos extraordinário e especial. É mais que sabido que estes recursos pressupõem certos requisitos específicos como os do art. 102, inc. III, *a a c*, e art. 105, inc. III, *a a c*, ambos da Constituição Federal. Entre esses está o requisito de prequestionamento, que nada mais é que o dever de a matéria ter sido expressamente tratada pela instância inferior (o que não significa conter o texto literal da lei), mas que a questão federal ou constitucional tenha sido objeto de apreciação pelo

reflexos jurídicos da sentença. O próprio autor afirma que hoje a maioria segue a segunda corrente (in *Intervenção de Terceiros*, pp. 58 e ss.).

³⁹¹. Nas palavras de PONTES DE MIRANDA, “é o interesse que resulta, para ele, da sentença (ou acórdão), ou da decisão interlocutória que resolveu sobre a relação jurídica deduzida no processo, ou algo que concerne ao processo da ação em se submeter a apreciação judicial a relação jurídica”, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, VII, p. 68.

³⁹². STJ, 3ª T., Resp. n. 247353/MG, rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, j. 19.10.04, v.u., DJU 7.3.05, entre outros.

³⁹³. A lição de BARBOSA MOREIRA: “entre nós, as vias recursais que se abrem ao terceiro prejudicado são sempre e apenas as mesmas concedidas às partes; os pressupostos de cabimento de apelação, do agravo, dos embargos, do recurso extraordinário (ou especial), não são, para o terceiro prejudicado, *diferentes* dos pressupostos de cabimento de apelação, do agravo, dos embargos, do recurso extraordinário (ou especial) *da parte*. Não há recurso de que só o terceiro disponha, nem recurso de que disponham as partes e se negue em tese ao terceiro”, *Comentários ao código de processo civil*, V, nn. 161 ss, pp. 290 ss.

tribunal *a quo*. Tal matéria foi amplamente tratada pelo Supremo Tribunal Federal³⁹⁴ e do Superior Tribunal de Justiça³⁹⁵, sendo objeto de súmulas por estas duas cortes superiores. Assim é que o prequestionamento exige a provocação da parte ou que a matéria haja sido espontaneamente tratada pelo tribunal inferior, com a vinculação entre a matéria constitucional ou federal tratada e o objeto do processo. Apenas se admite a oposição de embargos de declaração com o caráter questionador se a matéria tiver sido anteriormente solicitada para apreciação do tribunal. Não pode a parte, após acórdão do recurso, querer ver questionada uma matéria no momento da oposição dos embargos declaratórios. Estes só têm o fim prequestionador se a parte tiver anteriormente suscitada a apreciação da matéria. Ocorre que, pode acontecer de o terceiro desejar apresentar recurso especial ou extraordinário, mas a matéria não ter sido questionada pela parte. Nesse caso, há um duplo entendimento, tanto do Superior Tribunal de Justiça³⁹⁶ quanto do Supremo Tribunal Federal³⁹⁷ quanto à necessidade de prequestionamento por parte do terceiro. Inclusive alguns autores divergem sobre o tema.³⁹⁸

Não pode o terceiro prejudicado (intervindo somente agora) querer interpor recurso especial ou extraordinário de um ponto da matéria que não tenha sido prequestionada. O sentido do art. 499 é de dar ao terceiro as mesmas condições que a parte tenha, *nada mais, nada menos*, ou seja, ambos devem ter a possibilidade de enfrentar a decisão que lhes causará prejuízos. Mas, nem por isso, não pode o terceiro ultrapassar os poderes da parte, mesmo porque ele “recebe o processo no estado em que se encontra”

³⁹⁴. Súmula 282: “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. Ainda, a *súmula* 356: “o ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

³⁹⁵. Súmula 98: “embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”. *Súmula* 211: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

³⁹⁶. Obrigatoriedade do prequestionamento: RESP n. 248089-PR, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª T., j. em 6.6.00, v.m., in DJU de 28.5.01, p. 196. No sentido oposto: RESP n. 316441-RJ, Rel. Min. ANTONIO DE PÁDUA RIBEIRO, j. em 25.5.04, v.u., in DJU de 21.6.04, p. 214.

³⁹⁷. Obrigatoriedade do prequestionamento: RE 98817-RJ, Rel. Min. MOREIRA ALVES, 2ª T., j. em 16.12.82, in DJU de 25.3.83, p. 3467. No sentido oposto: RE n. 104121-8-PA, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, in RT 620/216.

³⁹⁸. Obrigatoriedade do prequestionamento: JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, in *O Prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*, RT, São Paulo, 2ª ed., 1999, p. 256 e ss. No sentido contrário: MANTOVANNI COLARES CAVALCANTI, *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo Civil e Assuntos Afins*, pp. 641 e ss.

(CPC, art. 50, pr. único). Como ensina PONTES DE MIRANDA³⁹⁹, há três formas de sistemas de recursos interpostos por terceiros: pelo (I) *princípio da especificidade do recurso de terceiro*, inserido no direito francês, (II) *princípio do recurso específico e excepcionalmente do recurso das partes*, inserido no direito português, e (III) o *princípio da igualdade de tratamento*, acolhido pelo direito brasileiro, no qual as partes e o terceiro prejudicado têm as mesmas possibilidades recursais. É obrigatório o prévio prequestionamento da matéria. Logo, é imprescindível que a matéria objeto do recurso tenha sido pré-questionada pela parte ou que o terceiro ainda ingresse na relação processual no momento oportuno para oposição de embargos de declaração com intenção de presquestionar, desde que a parte tenha requerido previamente em seu recurso (p.ex., na apelação) a apreciação da matéria.⁴⁰⁰

Eis o trato do instituto do recurso de terceiro prejudicado com a desconsideração da personalidade jurídica.

60. O ônus da prova é de quem busca a desconsideração

Tema dos mais importantes para a desconsideração da personalidade jurídica é acerta do *onus probandi* dos fatos que a constituem.

A regra de distribuição do ônus de prova disciplinada no Código de Processo Civil deixa claro que se trata de uma *regra de interesse*.⁴⁰¹ Cabe então

³⁹⁹. *Comentários ao Código de Processo Civil*, VII, p. 68.

⁴⁰⁰. Em se tratando de matéria de ordem pública, a qual pode (pode no sentido de poder-dever) ser tratada *em qualquer tempo e grau de jurisdição*, inclusive *ex officio* (CPC, art. 267, § 3º) e sobre a qual não tem preclusão, nesses casos há dúvidas sobre a necessidade de a matéria estar prequestionada (Alguns doutrinadores, com razão, dizem em liberalização deste rigoroso requisito, entre eles, *cfr.* RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Recurso especial e extraordinário*, po. 227 e ss; e FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS e EDUARDO RIBEIRO DE OLIVEIRA, *Recursos no superior tribunal de justiça*, pp. 105 ss). RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO entende que se tal matéria foi argüida pela parte apenas no momento da interposição de recurso especial ou extraordinário (sem ter havido o prequestionamento sobre ela), mesmo assim deve ela ser apreciada, pois “o quesito do prequestionamento pode ter-se por *inexigível*, até em homenagem à lógica do processo e à ordem jurídica justa. Nestes casos, pode a parte fazer essa alegação a qualquer tempo, pois, frise-se, trata-se de matéria de ordem pública. Com o terceiro prejudicado não é diferente.

⁴⁰¹. O art. 2.697 do *Codice Civile* italiano traz a mesma regra, ao dispor que “chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento”. Para a doutrina italiana sobre o tema, *cfr.* COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, n. 10, pp. 625 ss.

ao autor a prova relativa aos fatos constitutivos de seu direito⁴⁰² e ao réu os fatos que, de algum modo, interfiram no direito alegado pelo demandante. Em suma, o ônus da prova é de quem tem se beneficia do reconhecimento do fato a ser provado,⁴⁰³ salvo exceções expressas em lei. Essas exceções, que conduzem a uma inversão do ônus da prova, podem se dar sob duas formas. A primeira é a *inversão convencional*, na qual as partes estipulam o ônus da prova a algum contratante (CPC, art. 333, pr.; CC, art. 104, inc. III). Para que isso ocorra, como afirma DINAMARCO, é necessário que a natureza do litígio envolva direito disponível e que o efeito da inversão não conduza a uma extrema dificuldade para a produção da prova⁴⁰⁴ (*probatio diabolica*). A segunda é a *inversão judicial*, na qual há alteração da regra geral de disposição do ônus da prova no momento do julgamento, como se dá no Código de Defesa do Consumidor, ao tratar da *hipossuficiência jurídica* (art. 6º, inc. VIII). Também há *limitações* a essa regra, sempre que essa transferência gerar uma dificuldade extrema.

A desconsideração da personalidade jurídica gera um fato constitutivo do direito do credor, na medida em que gera a ele um direito de ver o patrimônio do sócio, como responsável, pela dívida inadimplida pela sociedade. Por isso o *onus probandi* é desse credor e não da pessoa jurídica ou do sócio. Esse raciocínio está em perfeita consonância com a regra de interesse trazida pelo art. 333 do Código de Processo Civil e não gera ilegítimas inversões do ônus da prova. DINAMARCO chega a essa mesma conclusão, mas sempre trazendo a fraude no centro de sua justificativa.⁴⁰⁵ Assim é porque a fraude é um dos elementos que conduzem à desconsideração e esse elemento

⁴⁰². Fato esse que está ligado ao princípio dispositivo, cfr. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, § 55, p. 796.

⁴⁰³. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, III, n. 794, pp. 71-72.

⁴⁰⁴. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, III, n. 798, p. 77.

⁴⁰⁵. “É imperioso o entendimento de que, diante da questão referente à desconsideração da personalidade jurídica, a eventual fraude cometida pelo devedor (ou por sócios da sociedade devedora) é fato constitutivo: fato constitutivo do direito do credor a satisfazer-se, excepcionalmente, à custa do patrimônio do sócio. Reside nos eventuais atos fraudulentos a causa que conduz a essa solução excepcional. Sem fraude nada se desconsidera; sem prova a fraude não pode ser reconhecida. Com isso, e lembrada a fundamental razão ética e sistemática da outorga do *onus probandi* dos fatos constitutivos ao demandante, chega-se sem dificuldade à conclusão de que o interessado na desconsideração da personalidade jurídica tem o ônus de provar a fraude, não o contrário. Essa clara conclusão apóia-se na lembrança daquele fundamental eixo de referência assumido pelo legislador para a distribuição do ônus da prova, o qual é sempre o interesse no reconhecimento do fato (Chiovenda). Se a fraude é alegada pelo credor e seu reconhecimento beneficiará a ele, é a ele que cabe o ônus de demonstrar a efetiva ocorrência do alegado fato fraudulento. O contrário violaria frontalmente a regra de distribuição do ônus da prova, contida no art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil”, in *Fundamentos do processo civil moderno*, II, n. 663, p. 1187.

sempre deve ser provado, jamais presumido. Pois se um fato não é provado é considerado como inexistente.⁴⁰⁶ Mas nem sempre a desconsideração é fundada na fraude, porque há outros fatores que a autorizam (*supra*, nn. 13 ss). Mesmo em situações diversas, o *onus probandi* é sempre do credor, porque a desconsideração é um *fato constitutivo* e, como tal, o interesse na desconsideração é do demandante. Sempre porque a desconsideração é fator *excepcional* no sistema jurídico brasileiro.

No microsistema do Código de Defesa do Consumidor, a desconsideração é possível 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” (art. 28). Pela leitura fria desse dispositivo com o art. 6º, inc. VIII, haveria uma inversão do ônus da prova: o sócio ou a sociedade teria que provar que não cometeu nenhum ato que autorizasse a desconsideração. Exceto em situações extremas (CPC, art. 335), esse dispositivo deve ser relativizado. Porque a desconsideração configura um direito de crédito e, como tal, tem de ser provado também pelo consumidor. Assim como ele tem de provar o seu direito de crédito contra a pessoa jurídica (devedora) ao propor sua demanda. Essa regra de inversão não é absoluta e, para que ela aconteça, é necessário que haja *verossimilhança* das alegações e⁴⁰⁷ que o consumidor seja hipossuficiente em termos jurídicos. Como verossimilhança, têm de ser muito fortes os elementos que supostamente conduziriam à desconsideração (CDC, art. 28) e há de haver *indícios* de sua ocorrência *in casu*. Por hipossuficiência, não se deve entender como mera ausência de recursos financeiros, mas sim jurídica. Ou seja, dificuldade técnica do consumidor em produzir a prova.⁴⁰⁸ E claro que, mesmo presentes esses dois elementos, a inversão do ônus é *faculdade do juiz* e não necessariamente ocorrerá. A própria leitura da letra da lei, ao dispor que a inversão será uma faculdade do julgador, deixa claro que a sua prudência em não cometer excessos também é lei e não se pode buscar uma ilegítima satisfação do alegado direito do consumidor a qualquer custo. Mesmo porque,

⁴⁰⁶. CARNELUTTI, *La prova civile*, p. 23.

⁴⁰⁷. Apesar de a lei utilizar a conjunção adversativa “ou”, o correto é utilizar a conjunção aditiva “e”. Isso é muito bem defendido por DINAMARCO, in *Instituições de direito processual civil*, III, n. 799, nota n. 7, p. 79.

⁴⁰⁸. JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO, *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, pp. 156 ss.

há princípios e regras maiores, que tratam (a) da presunção de boa-fé, inerente a todas as relações jurídicas e que confere (b) segurança a elas.

Talvez em situações assim, em que se entenda que basta a verossimilhança *ou* a hipossuficiência, seja conveniente o emprego da moderna teoria das *cargas probatórias dinâmicas*, desenvolvida pelo jurista argentino JORGE PEYRANO. Tal tese visa a romper com a natureza estática da distribuição do ônus da prova, que a distribui segundo a posição da pessoa no processo e de acordo com a natureza do fato, como dispõe o art. 333 do Código de Processo Civil brasileiro. Essa teoria sustenta então que “en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentra en mejores condiciones para producirla”.⁴⁰⁹ Segundo os defensores dessa teoria, as premissas dessa teoria estão cada vez mais numerosos e se estenderam a situações fáticas diversas: “extremos de muy difícil comprobación, situaciones extremas de difícil comprobación, situaciones extremas de muy difícil comprobación para el damnificado, mejor aptitud o comodidad para prestar ayuda al esclarecimiento de la verdad, a quien tines el controle de las cosas objeto de contrato, por la naturaleza de la relación que dio origen a la obligación, em el hecho del príncipe, responsabilidad fundada en la culpa, cuando se trata de acreditar lo facturado, para definir la viabilidad de las pretensiones ejercitadas”, como afirma INÉS WHITE.⁴¹⁰ Apesar dessa tese ser ainda muito vaga e deixar a cargo do juiz a distribuição do ônus da prova, e até mesmo confrontar com normas do Código brasileiro, talvez possa ser utilizada para distribuir de forma justa o *onus probandi*. Claro que ela pode abrir campo para arbitrariedades, mas pode um dia ser utilizada, a depender da situação.⁴¹¹ Talvez em alguma hipótese na qual seja *impossível* ao credor provar algum fato que autorize a desconsideração, mas em que existam *fortes indícios* de sua ocorrência naquele caso. Essa dinâmica da distribuição do ônus da prova, como dizem JORGE PEYRANO e JÚLIO CHIAPPINI, foi criada porque “em el litigio se da una permanente mutación de roles y situaciones que en un momento dado pueden proporcionar la alegría del éxito, y al instante

⁴⁰⁹. INÉS LÉPORI WHITE, “Cargas probatorias dinámicas”, *Cargas probatorias dinámicas*, p. 60.

⁴¹⁰. “Cargas probatorias dinámicas”, *Cargas probatorias dinámicas*, p. 69.

⁴¹¹. Sem falar expressamente em distribuição dinâmica do ônus da prova, LUIZ GUILHERME MARINONI e MARCOS AURÉLIO DE LIMA JÚNIOR entendem que deve ser relativizado o *onus probandi* em determinados casos de desconsideração, in “Fraude-configuração-prova-desconsideração da personalidade jurídica”, *Revista dos tribunais*, n. 783, pp. 159 ss.

la tristeza del fracaso; ambos, en el fondo, impostores, según pensaba Kipling, proceso que, en suma, y sea cual sea su outro destino, siempre debe ser – y estar apto para ‘pensar’. Para pensar dónde está la razón, y dónde, en cambio, la sinrazón”.⁴¹²

Mas essa teoria não pode levar a descrença que o *onus probandi* é daquele que tem interesse na desconsideração e isso é acompanhado pela jurisprudência.⁴¹³

Por fim, há equivocado posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quando se trata de execução de dívidas fiscais e o sócio é inserido já no início como devedor da certidão de dívida ativa.⁴¹⁴ A justificativa dada é o de que o direito consubstanciado nessa certidão é dotado de presunção *juris tantum* de liquidez e certeza. Em situações assim, em que o sócio e a pessoa jurídica são inseridos como devedores da certidão de dívida ativa, haveria inversão do *onus probandi* e o sócio deveria provar que não se insere na *fattispecie* do inc. III do art. 135 do Código Tributário Nacional, segundo o qual os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado “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”. Esse dispositivo não trata de desconsideração propriamente dita, mas é equivocada a inversão, porque o sócio é inserido na qualidade de responsável tributário e só se cometeu algum ato em excesso de poder ou infração de lei ou contrato. Ora, inverter o ônus da prova em situação como essa implica dizer que se presume a prática de algum ato doloso ou culposo. Presume-se com isso a má-fé, o que é impossível,

⁴¹². “Lineamentos de las cargas probatorias ‘dinámicas’”, *Cargas probatorias dinámicas*, p. 18.

⁴¹³. Há também manifestação do Superior Tribunal de Justiça em que também se pode concluir essa afirmação: 3ª T., Resp 325977/MG, rel. Min. MENEZES DIREITO, j. 13.12.01, v.u., DJ 25.3.02; 3ª T., Resp 211619/SP, rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, j. 16.2.01, v.u., DJ 23.4.01; 4ª T., Resp 256292/MG, rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, j. 15.8.00, v.u., DJ 25.9.00. Entretanto, há errônea afirmação no sentido de que a desconsideração não depende de prova da culpa do agente, inclusive para situações não acobertadas pelo microsistema do Código de Defesa do Consumidor: 3ª T., Resp 1036398/RS, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 16.12.08, v.u., DJ 3.2.09.

⁴¹⁴. STJ, 2ª T., Resp 839877/RJ, rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 15.8.06, v.u., DJ 25.8.06; 2ª T., AgRg no Resp 978809/RS, rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 6.11.07, v.u., DJ 21.11.07; 1ª S., EResp 702232/RS, rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 14.9.05, v.u., DJ 26.9.05; 1ª T., Resp 493940/PR, rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, j. 2.6.05, v.u., DJ 20.06.05; 2ª T., Resp 729996/PR, rel. Ministra ELIANA CALMON, j. 5.5.05, v.u., DJ 6.6.05. Para constar, posicionamento do Superior Tribunal de Justiça de que a Fazenda tem de provar algum elemento do art. 135 do Código Tributário Nacional quando a execução é “redirecionada” ulteriormente: 2ª T., Resp 724077/SP, rel. Min. PEÇANHA MARTINS, j. 20.10.05, v.u., DJ 21.11.05; 2ª T., AgRg no Ag 662610/RS, rel. Min. JOÃO OTÁVIO NORONHA, j. 21.6.05, v.u., DJ 22.8.05; 1ª T., Resp 732143/SC, rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, j. 6.9.05, v.u., DJ 19.9.05; 1ª T., AgRg no Resp 739717/MG, rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, j. 2.8.05, v.u., DJ 3.10.05.

como visto acima. A presunção da certidão de dívida ativa restringe-se à dívida nela declarada e quem são seus devedores. Ela não é título executivo judicial, mas extrajudicial e portanto essa presunção não pode extrapolar para criar situações absurdas e gerar presunção de má-fé.⁴¹⁵

⁴¹⁵. Concorda com o perigo desse precedente MANTONVANNI COLARES CAVALCANTE, in “O chamado ‘redirecionamento’ da execução fiscal ao sócio da pessoa jurídica executada”, *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*, p. 356.

§ 7º. Desconsideração e os atos judiciais

61. Natureza do ato que desconsidera a personalidade jurídica (motivação *suficiente* imprescindível)

Sabidamente a natureza dos atos processuais do juiz é dividida em três pelo Código de Processo Civil. Apesar de a nova redação do art. 162, § 1º não trazer um conceito do que seja *sentença* e excluir o critério *topológico*⁴¹⁶ de que sentença era o ato que potencialmente põe fim ao processo, pode-se defini-la como o ato com o “qual o juiz define a causa com ou sem julgamento de mérito”.⁴¹⁷ Definir a causa é emitir a solução final para o conflito colocado perante o juiz, com a emissão de um provimento de mérito (CPC, art. 269) ou declarando-o inadmissível (CPC, art. 267). Essa alteração feita pela *lei do cumprimento de sentença* desfez a unidade do conceito de sentença, na medida em que não tem aplicação no processo executivo, pois o art. 795 do Código afirma que a extinção da execução se dará sempre por sentença e esse ato dá termo ao processo. Já o § 2º do art. 162 define *decisão interlocutória* como o ato com que o juiz, sem definir a causa, emite os providimentos no curso do processo.⁴¹⁸ Por fim e de maneira residual, são *despachos* todos os demais atos do juiz (CPC, art. 162, § 3º), atos de vontade do Estado, mas desprovidos de qualquer conteúdo decisório. A diferença entre esta espécie de provimento e a decisão interlocutória é justamente o *seu conteúdo decisório*, sendo que ambas têm em comum a característica de não definirem a causa. Já a distinção entre

⁴¹⁶. Linguagem de BARBOSA MOREIRA, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, V, n. 139, p. 241. CLARISSE FRECHIANI LARA LEITE, entende que o critério topológico ainda perdura no direito brasileiro, *cfr* “O novo conceito de sentença”, *A nova execução civil – lei 11.232/05*, n. 10, pp. 91-92.

⁴¹⁷. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 651-A, p. 508. Para evolução do conceito de sentença no direito brasileiro, vide n. 651, pp. 504-507.

⁴¹⁸. Como diz a doutrina, “é defeituosa a conceituação de *decisão interlocutória*, contida no § 2º do art. 162 do Código de Processo Civil. Ele qualifica como tais os atos com os quais o juiz decide alguma *questão incidente* ao processo. De um lado, nem todo pronunciamento sobre questões incidentes é interlocutório, havendo os que põem fim ao processo: o juiz pronuncia *sentença* quando, decidindo o pedido de extinção do processo, formulado pelo réu incidentemente a este, acolhe-o e determina a extinção processual (art. 162, § 1º). Por outro lado, é *interlocutória* a decisão judicial sobre um pedido de tutela antecipada, que o autor haja formulado já na petição inicial: tal pedido não é interlocutório, mas a decisão a seu respeito o é (art. 273, *caput* e §§). Além do mais, toda decisão judicial somente é relevante na parte em que acolhe ou rejeita uma pretensão, pedido ou requerimento: ali é que se situa o preceito imperativo a ser observado e não na parte em que simplesmente resolve *questões* (motivação)”, in DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 652, pp. 509-510.

decisão interlocutória e sentença passa a ser o conteúdo e o seu efeito (mais uma vez a exclusão do critério topológico), de modo que a sentença define a causa, enquanto a decisão não tem essa capacidade, apesar de ambas terem cunho decisório.

A classificação dos *atos de inteligência do juiz*⁴¹⁹ é importante para se averiguar a natureza dos provimentos que desconsideram a personalidade jurídica. Se a desconsideração é autorizada pelo juiz mediante um processo cognitivo cujo objeto seja justamente a apuração de algum ato que autorize a aplicação dessa teoria, ao decidi-la o Estado está definindo a causa e portanto o ato é *sentença*. É também sentença quando o juiz decide sobre a desconsideração em sede de embargos de terceiro, embargos à execução ou impugnação. Mas quando a desconsideração é analisada incidentalmente a algum processo ou fase, trata-se de *decisão interlocutória*, pois o juiz não está definindo causa alguma, já que não há pronunciamento definitivo sobre o conflito posto. Está somente resolvendo uma questão incidente no curso de alguma causa (essa é a origem do adjetivo interlocutório – *inter locutus*, ou seja, pronunciado no meio). Mas jamais o pronunciamento acerca da desconsideração será despacho, pois a análise dessa teoria exige um conteúdo decisório, o que é incompatível com o conceito desse tipo de ato judicial, que serve somente para dar *direção e impulso* ao processo.

Seja qual for a natureza desse ato que desconsidera a personalidade jurídica, todas as sentenças e decisões necessariamente têm de ser *suficientemente* fundamentadas.⁴²⁰ Isso significa que não basta simplesmente dizer que no caso concreto estão presentes os requisitos que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica, já que são “pouco pertinentes eventuais critérios formulados de modo genérico e abstrato”,⁴²¹ como diz MICHELE TARUFFO. É necessário demonstrar *in casu* que eles ocorreram e que o sócio-controlador precisa ser responsável com seus bens. Pois como diz LIEBMAN, “non sarà necessario che la motivazione si soffermi su tutti i punti discussi dalle parti, ma dovrà dare sufficiente e convincente ragione della

⁴¹⁹. Sim, porque “resultam da aplicação de seus dotes de espírito e da sua cultura no exame dos fatos, provas, leis e sua interpretação”, in DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, II, n. 654, pp. 511-512.

⁴²⁰. Sobre os remédios processuais adequados contra a ausência de motivação, cfr. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *A motivação da sentença no processo civil*, n. 14, pp. 143 ss.

⁴²¹. *La motivazione della sentenza civile*, n. 5, p. 450.

conclusionione a cui il giudice è pervenuto nella decisione della causa”.⁴²² Essa é então a fórmula trazida por DINAMARCO: “dispensam-se minúcias mas exige-se que o essencial seja objeto da motivação”. O *essencial* em casos como o da desconsideração é demonstrar naquele caso específico os requisitos que autorizam, bem como a insolvência da pessoa jurídica (ou do sócio, nas restritas hipóteses de desconsideração inversa). Trata-se pois de respeito ao devido processo legal (CF, art. 5º, incs. LIV e LV) e ao dever de motivação suficiente (CF, art. 93, inc. IX).

Para o conteúdo da decisão, vide *infra*, n. 64.

62. Recursos cabíveis e momentos adequados

A classificação tríplice dos atos tem como consequência prática importantíssima a análise do recurso admissível contra o provimento que acate ou negue a desconsideração. A regra geral é a de que contra a sentença caberá apelação (CPC, arts. 513 e 520) e contra decisão interlocutória, agravo (CPC, art. 522).

Se houver a propositura de uma demanda cognitiva com o fim específico de apurar a ocorrência ou não de alguma situação que autorize a desconsideração, o ato que julgar essa causa é sentença e comportará apelação. Mas se a desconsideração for resolvida incidentalmente no curso do processo, seja na sua fase cognitiva ou executiva, o recurso admissível contra o ato que decidir será agravo.

Apesar dessa ser a regra geral, o art. 475-M, § 3º do Código dispõe que a sentença que julga a impugnação ao cumprimento de sentença ou embargos à execução (CPC, art. 740, *caput*) comportará apelação ou agravo,⁴²³ a depender da situação, apesar de ser sempre sentença.⁴²⁴ Essa alteração pragmática promovida pela lei leva às seguintes hipóteses: se a oposição realizada por algum sócio que sofreu a desconsideração

⁴²². *Manuale di diritto processuale civile*, II, n. 270, p. 221.

⁴²³. CÁSSIO SCARPINELLA BUENO corretamente entende que o acolhimento em parte da impugnação faz com que o recurso a ser manejado seja o agravo de instrumento, em razão do prosseguimento parcial da execução, *Curso sistematizado de direito processual civil*, III, p. 498

⁴²⁴. Assim pensa DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.747-A, pp. 753-754. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO entende que é sentença quando se trata de extinção: “em tais casos, o provimento judicial não será ‘interlocutório’ mas ‘final’, e passa a comportar, naturalmente apelação”, *Cumprimento da sentença civil*, n. 29, p. 81.

mediante impugnação ou embargos for rejeitada, a execução prosseguirá e portanto o recurso admissível será o agravo. Se essa oposição for acolhida e a execução extinta, o recurso será apelação.

Questão interessante a ser discutida é a possibilidade ou não de interposição de agravo, contra o ato que chama o sócio ao processo, seja por meio de citação ou mera intimação. Em outras palavras, se o ato que chama o sócio ao processo tem cunho decisório ou não. A resposta para essa questão dependerá do conteúdo material do ato. Se o sócio for chamado apenas para realizar o contraditório no tocante à apuração de sua responsabilidade ou não, sem qualquer juízo de valor feito sobre a desconsideração e tampouco sem qualquer constrição patrimonial, o ato não passará de mero *despacho* (CPC, art. 162, § 3º). Mas se no ato em que o juiz chamar o sócio, ele se fundamentar com base na ocorrência *in casu* dos requisitos para a desconsideração, mesmo que sem haver constrição, esse ato deixará de ser mero despacho e terá *conteúdo material* de autêntica *decisão* e com isso será plenamente admissível a interposição de agravo. Se não fizer, a decisão que estará preclusa.⁴²⁵ Esse critério do conteúdo material também é o adotado pelo Superior Tribunal de Justiça para admitir a recorribilidade do ato.⁴²⁶

Nas hipóteses elencadas acima, em que é admissível o agravo, dificilmente ocorrerão situações nas quais a forma do recurso adequada será retido. Como a decisão que decidir sobre a desconsideração na grande maioria das vezes é dada já na execução, há dois motivos para o agravo se dar sob a forma de instrumento: a) a impossibilidade fática de ser retido, de modo que, sem contar o caso de extinção da execução, não haverá uma sentença ulterior contra a qual possa ser interposto recurso de apelação, e o agravo retido não poderá ser ulteriormente reiterado e apreciado⁴²⁷; também porque (b) em tese a decisão que desconsidera a personalidade jurídica gera um imediato perigo de “lesão grave e de difícil reparação” (CPC, art. 527, inc. II) e isso justifica a forma por instrumento do agravo, sem prejuízo da análise da presença,

⁴²⁵. Para maiores considerações sobre o rico tema da preclusão, *cfr.* MAURICIO GIANNICO, *A preclusão no direito processual civil brasileiro*.

⁴²⁶. STJ, 3ª T., REsp 92602-DF, rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 27.5.08, v.m., DJ 23.6.08; 3ª T., 693.074-RJ, rel. Min. CASTRO FILHO, j. 28.6.06, v.m., DJ 18.9.06; 4ª T., REsp 141592-GO, rel. Min. ASFOR ROCHA, j. 4.10.01, v.u., DJ 4.2.02.

⁴²⁷. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, “Do recurso de agravo ante a lei n. 11.187/2005”, *Revista jurídica* n. 339, p. 20.

em cada caso concreto, dos pressupostos que autorizam a antecipação dos efeitos da tutela recursal ou mesmo a concessão de efeito suspensivo ao recurso.

Percebe-se também que o momento adequado para recorrer sobre o ato que desconsidera a personalidade jurídica é aquele em que houve o pronunciamento judicial a respeito, independente do momento processual em que tenha ocorrido: seja no início de uma fase processual, no meio dela, ou mesmo no fim.

63. Quem é legitimado em recorrer

Uma questão importante a ser discutida é quem pode interpor o recurso voltado contra a decisão que decide sobre a desconsideração: se aquele que é atingido pela desconsideração da personalidade jurídica ou quem teve a sua personalidade jurídica desconsiderada. É vitoriosa a posição jurisprudencial de que sociedade que a sofre a desconsideração não teria legitimidade para recorrer. O fundamento utilizado é no sentido de que o sócio é quem tem o seu patrimônio atingido e portanto seria dele a legitimidade.⁴²⁸ Apesar dessa condição da ação ser ligada ao interesse de agir, como bem afirma DINAMARCO,⁴²⁹ talvez seja mais apropriado falar em interesse para recorrer do que em legitimidade. Se a pessoa jurídica será beneficiada porque outros bens que não os dela serão responsáveis pelo pagamento, falta a ela interesse para recorrer, porque eventual provimento do recurso em nada lhe beneficiará (ausência de interesse-utilidade).

Seja como for, quem terá legitimidade em recorrer será aquele que é atingido pela desconsideração da personalidade jurídica.⁴³⁰ Se já for parte no processo apresentará o recurso admissível para a situação concreta; não sendo, interporá o recurso adequado na qualidade de terceiro prejudicado, nos termos do art. 499 do Código de Processo Civil (*supra*, n. 62), sem prejuízo dos embargos de terceiro (*infra*, n. 71).

⁴²⁸. Mas, de forma minoritária, parte da jurisprudência fala em interesse, como demonstram alguns exemplos trazidos por GILBERTO GOMES BRUSCHI in *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*, n. 9.2, nota nn. 60-61, p. 108.

⁴²⁹. *Instituições de direito processual civil*, II, n. 546, pp. 314-316.

⁴³⁰. Essa é a posição jurisprudencial majoritária: STJ, 1ª T., AgRg no Resp 928565/SP, rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, j. 18.11.08, DJ 26.11.08; 3ª T., Resp 786345/Sp, rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. 21.8.08, DJ 26.11.08; 3ª T., Resp 921596/PR, rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. 12.2.08, DJ 13.3.08; 3ª T., Resp 921596/PR, rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 19.8.03, DJ 2.8.04.

É então equivocada a posição jurisprudencial exposta em julgado de relatoria do Min. EDUARDO RIBEIRO, na qual afirma que a sociedade teria a legitimidade para argüir a impenhorabilidade do bem do sócio.⁴³¹ O raciocínio utilizado é o de que, com a desconsideração, “as pessoas da empresa e do sócio confundir-se-iam” e com isso sua personalidade também.⁴³² Acima já foi visto que não há confusão de patrimônio nem de legitimidade, na medida em que não há anulação da personalidade jurídica da sociedade desconsiderada, sem contar que entre sócio e sociedade não há relação de sucessão ou substituição processual, como tantas vezes aqui já afirmado.

64. Conteúdo do ato judicial que desconsidera a personalidade jurídica

A doutrina brasileira mais tradicional, exemplificada por DINAMARCO,⁴³³ ARRUDA ALVIM⁴³⁴ e HUMBERTO THEODORO JÚNIOR,⁴³⁵ adota a *classificação ternária* das sentenças⁴³⁶ (sentenças condenatória, declaratória e

⁴³¹. De forma equivocada, YONE FREDIANI entende que deve ser penhorado bem de família quando se trata de desconsideração da personalidade jurídica, porque a impenhorabilidade não prevalece face à necessidade de satisfação da execução, in “Bem de família”, *Revista do direito do trabalho*, n. 111, p. 193. Lógico que a desconsideração não prevalece face a regras de impenhorabilidade, que tem cunho constitucional. Concorde com essa crítica ARI POSSIDONIO BELTRAN, in “Questões polêmicas da fase executória”, *Revista do advogado*, n. 60, pp. 45-48.

⁴³². STJ, 3ª T., Resp 170.034/SP, rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, j. 6.6.00, v.m., DJ 23.10.00. Ficou vencido o Min. MENEZES DIREITO, que entendeu que a empresa não tem essa legitimidade. Entretanto, em recentíssimo posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça afirmou que reafirmou essa posição de que tanto o sócio quanto a sociedade podem interpor o recurso.

⁴³³. *Instituições de direito processual civil*, III, n. 920, p. 251.

⁴³⁴. *Manual de direito processual civil*, I, n. 289, pp. 652-653.

⁴³⁵. *Curso de direito processual civil*, I, n. 497, pp. 590 ss.

⁴³⁶. Enquanto DINAMARCO entende que essa classificação deriva dos seus *efeitos processuais* (in *Instituições de direito processual civil*, III, n. 889, p. 202), BEDAQUE pensa que o critério é em razão dos *efeitos substanciais* gerados (in *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 524). A classificação ternária sempre prevaleceu entre os doutrinadores. Até que PONTES DE MIRANDA criou o seu *Frankenstein*, a sentença mandamental, e trouxe a *classificação quinária*, com a definição de sentença executiva (o assunto é profundamente tratado por PONTES DE MIRANDA no seu *Tratado das ações*, no seu tomo IV. Antes de adentrar brevemente na classificação adotada no Brasil para as ditas sentenças mandamentais, é preciso verificar a origem delas. O alemão KUTTNER foi o primeiro a tratar da *Anordnungsurteil*. Mas como lembra BARBOSA MOREIRA (“A sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil”, *Temas de direito processual*, sétima série, p. 55), não estava ele a estudar a classificação das sentenças, tampouco das ações. Estava sim investigando os efeitos produzidos pelas sentenças civis aos outros órgãos estatais. A idéia a que o alemão chegou foi a de que a classificação ternária (feita primeira pelo seu patriota WACH) não vinculava os outros órgãos do Estado e compôs uma quarta classe⁴³⁶. Definiu essa classe como “as sentenças em que o juiz, sem proferir decisão com força de coisa julgada sobre a própria relação jurídica básica de direito privado, dirige imediatamente a outro órgão estatal, a uma autoridade pública ou a um funcionário público a ordem determinada de

constitutiva). Nota-se, inclusive, que essa clássica classificação quase se positivou no Brasil, como demonstra o anteprojeto de BUZAID do Código de Processo Civil.⁴³⁷ Em breve síntese, as sentenças de procedências (as de improcedência são sempre

praticar ou omitir um ato oficial, mais precisamente designado na sentença e contido no âmbito das atribuições desse órgão, e isso mediante requerimento especial e novo da parte vencedora”. Corretamente BARBOSA MOREIRA critica a necessidade de criação dessa quarta classe, a partir dos próprios conceitos de KUTTNER, pois este aceitava a teoria da condenação como uma ordem e sendo ordem, qual a razão dessa ordem não vincular os demais órgãos do Estado? Segundo o alemão, não ficaria razoável misturar esses dois tipos de classe (*in* “A sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil”, *Temas de direito processual*, sétima série, p. 55). Para ele o essencial era que a entidade que tinha de cumprir não era parte no processo. Na primeira metade do século passado, houve pessoas que adotaram essa posição na Alemanha, inclusive o célebre GOLDSCHMIDT. Mas a doutrina das *Anordnungsurteile* caiu no esquecimento a tal ponto que a doutrina recente de lá nem perde tempo em criticá-la. PONTES DE MIRANDA traduziu *Anordnungsurteil* por sentença mandamental e lhe deu um sentido bem diverso daquele dado pelos alemães. No seu conceito, KUTTNER partia de duas premissas fundamentais: que a ordem fosse dirigida a (a) um órgão público e que esse órgão fosse (b) estranho ao processo. Mas PONTES DE MIRANDA não levava esses requisitos em consideração e importou erroneamente essa classe de sentença (talvez tenha contrabandeado). Para ele, “o mandado pode ser dirigido a outro órgão do Estado, ou a alguma sub-órgão da justiça, ou a alguma pessoa física ou jurídica” e incluía nessa categoria, o mandado de segurança, interdito proibitório, embargos de terceiro, *habeas corpus*, dentre outros (*Tratado das ações*, VI, p. 9 ss). Não exige ele então que fosse contra um órgão público e que o receptor da ordem fosse estranho ao processo (basta ver que o mandado de segurança tem como impetrado a autoridade coatora). Talvez o maior entusiasta dessa teoria entre nós hoje seja OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA. O gaúcho afirma que a sentença mandamental “tem por fim obter, como eficácia preponderante da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, ao invés de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa. É da essência, portanto, da ação mandamental que a sentença que lhe reconheça a procedência contenha uma ordem para que se expeça um mandado. Daí a designação de sentença mandamental. Neste tipo de sentença, o juiz *ordena* e não simplesmente *condena* (*Sentença e coisa julgada*, pp. 21-71). Mas como afirma BEDAQUE, essa afirmação é insuficiente para caracterizar a sentença mandamental e o professor cita alguns exemplos para embasar a sua posição: “também não existe ordem do juiz ao escrivão do Registro Civil para averbar o divórcio ou a interdição, modalidades de tutela constitutiva? Ao declarar a relação de paternidade, o juiz não ordena a averbação na certidão de nascimento do filho? São mandamentais essas sentenças? Aliás, se aceitarmos essa modalidade de tutela, tal como concebida originalmente pela doutrina alemã, talvez sejam elas as típicas mandamentais, pois contêm ordem dirigida a terceiro, e não à parte” (*Efetividade do processo e técnica processual*, n. 4, p. 512). Esqueceu-se de afirmar também que além da ordem ser dirigida a terceiro, essa ordem é a órgãos públicos, o que reforça ainda mais a sua posição. Há também quem afirme que a premissa fundamental da sentença mandamental é a impossibilidade do efeito jurídico da ordem judicial ser obtido de forma espontânea. ARAKEN DE ASSIS afirma que a sentença dos embargos de terceiro, por exemplo, é mandamental porque somente o juiz poderá emitir uma ordem para livrar o bem constrito⁴³⁶. BEDAQUE corretamente destrói essa premissa, pois ela não explica a possibilidade do ato ilegal praticado pela autoridade coatora ser corrigido sem sede administrativa. Assim também não podem ser consideradas as sentenças previstas no art. 461 do Código de Processo Civil, como afirma BARBOSA MOREIRA (“A sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil”, *Temas de direito processual*, sétima série). Apesar de respeitados doutrinadores defenderem o *Frankenstein* de PONTES DE MIRANDA, não há um elemento suficiente por si só a sustentar a sentença mandamental brasileira.

⁴³⁷. Basta ver seu art. 499: “a sentença, que julga procedente a ação, é: I - condenatória, se impõe ao réu uma prestação, cujo inadimplemento autoriza a execução forçada; II – constitutiva, se cria, modifica ou extingue relação ou situação jurídica; III – meramente declaratória, se se limita a afirmar a vontade da lei”. Há evidentemente alguns equívocos processuais como corretamente afirma BARBOSA MOREIRA, pois (a) o que é julgado procedente ou não é o *pedido* (concentrado na *demand*a) e não a *ação*, além da (b) nítida heterogeneidade de critérios, pois enquanto a sentença declaratória era definida somente pelo seu conteúdo, a condenatória o era pelos seus efeitos (*in* “Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças”, *Temas de direito processual*, oitava série, pp. 128-129).

declaratórias, exceto as de improcedência da demanda declaratória negativa) classificam-se em três.

A primeira é a sentença declaratória, sendo que ADOLF WACH foi o pioneiro em declarar a sua independência, especialmente para sanar crises, a afirmar que “la certeza del derecho tiene su valor independiente”.⁴³⁸ Essa afirmação tem grande valor para a definição da dúvida acerca de um direito, pois a incerteza jurídica deve estar na relação jurídica existente e não no próprio direito objetivo, não é uma dúvida em tese sobre a aplicação de determinada norma jurídica que dá ensejo à declaratória. Afirma WACH expressamente que é essencial que haja uma *situación dudosa*⁴³⁹ e diz que “el derecho subjetivo es objeto de la declaración”.⁴⁴⁰ É a partir dessa situação duvidosa que surge o interesse à demanda declaratória, que está intimamente ligado às necessidades de se sanar *crises de certeza*. Não é necessário que haja uma crise presente e até situações futuras são passíveis de ações declaratórias, mas é necessário que haja uma crise sobre determinada relação jurídica, ainda que não haja ocorrido nenhum dano, mas já tenho ocorrido uma ameaça, ou seja, é necessário que exista algo objetivo por trás da crise⁴⁴¹. A função processual da demanda declaratória é sanar crises de certeza de determinada relação jurídica, ou até mesmo afirmar a inexistência de uma. É à luz desses conceitos e de universal aceitação que deve ser lido e entendido o art. 4º, inc. I do Código de Processo Civil, que fornece o *conteúdo* da demanda declaratória, que é a “declaração da inexistência ou inexistência de relação jurídica”.⁴⁴² O objetivo de *declarar* é portanto sanar crises de certeza com o conteúdo de afirmar ou não a existência de determinada relação jurídica entre as partes.

A segunda espécie é a sentença condenatória, na qual há mais uma declaração após o juiz fazer uma anterior de declaração do direito do autor e de

⁴³⁸. *La pretensión de declaración*, p. 52.

⁴³⁹. *La pretensión de declaración*, p. 111.

⁴⁴⁰. *La pretensión de declaración*, p. 96.

⁴⁴¹. ALFREDO BUZAID, afirma, como o resto da doutrina, que tal espécie de sentença visa a debelar *dúvidas objetivas*, que não se confundem com meras *impressões subjetivas de dúvida*. A dúvida deve vir de fora, como dito, mediante comportamentos, omissões ou palavras de uma pessoa.

⁴⁴². Duas leituras podem ser feitas acerca da expressão *relação jurídica* contida no artigo 4º: a) uma situação jurídica concreta e não situações possíveis e que talvez nem tenham razão de ser e (b) uma dúvida concreta, objetiva, acerca de tal relação, mesmo que ainda tenha ocorrida apenas ameaça a um direito.

inadimplemento do réu (BEDAQUE).⁴⁴³ A sentença condenatória contém mais uma declaração, para sanar uma *crise de adimplemento* de uma obrigação. Primeiro *declara-se* existente o crédito e, logo em seguida, o juiz *declara-o* também exigível já ou futuramente⁴⁴⁴, ou seja, condena-se.⁴⁴⁵ Geralmente se a resistência do réu prosseguir, a atividade do autor será substituída por atos de sub-rogação (obrigações de pagar). Mas há também situações em que esses atos práticos de sub-rogação não são admitidos em caso de descumprimento da segunda declaração (a de exigibilidade), como são os casos das obrigações de dar, fazer e as de não-fazer. Ou seja, apesar de a execução se dar de maneira diversa, a depender do direito material, o fato é que só haverá condenação se houver inadimplemento. E é claro há ainda os casos de *condenação sem execução*, como é a hipótese do art. 641 do Código de Processo Civil. O objetivo de *condenar* é portanto sanar crises de adimplemento com o conteúdo de declarar o direito existente e declará-lo também exequível, com a aplicação de uma sanção.⁴⁴⁶

Por fim, há as sentenças constitutivas. Enquanto as sentenças condenatórias estão intimamente ligadas a um *direito de prestação*, as sentenças constitutivas estão a um *direito potestativo* e as sentenças declaratórias variam de acordo com a crise de certeza posta em juízo⁴⁴⁷. Servem então as sentenças constitutivas para

⁴⁴³. Ao dispor sobre a sentença condenatória: “antes de mais nada, é preciso certifica-se de que a transgressão realmente ocorreu. Trata-se do *accertamento* do direito, que pressupõe juízo de valor a respeito da situação supostamente contrária ao que determina a norma” (in *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 524).

⁴⁴⁴. Com a palavra *futuramente* não se quer aqui dizer que é permitido ao juiz proferir sentenças condicionais (ou seja, se o direito do autor existir, o réu está condenado) sabidamente proibidas em nosso ordenamento (CPC, art. 460). Mas sim que é lícito ao juiz proferir sentenças sobre obrigações sujeitas a condição ou termo (chamadas *sentenças para o futuro*, dispostas no art. 572 do Código de Processo Civil. Ou seja, o direito existe desde já e o réu tem que pagar quando se tornar exigível, como afirma o professor DINAMARCO nas suas *Instituições*, IV, n. 1435, p. 186).

⁴⁴⁵. LIEBMAN, *Processo de execução*, p. 14 ss.

⁴⁴⁶. Nota-se um *fundo comum* entre as sentenças declaratórias e condenatórias, ainda que só parcialmente. Enquanto aquelas contêm *uma só* declaração (a de existência do direito), essas possuem *duas* (uma de existência e outra de exigibilidade presente ou futura).

⁴⁴⁷. A classificação dos direitos em *prestação* e *potestativos* foi feita inicialmente por CHIOVENDA (in *Instituições de direito processual civil*, I, pp. 10 ss. É também detalhadamente exposta nos seus *Principii di diritto processuale civile*, pp. 33 ss). Os primeiros seriam os direitos relacionados ao *bem* da vida que se almeja, por meio de uma obrigação de conduta a ser realizada por alguém. Por sua vez, os direitos potestativos estão em um ângulo diametralmente oposto aos direitos de prestação, porque não há o elemento central destes, que é a obrigação de uma pessoa em realizar uma prestação. A principal diferença entre ambos é justamente a existência de obrigação (e portanto de prestação) no primeiro e inexistência nestes. Tais direitos conferem a seu titular um poder de influir sobre a condição jurídica subjetiva de outro ser, seja para cessar um direito ou alterá-lo (*facendo cessare un stato giuridico esistente*), ou até mesmo ao produzir um novo direito ou situação jurídica (*producendo un nuovo effetto giuridico*). Os direitos potestativos manifestam-se com uma verdadeira

criar, modificar ou extinguir uma situação jurídica. Como todo direito potestativo, o sujeito passivo dela nada pode fazer como meio de resistência ao novo *status* da relação jurídica atingida pela sentença constitutiva. Como afirma CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, “o comportamento esperado da contraparte é passivo: unicamente que aja em conformidade com a nova situação jurídica estabelecida no ato sentencial”.⁴⁴⁸

Feitas essas premissas teóricas importantíssimas, é hora de averiguar qual o conteúdo do ato judicial que desconsidera a personalidade jurídica. Sempre que se trata de desconsideração, o juiz *declarará* que o sócio é responsável pela dívida exequenda (responsabilidade por dívida de terceiros – *responsabilidade executiva secundária*). Ou seja, haverá a declaração de que existe determinada relação jurídica de responsabilidade entre o sócio e o credor nessa execução específica. Também será declarada a relativa ineficácia de eventual negócio jurídico existente entre o sócio e a sociedade quando houver a confusão patrimonial.⁴⁴⁹ E por ter praticado algum evento que autorize a desconsideração, ao sócio também será imposta uma *condenação*, pela *sanção processual*⁴⁵⁰ de algum ato.⁴⁵¹ Com isso, haverá outra declaração, de que essa dívida é exigível perante o sócio.

Não será constitutivo o ato, porque não se trata de um direito potestativo mas sim de *prestação*, na medida em que será exigido do sócio o adimplemento de determinada dívida (na qualidade de responsável). Não há a criação de uma nova situação jurídica mas apenas a sua declaração, de que o sócio é responsável executivo secundário. Isso porque essa responsabilidade *preexiste*, de modo que ela foi criada quando o sócio-controlador ou a sociedade praticou o ato que autorizasse a ulterior

sujeição (e não uma mera influência ou manifestação de vontade sem poder de alteração no *status* jurídico) que alguém terá de sofrer em razão da vontade de outro, com ou sem o concurso da vontade do que se sujeita.

⁴⁴⁸. “Formas de tutela jurisdicional no chamado processo de conhecimento”, n. 6, p. 67, *Revista da Ajuris*, v. 32, n. 100.

⁴⁴⁹. Assim entende PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, “A desconsideração da personalidade jurídica na falência”, *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 134, pp. 225-226. Também pensa assim MARÇAL JUSTEN FILHO, para o qual, “a desconsideração não é fenômeno jurídico interligado ao plano da validade jurídica, mas ao plano da eficácia jurídica”, *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*, n. 2.2.3, p. 23.

⁴⁵⁰. DINAMARCO, *Execução civil*, nn. 146-150, pp. 248-254.

⁴⁵¹. Nem toda causa que autoriza a desconsideração é ilícita. Para se comprovar isso, basta ver a hipótese de *confusão de esferas* (*supra*, n. 14).

desconsideração. É um fato jurídico que ocorreu antes do ato judicial e não há criação de qualquer relação jurídica nova. Se assim fosse, não seria fraude à execução o bem alienado pelo sócio antes da *formal* desconsideração da personalidade jurídica, o que não é verdade (*infra*, n. 77). Também não seria exigível qualquer quantia contra o sócio em execução provisória, já que as sentenças constitutivas só têm eficácia com o trânsito em julgado.⁴⁵² Esses fatos teóricos e práticos demonstram que não se trata de ato com conteúdo constitutivo.

Percebe-se portanto que o ato judicial de desconsideração da personalidade jurídica terá conteúdo declaratório e condenatório. Partindo-se da premissa de que toda condenação contém uma declaração, basta dizer que o conteúdo do ato será *condenatório*.

65. Desconsideração e interrupção da prescrição

Importante tema a ser estudado é a repercussão da prescrição de determinado direito quando se envolve a desconsideração da personalidade jurídica. Ou seja, em que medida a prescrição e sua interrupção afetam o sócio que é atingido pela desconsideração.

A correta doutrina sempre defendeu que o objeto da prescrição é a relação jurídica de direito material. Mas para retirar a prescrição da ação (como fazia o Código Civil de 1916) sem fazê-la incidir sobre o direito subjetivo, criou-se a pretensão (como faz o Código Civil de 2002). Pretensão não é direito e não cria nenhum direito fora do processo. Dentro do processo, pretensão não tem nenhum significado extra, senão o comumente usado na linguagem cotidiana e o que se pretende nada mais é do que o objeto do processo (*Antrag*). *O que prescreve é a relação jurídica material de prestação*⁴⁵³, isto para aqueles que realmente acreditam em uma verdadeira separação entre

⁴⁵². DINAMARCO, *Fundamentos do processo civil moderno*, II, nn.595-597, pp. 1088 ss.

⁴⁵³. O objeto da prescrição, como se verá agora, é a relação jurídica material. O objeto da decadência, como se verá mais adiante, também é a relação jurídica material, pois o que muda é apenas a estrutura da relação. Por definição, e em um sentido amplo, relação jurídica “é toda a relação da vida social relevante para o Direito, isto é, produtiva de efeitos jurídicos e, portanto, disciplinada pelo Direito”. Em um sentido restrito, “é a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa de um direito subjetivo e a imposição a outra pessoa de um dever jurídico ou de uma sujeição” (ambas as definições in CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*,

a ação e o direito.⁴⁵⁴ A prescrição atinge a relação jurídica material, pois lhe retira um de seus requisitos, que é a *exigibilidade* para o cumprimento. O fato de se poder exigir não significa que se tenha um novo direito, um direito adicional ao próprio direito de prestação (aqui está a raiz da crítica à pretensão). Perfeita a classificação dos direitos proposta por CHIOVENDA e muito bem afirmada na obra de AGNELO AMORIM FILHO, ao expor que a prescrição é relacionada aos direitos de prestação, enquanto a decadência aos direitos potestativos. Assim é o art. 2934 do Código Civil italiano,⁴⁵⁵ ao dispor que “ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge”.⁴⁵⁶ Há nesse dispositivo uma clara e precisa distinção entre ação e direito, sendo bem definido o objeto prescricional: o direito subjetivo, a relação jurídica.

CARNELUTTI anota que não basta uma demanda judicial contra o devedor para caracterizar o exercício do direito, porque alguém pode pedir o pagamento do débito e esse alguém pode não ser o titular do crédito.⁴⁵⁷ Não basta o exercício do direito, é preciso também que haja um direito a exercer, o que pressupõe um gozo e disposição de um direito subjetivo. Isso significa que o objeto e o pressuposto estão

n. 37, p. 167). Se a relação jurídica for formada por um direito de prestação, ter-se-á prescrição; se formada por um direito potestativo, ter-se-á decadência.

⁴⁵⁴. Entre a doutrina brasileira, ORLANDO GOMES é adepto da prescrição atingir o direito: “a prescrição é o modo pelo qual um direito se extingue pela inércia, durante certo lapso de tempo, do seu titular, que fica sem ação própria para assegurá-lo” (*Introdução ao direito civil*, p. 527). Apesar de se contradizer, ao confundir direito e ação, são várias as passagens nas quais o civilista confirma que a prescrição tem como alvo o direito (p.ex.: “é somente a lei que tem autoridade para declarar imprescritível um direito. Um direito prescritível não pode converte-se, por contrato, em direito imprescritível. Há direitos que, por sua natureza, são imprescritíveis, dispensando declaração legal nesse sentido. Tais são os direitos facultativos ou faculdades da lei, cujo conteúdo é inesgotável. Também os direitos relativos ao estado e à capacidade dos indivíduos, via de regra, são explícita ou implicitamente, imprescritíveis. Em suma: os direitos de que o titular não pode dispor”, pp. 528-529).

⁴⁵⁵. Interessante também é o art. 298 do Código Civil português, que não afirma em que medida da prescrição é o direito, mas deixa claro que é ele o afetado ao dispor que “estão sujeitos a prescrição, pelo seu não exercício durante o lapso de tempo estabelecido na lei, os direitos que não sejam indisponíveis ou que a lei não declare isentos de prescrição”.

⁴⁵⁶. A doutrina italiana faz bem a distinção entre ação e direito e não usa o vocábulo *pretensão* de uma maneira equivocada. GIUSEPPE MOLFESE: “oggetto della prescrizione sono i diritti soggettivi sostanziali e non le azioni relative agli stessi” (in *Prescrizione e decadenza in materia civile*, n. 3, p. 33). Também TORRENTE-SCHLESINGER: “la prescrizione estintiva produce l’estinzione del diritto soggettivo per effetto dell’inerzia del titolare del diritto stesso che non lo esercita (art. 2934 cod. civ.) o non si usa (art. 954, ult. comma, 970, 1014, 1073 cod. civ.) per il tempo determinato dalla legge” (*Manuale di diritto privato*, § 81, p. 144). A doutrina portuguesa também faz tal distinção e afirma que “a prescrição e a caducidade acarretam a extinção de direitos quando estes não são exercidos durante certo tempo” (in CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, n. 93, p. 374).

⁴⁵⁷. “Appunti sulla prescrizione”, *Rivista di diritto processuale civile*, p. 37.

intimamente ligados. Afirmar que simplesmente o não exercício é fator suficiente para caracterizar o a prescrição é voltar para a *actio* romana e afirmar que somente por meio de uma ação um direito pode ser satisfeito. CARNELUTTI comete certo desvio de perspectiva, no entanto, ao afirmar que basta a lesão a um interesse para que o prazo prescricional comece a fluir. Não é verdade. É necessária a violação a um direito plenamente eficaz. Isso porque, se alguém tem um título de crédito ainda não vencido, tem um interesse ao recebimento, mas não o direito eficaz a ele. No máximo pode dizer que este direito está condicionado a um evento ainda futuro (o vencimento). Para esses casos, a prescrição é impedida de surgir e pelo próprio conceito de impedimento, não há contagem de prazo (CC, art. 199, II). Justamente por isso que BRUNO TROISI fala em exercício tempestivo do direito.⁴⁵⁸ Se houver um direito que se mostre apto a ser eficaz e se ele for lesionado por não ser cumprido, surge então o *primeiro* requisito para a prescrição. O *segundo* requisito é que é a falta de reação do titular ativo da relação, desde que haja uma possibilidade para tanto (*actio nata*).⁴⁵⁹ E tais possibilidades de reação contra a lesão ao direito subjetivo são justamente as causas interruptivas da prescrição dispostas no art. 202 do Código Civil. Não basta exercer o direito da maneira que o credor deseja ou lhe convém, é necessário que tal ato seja tipificado na lei como um ato capaz de gerar a interrupção da prescrição.

Demonstradas essas premissas importantes para o tema ora estudado, é necessário verificar como se relaciona a prescrição com a desconsideração da personalidade jurídica.

E a primeira análise a ser feita é sobre a existência ou não de interrupção de prescrição ao sócio de demanda movida contra a sociedade. Quando se fala em prescrição, devem estar presentes todos os requisitos para a sua ocorrência, ou em outras palavras, deve incorrer *in casu* a *actio nata*. Como acima visto, deve estar presente o exercício tempestivo de um direito e a ausência de reação de exercício pelo seu titular.

Quando o sócio é citado para a fase de conhecimento, tal problema não ocorre, porque o momento de interrupção da prescrição para a sociedade

⁴⁵⁸. *La prescrizione come procedimento*, p. 27.

⁴⁵⁹. Talvez seja a impossibilidade de reagir uma das causas do impedimento da prescrição na hipótese de ausente em serviço público (CC, art. 198, II) ou daqueles que estiverem servindo militarmente o país em tempos de guerras (CC, art. 198, III), ou até mesmo para os absolutamente incapazes (CC, art. 198, I).

e para o sócio é o mesmo. Mas a problemática surge quando se trata de execução de título extrajudicial ou de cumprimento de sentença.

Defende-se aqui que há extensão de determinados *efeitos substanciais da litispendência* da demanda movida contra a sociedade ao sócio. Assim acontece, p.ex., quando o sócio aliena bens seus, já sabendo que pode sofrer a desconsideração da personalidade jurídica. Em situações assim, a coisa alienada torna-se litigiosa e há fraude à execução antes da formal citação do sócio (*infra*, n. 77).

Mas há mais efeitos substanciais que a pendência de uma demanda em face da sociedade traz ao sócio, como a *interrupção da prescrição*. Por coerência com o entendimento aqui defendido de que esses efeitos substanciais se estendem ao sócio, mantém-se agora a mesma posição. Contra o sócio essa interrupção tem de acontecer na fase executiva, porque é somente nessa seara que a sua responsabilidade patrimonial torna-se possível de ser exercida contra ele.

Essa posição sobre o momento de interrupção da prescrição é vencedora no Superior Tribunal de Justiça. Essa corte superior entende, em casos fiscais, que o redirecionamento da execução contra o sócio deve acontecer até cinco anos da citação da sociedade devedora.⁴⁶⁰

⁴⁶⁰ A título exemplificativo, *cfr.* STJ, 2ª T., AgRg no AgRg no Resp 242301/SP, rel. Min. FRANCIULLI NETTO, j. 18.8.05, v.u., DJ 20.2.06; 2ª T., Resp 851410/RS, rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 19.9.06, v.u., DJ 25.9.06.

§ 8º. Desconsideração na teoria da execução civil

66. Na óptica processual: desconsideração é caso de responsabilidade patrimonial

Pela óptica material, a desconsideração da personalidade jurídica é corretamente tratada como responsabilidade societária e não está no campo da responsabilidade civil (*supra*, n. 12). Como diz CALIXTO SALOMÃO, essa forma de responsabilidade “não pode ser confundida com a responsabilidade civil nem tampouco com a responsabilidade civil aplicada ao direito societário. Seu caráter distintivo está na prática de uma atividade lesiva e no fato de que o responsável será sempre seu beneficiário, que não se confunde necessariamente com os executores da atividade lesiva. Assim, em uma sociedade isolada, a desconsideração atingirá o patrimônio do controlador e não do administrador que executou suas ordens. Em uma sociedade pertencente a um grupo em que o benefício foi transferido a outra sociedade controlada e não à *holding*, será aquela e não esta última a ser atingida pela desconsideração”.⁴⁶¹

Trazendo esses conceitos de direito material para o processo, percebe-se que a desconsideração se insere no campo da *responsabilidade patrimonial*. DINAMARCO faz com maestria a distinção entre responsabilidade patrimonial, responsabilidade e obrigação. A primeira seria “a suscetibilidade à constrição judicial destinada a satisfazer obrigações mediante a execução forçada”.⁴⁶² *Sujeitabilidade* porque os bens ficam em estado de sujeição perante o juiz, suscetíveis de penhora em uma situação meramente potencial. Pois em princípio o devedor responder por suas obrigações com os bens que integram seu patrimônio, nos termos do art. 591 do Código de Processo Civil. Já a responsabilidade civil é um conceito diferente da responsabilidade patrimonial, pois “nada mais é que uma *obrigação* – obrigação decorrente da prática de um ilícito civil. E por ser uma obrigação, constitui categoria de direito privado e é regida pelo art. 927 do Código Civil”. Ainda no campo dos conceitos, ORLANDO GOMES sabidamente conceitua a obrigação como um *vínculo jurídico* em “virtude do qual uma pessoa fica adstrita a

⁴⁶¹. *O novo direito societário*, p. 237.

⁴⁶². *Vocabulário do processo civil*, n. 145, p. 251. Também LIEBMAN, *Processo de execução*, n. 41, pp. 78 ss.

satisfazer uma prestação em proveito de outra”.⁴⁶³

Ante o que ficou acima exposto (*supra*, n. 12), com a desconsideração da personalidade jurídica os bens daquele por ela afetados ficam sujeitos à execução e não há criação de qualquer vínculo jurídico entre credor e sócio, já que este jamais esteve adstrito a satisfazer uma prestação. Nem mesmo a obrigação de pagar, porque o devedor é a pessoa jurídica. A desconsideração nada mais é de que uma forma de instituição de *responsabilidade patrimonial* por dívida de terceiro. Ou, como se diz na doutrina, *responsabilidade executiva secundária*.⁴⁶⁴

Entretanto, ANDRÉ PAGANI DE SOUZA faz elegante objeção a essa posição, sob o fundamento de que a responsabilidade do sócio por desconsideração é primária e ambos, sócio e sociedade, são obrigados e responsáveis pela dívida. Para ele a teoria dualista da obrigação desenvolvida por BRINZ (*Shuld und Haftung*) não tem aplicação quando se trata do tema ora estudado.⁴⁶⁵ Essa postura não prevalece porque enquanto a obrigação é estática, a responsabilidade é dinâmica e serve como meio para operacionalizar a tutela jurisdicional, como diz DINAMARCO. Além do mais, “em sua pureza, conforme foi formulada originalmente, a teoria do *Schuld und Haftung* propunha o exame da estática das dívidas e da dinâmica da responsabilidade no plano exclusivo do direito privado, sem transbordar ao processual. Esse era um natural reflexo da visão plana do ordenamento jurídico, inerente ao período sincrético da história do direito processual, quando não havia a consciência da autonomia deste nem da estrutura do ordenamento jurídico em dois planos distintos, o substancial e o processual; a obra de Brinz data do ano de 1879, quando a teoria inovadora de Von Bülow era uma novidade ainda não propagada no universo da cultura jurídica e, portanto, a ação, o processo e todos os institutos inerentes a estes eram simplesmente encarados como categorias do direito privado e predispostas ao exercício dos direitos. A retificação da doutrina do *Schuld und Haftung* segundo as conquistas e os ditames da ciência moderna é obra de Francesco Carnelutti, que Liebman desenvolveu e que se incorporou ao pensamento brasileiro a partir da posição assumida por Alfredo Buzaid. Mas, por ser intimamente ligado à efetividade da

⁴⁶³. *Obrigações*, n. 7, p. 9. No mesmo sentido, SILVIO RODRIGUES, *Direito civil*, II, n. 1, pp. 3-4.

⁴⁶⁴. ROGÉRIO LICASTRO TORRES DE MELLO também concorda com essa posição, in *O responsável executivo secundário*, n. 19, p. 286.

⁴⁶⁵. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, n. 2.2.6, p. 59.

garantia constitucional do acesso à justiça, o tema da responsabilidade patrimonial não se confina ao campo exclusivamente técnico do direito processual formal, sendo imperiosa sua colocação entre as categorias do *direito processual material*.⁴⁶⁶ Por isso, é perfeitamente possível a distinção entre obrigação e responsabilidade quando se trata de desconsideração da personalidade jurídica e pode-se afirmar que os bens do sócio são *responsáveis* quando essa teoria é aplicada.

Ainda que o sócio-controlador (ou a sociedade, nas restritas hipóteses de desconsideração inversa) que sofreu a desconsideração da personalidade jurídica não seja devedor mas responsável, será parte da execução que cogite a constrição de seu patrimônio, sob pena de grave transgressão à garantia constitucional do contraditório.⁴⁶⁷

67. Aplicação integral do art. 592, inc. II e aplicação parcial do art. 596, ambos do Código de Processo Civil

Sendo assim, aplica-se o disposto no art. 592, inc. II e 596 do Código de Processo Civil, que atribuem a *responsabilidade patrimonial* do sócio, também em situações envolvendo a desconsideração da personalidade jurídica, como bem pensam CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO,⁴⁶⁸ CÁSSIO SCARPINELLA BUENO,⁴⁶⁹ ARAKEN DE ASSIS,⁴⁷⁰ e SIDNEI BENETI.⁴⁷¹ A regra do art. 592, inc. II, do Código afirma que os bens do sócio estão sujeitos à execução, *nos termos da lei*. A lei disciplina a responsabilidade dos sócios em diversas ocasiões (*supra*, n. 20 e arts. 1.024, 1.052, 1.053 do Código Civil; art. 17 do Estatuto da Advocacia; arts. 134 e 135 do Código Tributário Nacional; art. 4º da Lei de Execuções Fiscais *etc.*). Ao utilizar essa expressão o Código também admite que os bens dos sócios sejam responsáveis quando houver a desconsideração da personalidade jurídica, disciplinada ao longo da legislação brasileira (*supra*, n. 20), já que

⁴⁶⁶. *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.523, p. 353.

⁴⁶⁷. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.567, p. 421.

⁴⁶⁸. *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.562, pp. 416-417.

⁴⁶⁹. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, n. 3.4, pp. 107-108.

⁴⁷⁰. *Manual da execução*, n. 36.3.1, p. 206.

⁴⁷¹. “Desconsideração da sociedade e legitimidade *ad causam*: esboço de sistematização”, *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*, p. 1.028.

se trata de mais um modo de imputação de responsabilidade patrimonial.⁴⁷²

Tais bens entretanto não serão executados enquanto não houver a busca exaustiva de bens do sócio, como demonstra a *regra de preferência à penhora* disposta no art. 596 do Código de Processo Civil. Tal regramento dispõe que o sócio tem o direito de que primeiro sejam executados os bens sociais. Isso significa que é equivocado o ato judicial que determina a constrição de bens do sócio antes que sejam localizados e constritos todos os bens da sociedade que ele seja o controlador. Pode o juiz até chamar o sócio à execução para discussão acerca da admissibilidade da desconsideração, mas não pode expropriar bens desse sócio antes de ser dado a ele a oportunidade de “exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade”.⁴⁷³ Nesse sentido é a doutrina de GILBERTO GOMES BRUSCHI ao afirmar que, “para que seja possível ao exeqüente formular o pedido de desconsideração da pessoa jurídica, além dos requisitos elencados quando da abordagem sobre a legislação que prevê o instituto no Brasil, é necessário que não existam bens em nome da sociedade, pois, se ainda existirem bens, alegará, em razão de ser sua responsabilidade apenas subsidiária, o benefício de ordem previsto no art. 596 do CPC”.⁴⁷⁴ Esse raciocínio reforça ainda mais o que foi dito no sentido de que é necessário o contraditório antes da constrição do patrimônio do sócio (*supra*, n. 49).

Mas para que o sócio possa valer desse *benefício de ordem*, o próprio § 1º do art. 596 dispõe que o sócio deve nomear bens da sociedade que estejam situados na mesma comarca e sem quem qualquer ônus. Sobre a localização e o estado do bem variam de acordo com cada caso, pois perfeitamente o credor pode aceitar algum bem que esteja em comarca diversa de onde corre a execução ou que esteja com algum gravame incapaz de impedir a satisfação de sua demanda executiva.

Só que o art. 596 tem aplicação parcial no caso de desconsideração da personalidade jurídica. O seu § 2º importa a regra do artigo

⁴⁷². A jurisprudência também aceita a aplicabilidade desses dispositivos quando se trata de desconsideração da personalidade jurídica: STJ, 3ª T., Resp 876974/SP, rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 9.807, v.u., DJ 27.8.07; 3ª T., Resp 401.081/TO, rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. 6.4.06, v.u., DJ 15.5.06.

⁴⁷³. É equivocado o uso do verbo exigir, já que, como parte ele não tem o *poder* suficiente para tanto.

⁴⁷⁴. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*, n. 9.2, pp. 100-101.

antecedente do *direito ao regresso*. Ou seja, uma leitura superficial traria a idéia de que o sócio-controlador atingido por desconconsideração da personalidade jurídica teria direito de reaver a parcela do seu patrimônio atingida. Mas como já visto, em se tratando de desconconsideração não há que se falar em direito de regresso, pois isso geraria um enriquecimento ilícito por parte desse sócio-controlador (*supra*, nn. 12 e 66). Essa regra do direito ao regresso serve para as hipóteses de responsabilidade solidária ou subsidiária do sócio em situações que não envolvam desconconsideração da personalidade jurídica. Por isso, a aplicação parcial do art. 596 do Código de Processo Civil.

Ocorre que parte da doutrina não aceita a aplicação dos arts. 592, inc. II, e 596 do Código para os casos de desconconsideração da personalidade jurídica. Como FREDIE DIDIER JÚNIOR, ao dispor que o art. 592, II, do CPC, que atribui responsabilidade patrimonial ao sócio, aplica-se às hipóteses em que “a própria lei, ao determinar o regime jurídico do tipo societário, já imputa ao sócio a responsabilidade por dívidas da pessoa jurídica. Nada tem a ver, pois, com a teoria da desconconsideração, que exige a verificação do preenchimento dos pressupostos legais que autorizem a aplicação da sanção (art. 50 do CC, por exemplo). E continua: “é irrelevante que a pessoa jurídica tenha ou não bens passíveis de ser executados. Na desconconsideração, reputa-se o ato praticado pelo sócio, ou outra sociedade do mesmo grupo, que deverá responder, isoladamente, pela obrigação. O benefício de ordem, mencionado no art. 596 do CPC, aplica-se aos casos em que o sócio, juntamente com a pessoa jurídica, é também responsável pela obrigação, limitada ou ilimitadamente. Nesses casos, uma vez executado o sócio, que é responsável, poderá ele requerer primeiro sejam executados os bens da sociedade para que, só então, em caso de insucesso na satisfação do crédito, sejam os seus bens próprios sujeitos à execução”.⁴⁷⁵ Apesar dessa respeitadíssima opinião, não se pode concordar com ela, porque (a) desconconsideração da pessoa jurídica não está ligada às obrigações mas sim à responsabilidade patrimonial e (b) havendo bens da sociedade suficientes para honrar a execução, faltará ao exequente interesse na desconconsideração, porque ele está chamando ao processo mais uma parte para satisfazer seu crédito, mesmo sendo desnecessário. Em casos assim, o exequente que tem de arcar com os honorários advocatícios, porque ele trouxe desnecessariamente alguém para o pólo passivo.

⁴⁷⁵. *Regras processuais no código civil*, n. 3, pp. 7-9. Também pensa assim HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “Partes e terceiros na execução – responsabilidade patrimonial”, n. 12, pp. 158-159, *Revista de Processo* 100.

Se o sócio-controlador cometeu algum ato que tenha lesionado a sociedade, mas esse ato por si só não a torna insolvente, o exequente não tem interesse jurídico na desconsideração, pois é irrelevante toda a discussão. Em uma situação como essa, eventuais prejuízos decorrentes de alguma hipótese admissível de desconsideração interesse somente à relação entre sócios (p.ex.: abuso de poder de controle, desvio de finalidade *etc.*) mas não a terceiros estranhos ao quadro social. Por isso a demonstração da insolvência a ser feita pelo credor é requisito essencial para se pedir a desconsideração.⁴⁷⁶

68. Os acessórios (despesas processuais, abuso do processo, honorários, multa do art. 475-J *etc.*) e a responsabilidade do sócio

Tema pouco versado na doutrina e jurisprudência é a responsabilidade daquele que sofreu os efeitos da desconsideração da personalidade no tocante às obrigações criadas dentro do processo, tais como multas, honorários advocatícios, custas *etc.*, se não foi parte no processo (ou fase) de conhecimento.

Os *honorários advocatícios sucumbenciais* são de natureza sancionatória, na medida em que têm natureza indenizatória para remunerar o trabalho do patrono da parte adversa daquela que deu causa ao processo, consoante sábia lição de BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES.⁴⁷⁷ Pode-se afirmar então que os honorários advocatícios de sucumbência têm seus fatos constitutivos criados dentro do processo, cujo devedor é o vencido. É o que se extrai das seguintes palavras de YUSSEF CAHALI, ao dizer que os honorários são concedidos “ao advogado em função da atividade profissional desenvolvida pelo procurador no processos em que seu cliente saiu vitorioso, e de

⁴⁷⁶. Sobre ônus da prova em se tratando de insolvência, *cfr.* NELSON HANADA, *Da insolvência e sua prova na ação pauliana*, nn. 107 ss, pp.104 ss.

⁴⁷⁷ “Considerar a condenação em honorários como o resultado da imposição de uma sanção não significa conferir a essa condenação natureza *punitiva*. São sanções todas as medidas inseridas no ordenamento jurídico com o objetivo de reforçar a observância de suas normas, “attraverso il meccanismo della *risposta* o della *reazione* che lo stesso sistema normativo istituisce a favore dell’osservante e a sfavore dell’inosservante”. Para a finalidade de conferir o adequado enquadramento à sanção em questão é desnecessário fazer menção a todas as espécies de sanções existentes. Basta referir que, além das sanções de natureza punitiva, o ordenamento jurídico prevê sanções de natureza *compensatória*, mediante as quais se busca indenizar um dano”, in *Honorários advocatícios*, n. 6, p. 19.

responsabilidade exclusiva do vencido”.⁴⁷⁸

As *despesas processuais*, tais como custas e taxas, são propriedade do Estado e são configuradas tributariamente como taxas e também *têm* como fato constitutivo o processo. Incluem-se como despesas processuais também as custas periciais, adiantadas pela parte interessada na prova, cuja responsabilidade pelo pagamento é do vencido.

A multa disposta no art. 475-J do Código de Processo Civil segue o mesmo raciocínio. Como diz CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, ela tem natureza coercitiva, na medida em que visa a impedir delongas e questionamentos ao título executivo judicial.⁴⁷⁹ Ou seja, trata-se de mais uma obrigação criada dentro do processo, que foi gerada por um ato da parte, que não satisfaz a condenação contra ela imposta.

O *abuso do processo*, especialmente as multas e demais sanções, constituem uma espécie de responsabilidade processual e para sua ocorrência, como afirma HELENA ABDO, “deve-se, no mínimo, vislumbrar na conduta da parte uma deturpação de finalidade”.⁴⁸⁰ Quem pratica o ato abusivo e lesivo geralmente é a *parte*⁴⁸¹ e ela é a responsável por ele, por ser sujeito processual.

Todas essas *obrigações pelo custo do processo* e outras, cujos fatos constitutivos nascem no decorrer do processo, só são de responsabilidade do sócio que sofre a desconsideração quando sua incidência se dá após sua integração ao pólo passivo da demanda. Ou seja, todas as obrigações criadas dentro do processo antes de seu comparecimento não são de sua responsabilidade, porque se imporia a alguém que não participou do contraditório o custo por algo que não deu causa. O fato de o sócio ser responsável pela dívida material executada não implica sua responsabilidade por obrigações geradas dentro do processo. São fatos geradores totalmente distintos e divisíveis. Nesse mesmíssimo sentido são as palavras de SIDNEI AMENDOEIRA JR., ao dispor que deve ser dado ao sócio novo prazo para pagamento, quando se trata de

⁴⁷⁸. *Honorários advocatícios*, n. 150, p. 820.

⁴⁷⁹. “Variações sobre a multa do *caput* do art. 475-J do CPC na redação da lei 11.232/2005”, *Aspectos polêmicos da nova execução*, III, n. 1, p. 132.

⁴⁸⁰ *Abuso do processo*, n. 23.3, p. 144.

⁴⁸¹. Sobre eventual responsabilização do advogado no abuso, *cfr.* HELENA ABDO, *Abuso do processo*, n. 28, pp. 175-183.

cumprimento de sentença: “no caso de o sócio não ter participado do processo de conhecimento prévio e, portanto, não constar do título expressamente, deve ser dada a ele, após a citação, conferindo-lhe o prazo de 10 dias para pagamento (art. 475-J do CPC), a oportunidade de promover na impugnação todas as defesas que teria no processo de conhecimento não podendo limitá-las ao disposto no art. 475-L do CPC, sob pena de cerceamento de seu direito de defesa”.⁴⁸² Mas esse dispositivo é aplicado ao sócio quando, ao iniciar sua demanda executiva, o credor o indique como também executado e, desde já, o sócio tem de ser réu.

Esse raciocínio acima exposto está em perfeita consonância com *due process of law* e corrobora o entendimento de que o sócio não é sucessor ou substituto processual da pessoa jurídica (*supra*, n. 45), no presente trabalho tantas vezes já dito.

69. Limites subjetivos da coisa julgada, o título executivo e o atingido pela desconsideração

Como para haver a desconsideração da personalidade jurídica *in executivis* é desnecessária uma demanda autônoma (*supra*, n. 48), deve-se analisar como fica a situação da execução com o ingresso daquele que sofre a desconsideração, à luz do art. 472 do Código de Processo Civil. À primeira vista parece existir aparente conflito entre os limites subjetivos da coisa julgada, impostos pela máxima de que a *res judicata* não prejudica nem beneficia terceiros, e aquele que sofre a desconsideração, na medida em que ele não é devedor do título executivo. Lógico que esse problema não ocorre quando o sócio-controlador é inserido na fase de conhecimento (*supra*, nn. 43 e 50-52), porque na condenação ele é desde logo inserido no título executivo juntamente com a pessoa jurídica, na qualidade de devedor.

⁴⁸². “Aspectos processuais da responsabilidade patrimonial dos sócios, execução civil e cumprimento de sentença”, *Execução civil e cumprimento de sentença*, II, n. 7, p. 574. Para se chegar a essa conclusão, basta fazer o seguinte paralelo: uma dívida em que haja a obrigação solidária mas só um dos devedores é parte-ré em uma demanda em que sai vencido, não se cogita de cobrar honorários de sucumbência daquele outro devedor solidário. Quando ocorre a desconsideração no cumprimento de sentença, dá-se o fenômeno do *litisconsórcio ulterior* (*supra*, n. 51), de modo que o sócio e a pessoa jurídica serão cobrados pela dívida dita principal, enquanto as obrigações criadas dentro do processo serão de responsabilidade exclusiva da pessoa jurídica.

Esse aparente conflito com a coisa julgada e a desconsideração tem relevância porque há a *eficácia abstrata do título executivo*, a qual libera o juiz “de qualquer investigação acerca do direito afirmado pelo demandante”.⁴⁸³ Essa eficácia, mais do que ser uma presunção de existência do direito daquele que executa, impede qualquer conhecimento do juiz no tocante ao mérito do crédito executado. Assim é porque, como dizia LIEBMAN, toda a mola legitimadora da execução reside no título. Justamente por isso, sem título executivo não se instaura qualquer de forma válida de execução e não se efetiva qualquer ato construtivo. Essa exigência do título está positivada de forma muito clara no art. 568, inc. I do Código de Processo Civil, ao dispor que o devedor assim reconhecido é o sujeito passivo ordinário para a execução. Claro que essa eficácia abstrata do título não é absoluta e, por exemplo, a possibilidade de instauração do processo incidente de impugnação ou de embargos à execução de mérito são claras exceções a esse postulado.

Outra exceção ocorre quando a responsabilidade se separa da obrigação e atinge terceiro distinto do devedor. São situações nas quais ocorre uma *extensão da eficácia executiva do título*,⁴⁸⁴ como se dá nas hipóteses elencadas no art. 592 do Código de Processo Civil. Assim são, p.ex., o terceiro proprietário de bem vinculado pelos direitos de garantia real, o cônjuge e o sócio. E como já visto, esse artigo tem integral aplicação quando se trata de desconsideração da personalidade jurídica (*supra*, n. 67). Em outras palavras, essa *extensão* aumenta os legitimados à execução forçada, porque pessoas que não estão indicadas no título como devedores também têm seu patrimônio responsável. Trata-se então da *legitimidade passiva extraordinária*.⁴⁸⁵ São terceiros que, nos dizeres de LIEBMAN, “não são partes na execução; apesar disso suportam suas consequências, não podendo subtrair seus ao destino que os aguarda”.⁴⁸⁶

Apesar de eles terem legitimidade extraordinária para a execução, não foram partes no processo e não puderam participar do contraditório realizado. Em situações como essa, é ultrajante à garantia constitucional do contraditório e

⁴⁸³. DINAMARCO, *Execução civil*, n. 312, p. 489.

⁴⁸⁴. LIEBMAN, *Problemi del processo civile*, p. 373.

⁴⁸⁵. ARAKEN DE ASSIS, *Manual da execução*, n. 107, pp. 398-399.

⁴⁸⁶. LIEBMAN, *Processo de execução*, n. 39, p. 75.

ampla defesa penhorar bens seus sem que lhes seja dada a oportunidade de reagir.⁴⁸⁷ Portanto, primeiro deve-se realizar o contraditório e depois haver eventual constrição (*supra*, n. 49). E também 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 (*infra*, n. 74).

Assim, está plenamente compatível a regra trazida pelo art. 472 do Código de Processo Civil com a desconconsideração da personalidade jurídica ocorrida *in executivis*, na medida em que não será transgredida nenhuma regra constitucional de ampla defesa.⁴⁸⁸

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça parte de uma premissa equivocada para chegar a mesma conclusão a que se ora chega. Ela entende que a desconconsideração da personalidade jurídica havida na execução não viola o preceito do art. 472 do Código de Processo Civil, porque o sócio-controlador é considerado parte na fase de conhecimento.⁴⁸⁹ Esse fundamento, inclusive, seria o que justificaria a desnecessidade de demanda autônoma para a desconconsideração. Essa premissa da Corte é equivocada, porque o sócio-controlador é sim terceiro se não foi inserido como parte no processo de conhecimento (*supra*, n. 41). É legítima sua inclusão como sujeito passivo na execução, em razão dele ser *legitimado passivo executivo extraordinário* e seus bens responderem por dívida alheia (*responsabilidade executiva secundária* – *supra*, n. 66).

⁴⁸⁷. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.402, p. 156.

⁴⁸⁸. Sem abordar o aspecto ora defendido, ANDRÉ PAGANI DE SOUZA também sustenta ser compatível a desconconsideração da personalidade jurídica com a limitação da coisa julgada às partes do processo (CPC, art. 472), por entender que “a inclusão dos integrantes da pessoa jurídica no processo deve dar-se por meio da citação. Logo, se todos os envolvidos na desconconsideração da personalidade jurídica foram citados, eles deixam de ser terceiros em relação ao processo”, in *Desconconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, n. 4.2, p. 154. Na verdade, o autor não aborda essa questão frontalmente, porque parte da premissa de que o sócio foi citado para a execução.

⁴⁸⁹. Assim afirma o Superior Tribunal de Justiça: “a alegação de que houve vulneração do art. 472 do CPC - porquanto a coisa julgada, segundo entende a recorrente, não poderia atingir terceiros que não foram partes no processo de conhecimento - não prospera. O acolhimento do recurso, nesse particular, exigiria do exequente o ajuizamento de ação autônoma para desconstituir a personalidade jurídica da recorrente, tese já afastada pela jurisprudência da Casa”, STJ, 4ª T., Resp 1071643/DF, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 2.4.09, v.u., DJ 13.4.09. Sem adentrar nessas questões, mas entender ser possível a compatibilização: STJ, 1ª T., Resp 590866/PR, rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, j. 17.10.06, v.u., DJ 7.11.06. Em situações nas quais a eficácia da sentença e coisa julgada se estendem ilegitimamente a terceiros, corretamente a jurisprudência entende haver nulidade: STJ, 4ª T., Resp 347524/SP, rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, j. 18.2.03, v.u., DJ 19.5.03; 4ª T., Resp 268020/SP, rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, j. 13.11.01, v.u., DJ 18.2.02; 3ª T., RONS 12418/PR, rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. 27.2.02, v.u., DJ 7.10.02.

70. Ordem de penhora do art. 655 do Código de Processo Civil e desconsideração da personalidade jurídica

Questão pouco discutida é se há *interesse* do credor em desconsiderar a personalidade jurídica quando o bem preferencialmente penhorável não é encontrado. Em exemplo: a sociedade não possui dinheiro mas tem bens imóveis em seu patrimônio, enquanto o sócio que agiu em fraude tem dinheiro suficiente disponível. Pode ocorrer desconsideração nessa hipótese?

Na verdade, a questão gira em torno do art. 655 do Código de Processo Civil. Tal dispositivo traz a *ordem de preferência de penhora*. Pela enumeração ali disposta, percebe-se facilmente que a intenção do legislador foi transformar a execução em resultado prático, sempre em benefício do credor.⁴⁹⁰ Mas essa ordem é meramente preferencial e não há qualquer nulidade se a escolha não seguir essa regra,⁴⁹¹ mas o ônus de trazer argumentos que justifiquem a mudança é do executado.

Outros bens que não dinheiro também integram o patrimônio da pessoa jurídica e a mera ausência de pecúnia não é motivo suficiente para a penhora de bens do sócio. Isso porque somente há interesse na desconsideração quando há insolvência da pessoa jurídica, ou seja, se ela não tem patrimônio suficiente para arcar determinado débito (*supra*, n. 46). Havendo pois outros bens que não dinheiro, ainda que de menor liquidez, carece de interesse o credor em desconsiderar a personalidade jurídica.

71. Formas de defesa do sócio na execução antes da citação ou comparecimento espontâneo

É importante averiguar a defesa do sócio que sofreu a desconsideração da personalidade jurídica quando esta ocorre no processo ou fase executiva. A melhor maneira de fazer essa análise é a partir da situação processual que o

⁴⁹⁰. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.529, p. 361.

⁴⁹¹. Na doutrina, DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.529, p. 362. Na jurisprudência, STJ, 2ª T., Resp 791573/RS, rel. Ministra ELIANA CALMON, j. 7.2.06, v.u., DJ 6.3.06.

sócio se encontra. Para isso, devem ser separados dois momentos: se o sócio foi citado ou não e se houve alguma constrição de seu patrimônio. Grande parte da defesa *in executivis* gira em torno desses momentos e com a desconsideração não podia ser diferente.

Quando o sócio não foi ainda citado (i.é, não é ainda parte no processo em que se dá o ato impugnado – *supra*, n. 41 e 62) e não houve constrições mas a questão da desconsideração já está posta, a sua defesa pode se dar por meio da oposição de *embargos de terceiro*.⁴⁹² Esse é o caminho hábil para que terceiros discutam constrições indevidas realizadas em determinada execução. A discussão dos embargos envolverá a responsabilidade ou não dos bens do sócio. Com isso, nessa seara que se dará o embate acerca dos requisitos que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica.

Apesar de a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aceitar a tese de que o sócio não citado está autorizado a opor embargos de terceiro,⁴⁹³ há entendimento de que a simples desconsideração da personalidade jurídica torna o sócio parte na execução. Assim seria porque "a desconsideração da pessoa jurídica torna cada um de seus sócios parte no processo de execução, porquanto a desconsideração da personalidade suprime o sujeito de direito representado pela pessoa jurídica, fazendo-o substituir-se, por ampliação subjetiva, pelas pessoas de seus sócios, sejam essas naturais ou jurídicas".⁴⁹⁴ Esse entendimento não merece prevalecer, porque como já visto, (a) não há sucessão processual quando se fala em desconsideração da personalidade jurídica (*supra*, n. 45) e também porque (b) o que torna o sócio parte no processo é a citação ou o comparecimento espontâneo, como corretamente diz DINAMARCO.⁴⁹⁵ Apesar de aqui ser defendido que o sócio que sofreu a desconsideração ser considerado terceiro, também na doutrina essa questão não é unânime. ANDRÉ PAGANI DE SOUZA defende que em situações assim o caso seria de oposição de embargos do executado (ou impugnação) e não de terceiro. Mas esse monografista reconhece que se está diante de uma *zona de penumbra*, o que faz corretamente surgir à tona a fungibilidade entre embargos de terceiro, embargos

⁴⁹². Para detalhamento da sistemática dos embargos de terceiro, *cfr.* MARCATO, *Procedimentos especiais*, nn. 157-163, pp. 257 s.

⁴⁹³. STJ, 3ª T., RMS 19.633/SP, rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 6.10.05, v.u., DJ 24.10.05; 5ª T., RMS 13.675/PR, rel. Ministra LAURITA VAZ, j. 26.4.05, v.u., DJ 23.5.05; 4ª T., Resp 140564/SP, rel. Min. BARROS MONTEIRO, j. 24.10.04, v.u., DJ 17.12.04.

⁴⁹⁴. STJ, 3ª T., RMS 16.724/SP, rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 19.8.03, v.u., DJ 2.8.04; 5ª T., AgRg no AgRg no AI 656.172/SP, rel. Min. ESTEVES LIMA, j.4.10.05, v.u., DJ 14.11.05.

⁴⁹⁵. *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.806, p. 874.

à execução e impugnação.⁴⁹⁶ Assim, ainda que se adote uma ou outra posição e respeitados os requisitos dessa relativa fungibilidade entre uma e outra tutela (como oposição de embargos de terceiro dentro do prazo de embargos à execução ou impugnação e inexistência de erro grosseiro para casos em que não haja dúvida), a defesa do sócio não pode deixar de ser admitida.

E não é necessário que o terceiro aguarde constrição de seu patrimônio para ter interesse jurídico na sua defesa, pois os embargos de terceiro são ambivalentes, na medida em que podem ter caráter preventivo ou repressivo. Dispensa-se então todo o constrangimento de uma constrição quando o próprio artigo 1.046 do Código de Processo Civil fala que os embargos de terceiro têm cabimento quando houver turbacão ou esbulho, ou seja, ameaças à invasão patrimonial. Esse caráter *preventivo* dos embargos é pacificamente aceito pela doutrina e jurisprudência e não é imprescindível que se aguarde eventual penhora, pois são admissíveis os embargos quando se está na *iminência* de alguma constrição.⁴⁹⁷ O legitimado ativo será o sócio-terceiro que teve os bens constritos ou está para sofrer alguma constrição e a legitimidade passiva será do exequente, pela simples razão de que ele será o beneficiado pela penhora realizada. Será também necessariamente litisconsorte o executado quando de algum modo ele tiver participado da indicação da constrição do bem do sócio-terceiro.⁴⁹⁸

O *mandado de segurança* é em tese admitido,⁴⁹⁹ mas desde que não seja necessária dilação probatória e não caiba recurso dotado de efeito suspensivo contra essa decisão. Como visto acima (*supra*, n. 62), poderá o sócio também interpor *recurso na qualidade de terceiro prejudicado* contra a decisão que *in executivis* desconsidera a personalidade jurídica e declara os bens do sócio responsáveis. A nova

⁴⁹⁶. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, n. 3.5, p. 139.

⁴⁹⁷. Sobre a adequação dessa tutela jurisdicional quando se trata de ameaça, na doutrina DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.808, pp. 877-878; na jurisprudência, NEGRÃO-GOUVÊA, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, nota n. 4a ao art. 1046 do Código de Processo Civil, p. 1.110. Em um caso que trata de desconsideração da personalidade jurídica, o Superior Tribunal de Justiça faz a ressalva de que haja “ameaça real ou iminente de constrição judicial”, consoante voto do Min. CASTRO MEIRA no Resp n. 214525/CE, 2ª T., j. 17.8.04, v.u..

⁴⁹⁸. Para procedimento e peculiaridades dos embargos de terceiros, *cfr.* ARAKEN DE ASSIS, *Manual da execução*, §§ 128 ss., pp. 1.193-1.223; DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, IV, nn. 1.804-1.821, pp. 866-895.

⁴⁹⁹. Registre-se respeitável posição contrária de ANDRÉ PAGANI DE SOUZA, *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, n. 3.6, p. 146.

sistemática, introduzida pela lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, alterou o procedimento do *writ* e possibilitou-se expressamente a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra ato judicial do qual não caiba recurso (art. 5º, inc. II).⁵⁰⁰ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que são restritas as situações nas quais a desconsideração possa ser atacada via mandado de segurança, justamente por ser necessária a dilação probatória para se apurar a ocorrência *in casu* de algum requisito que autorize a desconsideração.⁵⁰¹

72. Formas de defesa do sócio na execução depois da citação

Tendo o sócio já sido citado ou comparecido espontaneamente no processo executivo, não mais serão admissíveis os remédios típicos de terceiro porque ele será considerado parte no processo.

Tratando-se de cumprimento de sentença (execução de título judicial), a defesa típica do agora executado se dará por meio de *impugnação*. Discute-se na doutrina acerca da exigibilidade ou não de prévia constrição, costumeiramente chamada de garantia do juízo, como pressuposto de admissibilidade da impugnação. Apesar de grande parte entender que sim,⁵⁰² registre-se respeitável posição de BEDAQUE, para o qual o prazo do art. 475-J do Código de Processo Civil fixa também o prazo para impugnação, independente de segurança do juízo.⁵⁰³

Se a execução for de título extrajudicial, a defesa será por meio de *embargos à execução* e não impugnação. Na verdade, trata-se do mesmo instituto

⁵⁰⁰. Como afirma CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, essa possibilidade já era amplamente consagrada na doutrina e jurisprudência, *A nova lei do mandado de segurança*, n. 6, p. 20. Assim também entende HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *O mandado de segurança segundo a lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*, n. 6, p. 16.

⁵⁰¹. STJ, 4ª T., RMS 24070/SP, rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, j. 25.11.08, v.u., DJ 5.2.09; 4ª T., RMS 21625/SP, rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. 6.12.07, v.u., DJ 17.12.07; 3ª T., RMS 19633/SP, rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 6.10.05, v.u., DJ 24.10.05; 4ª T., RMS 5498/SP, rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, j. 14.12.04, v.u., DJ 2.5.04; 4ª T., RMS 12873/SP, rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. 2.12.03, v.u., DJ 19.12.03; 3ª T., RMS 15312/MG, rel. Min. MENEZES DIREITO, j. 20.5.03, v.u., DJ 4.8.03.

⁵⁰². ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Cumprimento da sentença civil*, n. 21, p. 63; ARAKEN DE ASSIS, *Cumprimento da sentença*, n. 112, p. 333.

⁵⁰³. “Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória”, *Revista do Advogado* n. 85, pp. 74-75.

com duas denominações distintas, porque ambos são processos autônomos e não meros incidentes.⁵⁰⁴ O prazo para embargar conta-se a partir da juntada aos autos do mandado de citação, consoante regra disposta no art. 738 do Código de Processo Civil.

73. Outras defesas (objeção de pré-executividade, embargos de segunda fase, meios impugnativos autônomos)

As defesas acima enumeradas são as clássicas e típicas que o sócio pode apresentar, seja ainda como terceiro ou já na qualidade de parte. Mas não são as únicas.

Pode o sócio também apresentar a criação jurisprudencial chamada *objeção de pré-executividade* (ou exceção de pré-executividade) para discutir questões de ordem pública ligada à execução e que não dependam de dilação probatória. Essa defesa pode ser apresentada pelo sócio em qualquer momento. Inclusive se admite sua apresentação até mesmo após a oposição de impugnação ou embargos à execução, desde que não trate de questão já decidida nessa seara. Pode o sócio também opor *embargos de segunda fase*, para tratar de questões ligadas à arrematação ou adjudicação,⁵⁰⁵ nos termos do art. 746 do Código de Processo Civil. Também poderá valer o sócio – terceiro ou parte – das chamadas *defesas heterotópicas*, como a ação rescisória, demanda anulatória (CPC, art. 486), *querela nullitatis*, demanda declaratória de inexistência de relação jurídica *etc.* Há portanto uma gama de defesas que tratam de questões prejudiciais à execução e que podem ser levantadas pelo sócio, mesmo que ainda não seja parte no processo, mas que afetará diretamente a sua responsabilidade. Porque contendo qualquer vício a execução, ele terá interesse jurídico em levantar tais questões para não ser atingido pela desconsideração da personalidade jurídica e, por consequência, seu patrimônio não ser afetado por uma açodada demanda.

⁵⁰⁴. Para a semelhança entre esses institutos, *cfr.* DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, IV, nn. 1.746 e 1.746-A, pp. 742-748.

⁵⁰⁵. Sobre o tema, *cfr.* ROGÉRIO LICASTRO TORRES DE MELLO, *O responsável executivo secundário*, n. 9.3, pp. 118 ss.. O autor inclusive defende de forma acertada a possibilidade de discussão da prescrição nessa seara.

74. O conteúdo da defesa do sócio na impugnação (inaplicabilidade do art. 475-L do Código de Processo Civil)

Feitas essas observações sobre as formas de defesa do sócio na execução, é necessário verificar se a ele é aplicável o art. 475-L do Código de Processo Civil, o qual limita drasticamente o conteúdo da defesa do executado. Segundo tal dispositivo, a impugnação somente versará sobre falta ou nulidade de citação, inexigibilidade do título, penhora incorreta ou avaliação errônea, ilegitimidade das partes, excesso de execução ou qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, desde que superveniente à sentença.

Essa limitação imposta pela lei não pode ser aplicada àquele que sofreu a desconsideração da personalidade jurídica. Fere o *landmark* da garantia constitucional do contraditório e ampla defesa limitar o conteúdo da defesa de alguém que nunca participou do processo antes e não teve sequer chance de impor seu argumentos à cognição do Poder Judiciário. Mesmo porque, a pessoa jurídica pode ter sido mal assessorada no processo de conhecimento e alguns elementos essenciais podem não ter sido discutidos. Portanto, o sócio pode plenamente (a) negar a qualidade de responsável, (b) discutir a admissibilidade da desconsideração e (c) atacar a própria existência da relação jurídica principal. Esse pensamento está em plena consonância com a processualística moderna e converge para o *processo civil de resultados*.⁵⁰⁶

⁵⁰⁶. Nesse mesmíssimo sentido é a posição de MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONÍCIO, “A dimensão da ampla defesa dos terceiros na execução em face da nova ‘desconsideração inversa’ da personalidade jurídica”, *Revista do Instituto dos advogados de São Paulo*, n. 23, pp. 242-243. Mas faz o autor uma ressalva de que “é preciso lembrar que o processo de execução tem objetivos bastantes simples, consistentes em conferir resultado prático ao credor, o que significa, a toda evidência, que o processo de execução não comporta discussões muito complexas, ou que possam demandar cognição profunda a respeito de um determinado direito”. Também SIDNEI AMENDOEIRA JR., ao afirmar que deve ser dada ao sócio “a oportunidade de promover na impugnação todas as defesas que teria no processo de conhecimento não podendo limitá-las ao disposto no art. 475-L do CPC, sob pena de cerceamento de seu direito de defesa”, in “Aspectos processuais da responsabilidade patrimonial dos sócios”, *Execução civil e cumprimento de sentença*, II, n. 7, p. 574. Na jurisprudência, a posição de amplitude de defesa do sócio é aceita pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante a seguinte ementa: “quem, na condição de sócio, é citado para responder pelo débito da sociedade, assume a condição de parte passiva na relação processual; a respectiva defesa é ampla, seja negando a qualidade de responsável, seja atacando a própria existência do débito”, *cfr.* 3ª T., Resp 159.659/SP, rel. Min. ARI PARGENDLER, j. 24.9.02, v.u., DJ 2.12.02.

75. As fraudes do devedor (sociedade) e do responsável (sócio)

Todas as fraudes que o devedor pode cometer e toda a repressão cominada em lei também se aplicam aos meros responsáveis, como são aqueles atingidos patrimonialmente pela desconsideração da personalidade jurídica. Assim é porque se a lei quer que o terceiro responda por dívida alheia com seu patrimônio próprio e as eventuais alienações ou onerações que ele fizer, constituirão “atos de insurgência à lei e frustração às expectativas do credor – tanto quanto o seriam os atos de diminuição patrimonial realizados pelo próprio obrigado”.⁵⁰⁷

Portanto, aquele que é atingido pela desconsideração da personalidade jurídica, por ser responsável, fica sujeito a sanções que repelem a fraude contra credores, fraude de execução e alienação ou oneração do bem penhorado. Esses três institutos constituem *atos válidos* de disposição de bens, mas que não terão *eficácia* suficiente para impedir sua utilização na via executiva para satisfação do credor. Em outras palavras, esses atos “produzem seus efeitos normais, menos esse de subtrair o bem à responsabilidade pelas obrigações do devedor que os alienou ou os gravou com um ônus real”⁵⁰⁸ e a ordem processual oferece meios específicos para neutralizar a eficácia de cada uma das espécies de fraude, como se verá mais abaixo juntamente com a relação sobre tema ora estudado.

Todos esses atos de redução do patrimônio trazem consigo a idéia da insuficiência patrimonial (*supra*, n. 46), que é colocada como requisito comum da fraude contra credores e fraude à execução, porque é justamente aí que está o perigo e o combate ao ato fraudulento. Essa insolvência gerada ou agravada mediante a disposição de bens responsáveis gera um *fato constitutivo* do direito do credor à execução sobre esse bem, como diz DINAMARCO.⁵⁰⁹ Então é do credor o *onus probandi* da insolvência, consoante a regra de distribuição dos ônus da prova disposta no art. 333, inc. I do Código de Processo Civil. Mas há situações em que ocorrem presunções legais, dispostas no art. 750 do mesmo Código. Elas ocorrem quando o executado é intimado a indicar os bens

⁵⁰⁷. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.584-A, p. 453.

⁵⁰⁸. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.568, p. 423. Apesar de o mestre utilizar a expressão *devedor*, ele concorda plenamente com que as fraudes do devedor sejam aplicadas também ao mero responsável, como exposto na nota e texto acima.

⁵⁰⁹. *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.574, p. 435.

suficientes para satisfação da execução e não o faz (CPC, art. 752, § 3º) e se conclui que ele não tem após razoáveis diligências (registro de imóveis, busca por contas bancárias *etc.*) ou ainda quando ocorre alguma das hipóteses que autorizam o arresto e cautelar (CPC, art. 813). DINAMARCO⁵¹⁰ também traz uma hipótese que é de regra geral sobre distribuição do *onus probandi*, que é a dispensa da prova quando houver notoriedade da insolvência (CPC, art. 334, I; CC, art. 159). Se for presumida a insolvência, o ônus da prova se inverte e caberá ao executado a demonstração do equilíbrio econômico-financeiro positivo do seu patrimônio, pois inequivocamente se trata de presunção relativa.

76. Fraude contra credores

Essa espécie de fraude é caracterizada pela criação ou agravamento de uma situação de insolvência criada antes que haja um processo pendente mas depois da instituição de uma obrigação pelo alienante do bem, ainda que a obrigação não seja ainda exigível. Portanto, afronta somente o credor e não a dignidade da Justiça.⁵¹¹ Apesar de o Código Civil de 2002 repetir o mesmo equívoco do Código Civil de 1916 e tratar a fraude contra credores como se fosse caso de anulabilidade (CC-02, arts. 158-165), trata-se de um caso de *ineficácia*. Se fosse mesmo anulável o negócio praticado em fraude contra credores, (a) eventual saldo remanescente da execução pertenceria ao executado e não ao adquirente, se (b) a oposição do alienante-executado fosse procedente e a execução extinta, o bem retornaria para o seu patrimônio e não para o do adquirente e (c) este não teria como depositar o valor do crédito da execução e livrar-se da expropriação porque o bem seria o do executado e não seu.⁵¹² Ora, facilmente percebe-se o absurdo dessas afirmações, o que demonstra de forma inequívoca que a fraude contra credores é caso de ineficácia e não de vício do negócio jurídico praticado entre adquirente e alienante.

Para que haja a fraude contra credores é imprescindível a existência de *consilium fraudis*, ou seja, que esteja presente o envolvimento do adquirente

⁵¹⁰. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.574, p. 435.

⁵¹¹. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.568, p. 423.

⁵¹². DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.568, p. 423.

na fraude, a menos que o ato seja gratuito (p.ex., doações e remissões de dívida). Mas sendo o ato de alienação oneroso, só haverá a fraude se o adquirente tiver conhecimento do estado patrimonial do alienante, o que pode ser averiguado por meio de *diligências ordinárias*.⁵¹³

Como os bens alienados em fraude contra credores não estão entre aqueles penhoráveis (CPC, art. 592), é necessário o ajuizamento da histórica *actio pauliana*, porque a princípio o ato fraudulento é capaz de extrair o bem da responsabilidade da execução. Ele só poderá servir novamente a via executiva quando houver uma sentença que reconhece a fraude, nos termos do art. 161 do Código Civil. O efeito da sentença será o de “reestabelecer a responsabilidade executiva sobre o que fora objeto da fraude contra credores”, como diz DINAMARCO. Trata-se pois de uma sentença constitutiva-positiva, porque criará uma situação jurídica antes inexistente, que é a capacidade de o bem ser penhorado.⁵¹⁴ A legitimidade *ad causam* ativa será dos credores à época da alienação, mesmo que a dívida não possa ainda ser exigível (CC, arts. 158, § 2º e 161)⁵¹⁵ e o resultado da demanda só aproveitará o credor que a propôs, porque não se trata de anular o negócio jurídico mas somente de reconhecer a sua eficácia perante aquele crédito. Já a legitimidade passiva será somente do adquirente do bem, apesar de o Código Civil deixar transparecer em seu art. 161 que a legitimidade do devedor seria conjunta, mas DINAMARCO corretamente critica essa posição porque a sentença da *ação pauliana* em nada afetará a sua esfera de direitos.⁵¹⁶

Para o tema da desconsideração da personalidade jurídica, percebe-se uma aproximação com esse rico tema da fraude contra credores, como defende parte da doutrina.⁵¹⁷ A desconsideração da personalidade jurídica difere-se da fraude

⁵¹³. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.575, p. 437.

⁵¹⁴. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.576, p. 438.

⁵¹⁵. Há posição em sentido contrário na jurisprudência. Entretanto tal entendimento está de acordo com os ensinamentos de DINAMARCO, exposto nas suas *Instituições*, IV, n. 1.576, p. 440.

⁵¹⁶. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.576, p. 439. Registre-se posição jurisprudencial em sentido contrário, ou seja, de que há litisconsórcio passivo-necessário entre devedor e alienante.

⁵¹⁷. Como é o caso de MARIA HELENA DINIZ: “a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica visa impedir a fraude contra credores, levantando o véu corporativo, desconsiderando a personalidade jurídica num dado caso concreto, ou seja, declarando a ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, portanto, para outros fins permanecerá incólume. Com isso alcançar-se-ão pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos, pois a personalidade

contra credores em um ponto importantíssimo: enquanto esta necessita de uma demanda para surtir efeitos (CC, arts. 158-161), aquela pode ser feita sem a necessidade de uma demanda autônoma, bastando um incidente na própria execução (*supra*, nn. 48-49). Na verdade, nem existe uma razão teleológica para que a fraude contra credores seja feita em uma demanda com esse fim específico, talvez seja o fato dessa espécie de fraude interessar somente ao credor e não à Justiça.

Eis um exemplo da prática de algum ato que pode gerar a fraude contra credores. Uma sociedade contrai determinada obrigação. Seu sócio-controlador desvia o patrimônio da sociedade para terceiros, para frustrar o adimplemento da obrigação então contraída. Em uma situação como essa certamente o credor poderá ajuizar a *ação pauliana*, apesar desse fato não estar diretamente ligado à desconsideração. Mas percebe-se que a fraude contra credores visa a responsabilizar determinado bem enquanto a desconsideração tem como função principal responsabilizar o patrimônio do sócio enquanto *responsável*.

77. Fraude à execução

A fraude à execução é um instituto tipicamente brasileiro e se dá quando é realizado algum ato de disposição do patrimônio depois de instaurado o processo, ainda que seja de cognitivo. O art. 593 do Código de Processo Civil elenca duas situações nas quais essa fraude ocorre: quando (a) o executado aliena ou grava com ônus real o bem sobre o qual pende uma “ação real” e com isso frustra futura execução específica para entrega de coisa certa ou (b) dispõe de seu patrimônio, criando ou agravando uma situação de insolvência.

A fraude contra credores assemelha-se à fraude à execução pelo seu objetivo de proteger a responsabilidade executiva, de gerar a ineficácia do ato fraudulento e ter a insolvência como ato que as configure. E a diferença está que esta exige

jurídica não pode ser um tabu que entrave a ação do órgão judicante”, in *Curso de direito civil brasileiro*, I, pp. 256-257.

a *pendência de um processo* como requisito para sua existência.⁵¹⁸ Pender uma demanda não significa necessariamente execução, tampouco que seja necessária penhora ou qualquer ato de constrição. Basta a pendência de um processo de conhecimento e tanto a doutrina quanto jurisprudência são unânimes nesse sentido. Para fins de fraude executiva, caracteriza-se o momento inicial do processo a citação do demandado, pois antes disso razoável afirmar uma fraude da parte que não tinha conhecimento da litispendência. Mas DINAMARCO faz uma importante ressalva: “essa razão cessa quando por algum modo o demandado já tiver conhecimento da pendência do processo, antes de ser citado; essa é uma questão de fato a ser apreciada caso a caso, sendo legítimo considerar até mais maliciosa a conduta daquele que se furta à citação com o objetivo de desfazer-se de bens ou onerá-los, antes que esta se consume”.⁵¹⁹ Nesse mesmíssimo é também a posição de CARMONA, para o qual caberá sempre ao exequente o ônus de provar que o executado já estava ciente ao tempo em que houve essa alienação ou oneração fraudulenta.⁵²⁰ Há portanto situações excepcionalíssimas em que exigência de citação do demandado é afastada, quando houver o mínimo de segurança para configuração da fraude executiva, como também pensa o Superior Tribunal de Justiça.⁵²¹ Em um caso assim, o *onus probandi* de demonstrar a ciência do processo por parte do sócio que alienou seus bens em fraude é do credor.

⁵¹⁸. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.577, p. 441. O mestre faz ainda uma importante observação: “uma só conduta pode enquadrar-se simultaneamente nessas duas figuras fraudulentas – o que acontece quando, na pendência de um processo, o devedor aliena bens ou direitos em conluio com o adquirente, com o objetivo de reduzir-se à insolvência. Se o processo ainda não existisse, esse ato seria somente fraude contra credores. Se pendesse mas inexistisse a intenção fraudulenta do adquirente, seria apenas uma fraude de execução. Mas, se concorrem o *consilium fraudis* e a litispendência, eis o duplo enquadramento; naturalmente, é sempre indispensável que o ato haja reduzido o devedor à insolvência ou produzido o agravamento desta. Em casos assim, o princípio da absorção manda que se imponham as regras mais enérgicas e mais objetivas referentes à fraude de execução, desprezando-se as da *fraus pauliana*”.

⁵¹⁹. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.578, p. 443.

⁵²⁰. CARLOS ALBERTO CARMONA, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 1.951.

⁵²¹. Em recente julgado, o Min. SIDNEI BENETI chegou à correta conclusão de que o alienante sabia da existência do processo, porque havia sido citado na condição de representante da parte: “a citação pessoal da alienante ora Recorrente é posterior à alienação dos imóveis em litígio. Sucede, porém, que, antes disso ela já havia sido citada na condição de representante do espólio do seu pai, a quem pertenciam originariamente os imóveis e contra quem havia sido proposta originariamente a execução. Tal circunstância revela-se suficiente para que se tenha por satisfeita a exigência jurisprudencial do conhecimento prévio”. Uma situação como essa guarda um paralelo exato com a tese ora defendida e também é aplicável à desconsideração da personalidade jurídica. *Cfr.* STJ, 3ª T., REsp 1067216/PR, rel. Min. SIDNEI BENETI, j. 26.5.09, v.u., DJ 24.6.09.

O legislador processual fez uma opção política⁵²² e o adquirente do bem só é afetado por esse ato de ineficácia quando tiver conhecimento da existência do processo ou houver razões para que não pudesse ignorá-la. Isso não significa que na fraude à execução haja o requisito do *consilium fraudis*, pois nesta não é necessário que o adquirente tenha a vontade ou consciência de que está aumentando a insolvência do alienante, pois basta que tenha ou deva saber da pendência de uma demanda. E diferente da fraude contra credores, a eficácia da fraude executiva é automática e imediata, o que demonstra o caráter mais rigoroso com que o legislador tratou essa fraude.

A desconsideração da personalidade jurídica pode gerar efeitos substanciais da litispendência ao sócio da demanda proposta contra a sociedade. Assim sendo, mesmo antes do chamamento formal do sócio para se responsabilizado patrimonialmente, pode-se configurar fraude executiva. Veja-se a seguinte situação já exposta acima: o sócio recebe, na qualidade de representante legal, citação para uma demanda movida contra a sociedade. Ou seja, somente a sociedade foi citada, apesar de o sócio-controlador já ter plenos conhecimentos da demanda. Sabedor de que a pessoa jurídica não terá patrimônio disponível suficiente para honrar a dívida e temeroso de que poderá sofrer os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica, esse sócio desvia o seu patrimônio. Em uma situação como essa, em que há segurança jurídica suficiente para se afirmar que o sócio tinha conhecimento da pendência da demanda antes de seu chamamento formal na qualidade de responsável patrimonial, pode-se afirmar que o bem do sócio foi alienado em fraude executiva. Lógico que se terá de analisar, caso-a-caso, a posição do adquirente, para concluir se prevalecerá sua boa-fé ou não. O importante para esse raciocínio são três características: a) a existência de uma situação que autorize a desconsideração da personalidade jurídica (ela *preexiste* – *supra* n. 64), que se tenha (b) o mínimo de segurança jurídica para se afirmar que o sócio tinha conhecimento da demanda pendente contra a sociedade (ou vice-versa, nas raras hipóteses de desconsideração inversa) e que (c) seja analisada a posição do adquirente, para se apurar se ele praticou as *diligências ordinárias* em busca da situação do alienante-executado. Ora, sendo alguém sócio de uma sociedade mercantil, são facilmente obtidos os dados da empresa mediante a busca na Junta Comercial como capital social, sócios *etc.* e com isso o

⁵²². Preferiu o legislador sacrificar o credor da execução ao adquirente do bem que realizou todas as diligências ordinárias, para aumentar o nível de segurança jurídica dos negócios jurídicos.

adquirente pode realizar pesquisas de demandas judiciais em nome da sociedade também. Esse raciocínio vem de encontro também com a garantia constitucional de duração razoável do processo (CF, art. 5º, inc. LXXVIII) e respeita o *due process of law*.

É o trato da fraude executiva com a desconsideração da personalidade jurídica.

78. Alienação de bem já constrito

Em uma ordem escalonada, essa é a mais grave das atitudes fraudulentas que se pode haver, porque se trata de resistir a uma ordem judicial já emitida e cumprida. Pois enquanto a fraude à execução é uma tentativa de se negar a responsabilidade patrimonial do bem, a alienação de bem constrito é a afronta ao ato já consumado.⁵²³ É tão mais grave esse ato fraudulento que essa ineficácia não depende da insolvência do executado. Mais uma vez estamos no campo da *eficácia*, porque a alienação de bem constrito é válida mas o adquirente adquire *cum onere suo*, nas palavras de LIEBMAN. A princípio a alienação de bem já constrito (seqüestrado, arrestado, apreendido, penhorado *etc.*) não é fraudulenta porque a penhora não é meio de transmissão de propriedade e o bem continua sendo do executado (*expropriação liquidativa*), mas o adquirente recebe com todos os pesos de uma execução e deve ser analisada a posição do adquirente, se ele está ou não de boa-fé. Mas para prevaleça a sua boa-fé é necessário que não haja o menor indício de má-fé na sua conduta.

Como o responsável também pratica atos fraudulentos, não resta dúvida de que a alienação de bem constrito se aplica também quando o sócio aliena bens já objeto de constrição judicial.

⁵²³. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, IV, n. 1.584, p. 450.

CAP. IV: ENCERRAMENTO

§ 9º. Desfecho

79. Conclusões

Todas as conclusões foram feitas nos itens acima expostos e lá estão as conclusões específicas.

A dissertação tratou do rico e controvertido tema da desconsideração da personalidade jurídica, um instituto que nasceu primeiramente na prática forense e que foi posteriormente estudado academicamente. Buscou-se analisar as *repercussões processuais* dessa teoria no processo civil brasileiro.

Estudou-se em primeiro lugar a desconsideração da personalidade jurídica sob a óptica do direito material. Depois se passou então ao estudo da desconsideração da personalidade jurídica pela óptica do direito processual civil, sobretudo a *desconsideração para fins de responsabilidade (Haftungsdurchgriff)*, que é aquela que tem projeção cotidiana no processo civil. Foram vistas *as técnicas processuais adequadas para a desconsideração*, com análise sobre os diversos tipos de processos e procedimentos no rico sistema brasileiro. Logo mais se analisou também *a desconsideração sob os diversos institutos processuais*: a sua relação com as partes, a *causa petendi*, o *petitum* e seu cúmulo. Além do que, enfrentou-se e superou-se o tema da desconsideração com a estabilização da demanda, ou seja, como se relaciona o ingresso do sócio quando a demanda já está subjetiva e objetivamente estabilizada. Depois se passou ao tema da necessidade ou não de demanda autônoma para que ocorra a desconsideração, se ela pode ocorrer *ex officio*, e a obrigatoriedade do contraditório e pronunciamento judicial antes de qualquer constrição do patrimônio do sócio.

Logo em seguida se passou ao tratamento da *desconsideração com a intervenção do sócio*: as modalidades e possibilidade de

intervenção, as formas litisconsorciais e de quem é o *onus probandi* quando o assunto é desconsideração.

Tratou-se também da *desconsideração e os atos judiciais*: a natureza do ato que desconsidera, os recursos cabíveis e momentos adequados, quem é legitimado em recorrer (se a pessoa jurídica ou o sócio), o conteúdo do ato e a questão da interrupção da prescrição ligada à desconsideração da personalidade jurídica.

A dissertação tratou também da *desconsideração na teoria da execução civil*. Nesse título afirmou-se a aplicabilidade integral do art. 592, inc. II, do Código de Processo Civil, e parcial do art. 596. *Parcial* porque o sócio não tem regresso contra a sociedade. Viu-se também que o sócio não é responsável pelos acessórios processuais; formas de defesa do sócio antes e depois de sua citação; outras formas de defesa; se ao sócio se aplicam as restrições do art. 475-L do Código de Processo Civil; e as possíveis fraudes que o responsável pode cometer.

A dissertação tratou de diversos assuntos que buscam a desequilibrar para o sócio que sofreu a desconsideração o *proveito* em algum evento que a autorize, porque o *risco* poderá ser considerável.

Relevante ponto que restou acima demonstrado são específicos *efeitos substanciais* da litispendência ao sócio da demanda proposta contra a sociedade. Isso porque, a alienação pelo sócio de bem seu após a citação de demanda movida à pessoa jurídica pode significar *fraude à execução*. Outra consequência daquela afirmação é a de que, na *arbitragem*, os efeitos da cláusula compromissória se estendem ao sócio e o árbitro poderá desconsiderar a personalidade jurídica nessa seara, ainda que de forma limitada. E também a interrupção da prescrição em face do sócio da demanda movida somente com a sociedade.

CAP. V: BIBLIOGRAFIA

- ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*, São Paulo, RT, 2007.
- ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, ristampa, Milão, Giuffrè, 1992.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1997.
- ALVIM, Thereza, *Aplicabilidade da teoria da desconsideração da pessoa jurídica no processo*, Revista de Processo n. 87, 1997.
- ANDRADE, Manuel A. Domigues de. *Teoria geral da relação jurídica*, I, 1ª ed., Coimbra, Almedina, 1997.
- ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, São Paulo, RT, 1979.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*, vol. I, 8ª ed., São Paulo, RT, 2003.
- _____ *Manual de direito processual civil*, vol. II, 8ª ed., São Paulo, RT, 2003.
- ASSIS, Araken de, *Cumprimento da sentença*, Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. *Curso de processo civil*, vol. I, 6ª ed., São Paulo, RT, 2002.
- _____ *Processo e ideologia*, Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*, vol. I, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998.
- BARBOSA MOREIRA, *Temas de direito processual*, São Paulo, Saraiva, 1988.
- _____ *Temas de direito processual*, 3ª Série, São Paulo, Saraiva, 1984.
- _____ *Temas de direito processual*, 7ª série, São Paulo, Saraiva, 2001.
- _____ *Temas de direito processual*, 8ª Série, São Paulo, Saraiva, 2004.
- _____ *Temas de direito processual*, 9ª Série, São Paulo, Saraiva, 2007.

- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001.
- _____. *Efetividade do processo e técnica processual*, São Paulo, Malheiros, 2006.
- BELTRAN, Ari Possidonio. “Questões polêmicas da fase executória”, *Revista do advogado*, n. 60, set/00.
- BENETI, Sidnei Agostinho. “Desconsideração da sociedade e legitimidade *ad causam*: esboço de sistematização”, in FREDIE DIDIER JR. e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (coord.), *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil*, São Paulo, RT, 2004.
- BIANQUI, Pedro Henrique Torres. “A desconsideração da personalidade jurídica: considerações sobre a origem do princípio, sua positivação e a aplicação no Brasil”, em coop. com SIMONE LAHORGUE NUNES, *Direito societário contemporâneo I*, São Paulo, Quartier Latin, 2009.
- BIGIAMI, Walter. *L'imprenditore occulto*, Padova, Cedam, 1954.
- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Embargos de declaração*, São Paulo, Saraiva, 2005.
- _____. *O novo CPC: a terceira etapa da reforma*, São Paulo, Saraiva, 2006.
- BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. “A dimensão da ampla defesa dos terceiros na execução em face da nova ‘desconsideração inversa’ da personalidade jurídica”, *Revista do Instituto dos advogados de São Paulo*, n. 23.
- BORGES, Florinda Figueiredo. “Os fundos de investimento – reflexões sobre a sua natureza jurídica”, *Direito societário contemporâneo I*, São Paulo, Quartier Latin, 2009.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006.
- _____. *Curso sistematizado de direito processual civil*, São Paulo, Saraiva, 2008.
- _____. “Variações sobre a multa do *caput* do art. 475-J do CPC na redação da Lei 11.232/2005”, in Teresa Arruda Alvim Wambier (org.), *Aspectos polêmicos da nova execução – 3*, São Paulo, RT, 2006.

- BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*, 2ª ed., S. Paulo, Saraiva, 2009.
- CAHALI, Yussef. *Honorários advocatícios*, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Access to Justice*, 1978, trad. port. de Ellen Gracie Northfleet, *Acesso à justiça*, Porto Alegre, Fabris, 2002 (em coop. com Bryant Garth).
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2004.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.
- _____. *Cumprimento da sentença civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2007
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, Nápoles, Morano, s.a..
- _____. *Istituzioni del processo civile italiano*, vol. I, 5ª ed., Roma, Foro it., 1956.
- _____. *Sistema di diritto processuale civile*, trad. esp. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo – Santiago Sentís Melendo, *Sistema de derecho procesal civil*, vol. II, Buenos Aires, Uteha.
- _____. *Teoria generale del diritto*, Roma, Foro it., 1940.
- CEOLIN, Ana Carolina Santos. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002
- CHIAPPINI, Júlio. “Lineamentos de las cargas probatorias ‘dinámicas’”, em coop. com JORGE W. PEYRANO, in INÉS LÉPORI WHITE (org.), *Cargas probatorias dinámicas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*, s.a., trad. port. de J. Guimarães Menegale, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, II e III, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1969.
- _____. *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1980.
- _____. *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1993.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, e GRINOVER, Ada Pellegrini, *Teoria Geral do Processo*, 24 ed., São Paulo, Malheiros, 2008.
- COELHO, Fábio Ulhoa. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o devido processo legal, *Repertório de Jurisprudência – RJ* 3, n. 2/2000.

- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Lezioni sul processo civile*, Bologna, Il Mulino, 1995
(em cooperação com MICHELE TARUFO e CORRADO FERRI).
- COMPARATO, Fabio Konder, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3ª ed., RJ, Forense, 1983
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de Direito das Sociedades I*, Almedina, 2007
_____ *Tratado de Direito Civil Português I*, Almedina, 2004
- COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1997.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação monitória*, 3ª ed., São Paulo, RT, 2001.
_____ *Constituição de 1988 e processo*, São Paulo, Saraiva, 1989 (em coop. com Rogério Lauria Tucci).
_____ *A motivação da sentença no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1987.
- DIDIER JR., Fredie. *Regras processuais no código civil*, 3ª ed., São Paulo, RT, 2008.
_____ “Pedido de falência frustrado pelo encerramento das atividades da empresa: conversibilidade de rito, desconsideração da personalidade jurídica e litisconsórcio eventual”, *Revista Forense* n. 360, mar-abr/02
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996.
_____ *Fundamentos do processo civil moderno*, vol. I, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.
_____ *Fundamentos do processo civil moderno*, vol. II, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.
_____ *Instituições de direito processual civil*, vol. I, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.
_____ *Instituições de direito processual civil*, vol. II, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.
_____ *Instituições de direito processual civil*, vol. III, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

- _____ *Litisconsórcio*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.
- _____ *Vocabulário do processo civil*, São Paulo, Malheiros, 2009.
- _____ *A instrumentalidade do processo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.
- _____ *Teoria geral do processo*, 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008.
- (em coop. com Ada Pellegrini Grinover e Antônio Carlos de Araújo Cintra).
- DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, São Paulo, Saraiva, 2001.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*, Pádua, Cedam, 1975.
- FERRAZ, Sérgio. Mandado de segurança (individual e coletivo) – aspectos polêmicos, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1992.
- FERRI, Corrado. *Lezioni sul processo civile*, Bologna, Il Mulino, 1995 (em cooperação com Michele Tarufo e Luigi Paolo Comoglio).
- FERRI, Giuseppe. *Le Società*, Torinese, 1971.
- FREDIANI, Yone. “Bem de família”, *Revista do direito do trabalho*, n. 111, jul-set/03.
- FRONTINI, Paulo Salvador. “Sociedade comercial ou civil entre cônjuges: inexistência, validade, nulidade, anulabilidade ou desconsideração desse negócio jurídico?”, *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, 43/45.
- GARTH, Bryant. *Access to Justice*, 1978, trad. port. de Ellen Gracie Northfleet, *Acesso à justiça*, Porto Alegre, Fabris, 2002 (em coop. com Mauro Cappelletti).
- GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2005.
- GOLDSCHMIDT, James. *Zivilprozessrecht*, s.a., trad. esp. de Leonardo Prieto Castro, *Derecho procesal civil*, Madrid, Labor, 1936.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- GOWER, Laurence. *The principles of modern company law*, 5ª ed., Stevens & Sons, Londres, 1992.
- GRECO FILHO, VICENTE. *Intervenção de Terceiros*, com a colaboração de ANTONIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, Saraiva, São Paulo, 2ª ed., 1996.
- _____ *Direito Processual Civil brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 17ª ed., 2003.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, 24^a ed., São Paulo, Malheiros, 2008 (em coop. com Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco).
- _____. “Da Desconsideração da Pessoa Jurídica (aspectos de direito material e processual”, *Revista Jurídica*, n. 320, jun-2004.
- GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*, t. I, 4^a ed., Civitas, 1998.
- GUEDES, Vinícius Mancini. “Sociedade e comunhão – os fundos de investimento”, *Direito societário contemporâneo I*, São Paulo, Quartier Latin, 2009.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*, São Paulo, Malheiros, 1995.
- HANADA, Nelson. *Da insolvência e sua prova na ação pauliana*, 3^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.
- JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozeßrecht*, 1998, trad. it. de F. Silveira Ramos, *Direito processual civil*, Coimbra, Almedina, 2002 (em coop. com Friedrich Lent).
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia*, 4^a ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*, São Paulo, RT, 1987.
- LARENZ, KARL. *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, traduzido para o espanhol como *Derecho Civil*, 3^a ed., Edersa, 1978.
- LASPRO, Oreste N. de S. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*, 1^a ed., São Paulo, RT, 1995.
- LEITE, Clarisse Frechiani Lara. “O novo conceito de sentença”, in Susana Henriques da Costa (org.), *A nova execução civil – lei 11.232/05*, São Paulo, Quartier Latin, 2006.
- _____. *A prejudicialidade no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 2006.
- LENT, Friedrich. *Zivilprozeßrecht*, 1998, trad. it. de F. Silveira Ramos, *Direito processual civil*, Coimbra, Almedina, 2002 (em coop. com Othmar Jauernig).
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, São Paulo, RT, 2002.

- _____ *O objeto litigioso e direito superveniente no processo civil*, tese de doutorado apresentada em 2004 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação de José Rogério Cruz e Tucci.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, 1980, trad. port. de Cândido Rangel Dinamarco, *Manual de direito processual civil*, vol. I, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.
- _____ *Le Opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, Roma, Foro Italiano, 1936.
- _____ *Manuale di diritto processuale civile*, vol. II, 4ª ed., Milano, Giuffrè, 1984.
- _____ *Problemi del processo civile*, Napoli, Morano, 1962.
- _____ *Processo de execução*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1963.
- LIMA JÚNIOR, Marcos Aurélio. “Fraude-configuração-prova-desconsideração da personalidade jurídica”, *Revista dos tribunais*, n. 783, jan/00, em coop. com LUIZ GUILHERME MARINONI.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória.*, São Paulo, Malheiros, 2006.
- _____ *Honorários advocatícios no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 2006.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Recurso Especial e Extraordinário*, 8ª ed, 2003, RT, São Paulo.
- MARCATO, Antônio Carlos. *O processo monitorio brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001.
- _____ *Procedimentos especiais*, São Paulo, Atlas, 2004.
- _____ “Breves considerações sobre jurisdição e competência”, *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, n. 20, dez-mar/98.
- _____ “O reconhecimento *ex officio* do caráter abusivo da cláusula de eleição de foro”, *Revista da escola paulista da magistratura*, mai-out/97.
- MARINONI, Luiz Guilherme. “Fraude-configuração-prova-desconsideração da personalidade jurídica”, *Revista dos tribunais*, n. 783, jan/00, em coop. com MARCOS AURÉLIO DE LIMA JÚNIOR.

- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vols. I a V, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1963.
- MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999.
- MELLO, Rogério Licastro Torres de. *O responsável executivo secundário*, São Paulo, Quartier Latin, 2006.
- MICHELI, Gian Antonio, *L'onere della prova*, s.a..
- MOLINA PASQUEL, Roberto. *Contempt of court – correcciones disciplinarias y medios de apremio*, México, Fondo de Cultura Economica, 1954.
- MONTESANO, Luigi. “Le prove disponibili d’ufficio e l’imparzialità del giudice”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1978
- MUNHOZ, Eduardo. “Arbitragem e grupos de sociedades”, in HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da lei 9.307/1996*, São Paulo, Malheiros, 2008.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor*, 41ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009 (em coop. com José Roberto Ferreira Gouvêa).
- NUNES, Marcio Tadeu Guimarães, *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. SP: Quartier Latin, 2007
- NUNES, Simone Lahorgue. “A desconsideração da personalidade jurídica: considerações sobre a origem do princípio, sua positivação e a aplicação no Brasil”, em coop. com Pedro Henrique Torres Bianqui, *Direito societário contemporâneo I*, São Paulo, Quartier Latin, 2009.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*, S.Paulo, Saraiva, 1979.
- SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*, S.Paulo, Saraiva, 2009.

- PEYRANO, Jorge W.. “Lineamentos de las cargas probatorias ‘dinámicas’”, em coop. com JÚLIO CHIAPINI, in INÉS LÉPORI WHITE (org.), *Cargas probatorias dinámicas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- PONTES, Miranda de, *Tratado de Direito Privado*. Tomo L. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984
- PROTO PISANI, Andrea. “Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile”, in Foto It., 2003, I.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. “Abuso de derecho en el proceso?”, in José Carlos Barbosa Moreira (org.), *Abuso dos direitos processuais*, Rio de Janeiro, Forense, 2000.
- RASCIO, Nicola. “Note brevi sul ‘principio di non contestazione’ (a margine di una importante sentenza)”, in *Diritto e giurisprudenza* 2002.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 2ª ed., México, Porrúa, 1973.
- _____ *Tratado general de filosofía del derecho*, 9ª ed., México, Porrúa, 1986.
- REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*, vol. I, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1957.
- REQUIÃO, Rubens. Abuso e direito e fraude através da personalidade jurídica, RT, vol. 410.
- RICCI, Edoardo, *Il principio dispositivo como problema di diritto vigente*, Padova, CEDAM, 1974.
- _____ “L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, II, 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- ROSENBERG, Leo. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 1951, trad. esp. de Angela Romera Vera, *Tratado de derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires, Europa-America, 1955.
- SALLES, Marcos Paulo de Almeida. “Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica à arbitragem”, in HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA (org.), *Aspectos da arbitragem institucional: 12 anos da lei 9.307/1996*, São Paulo, Malheiros, 2008.
- SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*, 3ª ed., Padova, Cedam, 1953.

SALOMÃO FILHO, Calixto, *A Sociedade Unipessoal*. SP: Malheiros, 1995

_____. *O Novo Direito Societário*, SP, Malheiros, 2006.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 2002

SCHÖNKE, Adolf. *Lehrbuch des Zivilprozessrecht*, 1948, trad. esp. de L. Prieto Castro, *Derecho procesal civil*, Bosch, Barcelona, s.a..

SERICK, Rolf. *Forma e Realtà della persona giuridica*, Milão, Giuffrè, 1966

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*, São Paulo, Atlas, 2006.

SICILIANI, Tommaso. “Gli scopi processuali ed il principio di disposizione delle parti a proposito dell'onere spettante al convenuto di provare la sua eccezione”, in *Foro it.*, anno 29., fasc. 10.

TARUFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, Bologna, Il Mulino, 1995 (em cooperação com Luigi Paolo Comoglio e Corrado Ferri).

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*, São Paulo, RT, 2004.

_____. *Curso de direito processual civil*, vol. I, 34ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, tomo III, Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

THEODORO JR., Humberto. *O mandado de segurança segundo a lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*, Rio de Janeiro, Forense, 2009.

_____. *Curso de direito processual civil*, vol. I, 48ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008.

_____. *Curso de direito processual civil*, vol. II, 42ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008.

_____. *Curso de direito processual civil*, vol. III, 39ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008.

TOLEDO, Paulo Fernando de Campos Salles de. “A desconsideração da personalidade jurídica na falência”, *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 134, p. 226, abr-jun/04.

- TORRENTE, Andrea. *Manuale di diritto privato*, 17ª ed., Milão, Giuffrè, 2004 (em coop. com Piero Schlesinger).
- TUCCI, Rogério Lauria. *Constituição de 1988 e processo*, São Paulo, Saraiva, 1989 (em coop. com José Rogério Cruz e Tucci).
- VANDEKERCKHOVE, Karen, *Piercing the Corporate Veil*, Kluwer Law International, 2007
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, I, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2005.
- VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito processual falimentar*, São Paulo, Quartier Latin, 2008.
- VERRUCOLI, Piero. *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common Law e nella civil Law*, Milão, Giuffrè, 1964.
- VICENTE, Fabrizio Matteucci. “A natureza jurídica da impugnação da nova execução”, in Susana Henriques da Costa (org.), *A nova execução civil – lei 11.232/05*, São Paulo, Quartier Latin, 2006.
- WALD, Arnoldo. “A definição do controlador na liquidação extrajudicial e em processos análogos”, *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 104, out-dez/1996.
- WARDE Jr., Walfrido Jorge, *Responsabilidade dos sócio: a Crise da limitação de responsabilidade dos sócios e a teoria da desconsideração da personalidade Jurídica*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007.
- WHITE, Inés Lépori. “Cargas probatorias dinámicas”, *Cargas probatorias dinámicas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- WORMSER, Maurice I, *Disregard of the corporate fiction and allied corporation problems*, reprinted by Beard Books, Washington D.C., 2000
- _____. “Piercing the Veil of Corporate Entity” in *Columbia Law Review*, n. 496, 1912
- YARSHELL, Flávio Luiz, *Tutela jurisdicional*, São Paulo, Atlas, 1999.
- ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*, vol. I, 6ª ed., Milano, Giuffrè, 1964.
- WHITE, Inés Lépori. “Cargas probatorias dinámicas”, *Cargas probatorias dinámicas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008.

RESUMO

A presente dissertação visa a tratar das influências processuais da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Trata-se primeiro da desconsideração da personalidade jurídica sob a óptica material. Analisa-se primeiramente *as teorias desenvolvidas*, o seu nascer e as notícias históricas dela no direito estrangeiro. A intenção não é demonstrar qual é a situação da teoria hoje mas sim mostrar sob quais premissas ela foi alicerçada. Isso é importante porque a prática forense em algum grau tem distorcido da teoria, na medida em que a desconsideração para fins de responsabilidade sempre foi tratada como requisito excepcional (requisito da *regra-exceção*, trazido por ROLF SERICK). É noticiado também o surgimento da teoria no Brasil, as hipóteses em que a própria lei incumbe de imputar diretamente a responsabilidade do sócio, casos esses que não é autêntica desconsideração da personalidade jurídica. Depois brevemente é visto o requisito da personalidade jurídica material, para se demonstrar que a desconsideração em nada lhe afeta. Ou seja, com a desconsideração não se anula a pessoa jurídica. É analisada também a terminologia correta para a desconsideração e também qual o seu conceito. Essa questão é bem importante, na medida em que a desconsideração da personalidade jurídica envolve responsabilidade (*Haftung*) e não obrigação (*Schuld*).

Depois se passa à análise das *hipóteses de desconsideração*. São vistas as hipóteses comumente aceitas na doutrina e os lugares legislativos em que a desconsideração está alicerçada. Em seguida, são pormenorizadas as *pessoas jurídicas que podem sofrer desconsideração e os sócios que podem ser atingidos*. A dissertação não tem como objeto a análise do instituto *pessoa jurídica*, tampouco dos diversos tipos societários. Estuda-se tão-somente como se relacionam essas modalidades com a desconsideração da personalidade jurídica.

Passa-se então ao estudo da desconsideração da personalidade jurídica pela óptica do direito processual civil, sobretudo a *desconsideração para fins de responsabilidade (Haftungsdurchgriff)*, que é aquela que tem projeção cotidiana no processo civil. São vistas *as técnicas processuais adequadas para a*

desconsideração, com análise sobre os diversos tipos de processos e procedimentos no rico sistema brasileiro. Logo mais é também analisada *a desconsideração sob os diversos institutos processuais*: a sua relação com as partes, a *causa petendi*, o *petitum* e seu cúmulo. Além do que, é enfrentado e superado o tema da desconsideração com a estabilização da demanda, ou seja, como se relaciona o ingresso do sócio quando a demanda já está subjetivamente e objetivamente estabilizada. Depois se passa ao tema da necessidade ou não de demanda autônoma para que ocorra a desconsideração, se ela pode ocorrer *ex officio* e a obrigatoriedade do contraditório e pronunciamento judicial antes de qualquer constrição do patrimônio do sócio.

Logo em seguida se passa ao tratamento da *desconsideração com a intervenção do sócio*: as modalidades e possibilidade de intervenção, as formas litisconsorciais e de quem é o *onus probandi* quando o assunto é desconsideração.

O outro título trata da *desconsideração e os atos judiciais*: a natureza do ato que desconsideração, os recursos cabíveis e momentos adequados, quem é interessado em recorrer (se a pessoa jurídica ou o sócio), o conteúdo do ato e a questão da prescrição ligada à desconsideração da personalidade jurídica.

A dissertação trata também da *desconsideração na teoria da execução civil*. Nesse item será afirmada a aplicabilidade integral do art. 592, inc. II, do Código de Processo Civil, e parcial do art. 596. *Parcial* porque o sócio não tem regresso contra a sociedade. É visto também que o sócio não é responsável pelos acessórios processuais; formas de defesa do sócio antes e depois de sua citação; outras formas de defesa; se ao sócio se aplicam as restrições do art. 475-L do Código de Processo Civil; e as possíveis fraudes que o responsável pode cometer, inclusive fraude à execução antes de sua forma citação

As afirmações e conclusões expostas são, quando possível e especialmente no capítulo que trata das questões processuais, ilustradas com julgados do Superior Tribunal de Justiça. Por se tratar de um trabalho acadêmico, os julgados citados *não* servem para formar as premissas teóricas da dissertação, mas apenas para enriquecer o trabalho, com críticas ou concordância com as afirmações dessa Corte.

ABSTRACT

This dissertation aims to address the procedural influences of the disregard of corporate entity theory.

First, an analysis of the disregard of corporate entity in line with substantive law is presented; initially focusing on the *developed theories*, its birth and historical records on foreign Law. The intention is not to demonstrate what the situation of the theory is nowadays, but to show the basis on which it was founded. This is important because the forensic practice has diverted from the theory to some extent, in so far as the disregard for liability purposes has always been treated as exceptional requirement (requirement of *rule-exception* brought by ROLF SERICK). The emergence of the theory in Brazil is also reported, the hypothesis in which the law itself directly determines the liability of the partner, cases in which the disregard of corporate entity is not authentic. After that, the condition of substantive corporate entity is briefly seen to demonstrate that its disregard does not affect it in any way. In other words, the disregard does not void the corporate entity. The correct terminology to talk about disregard and its concept are also analyzed. This issue is deeply important as far as the disregard of the corporate entity involves liability (*Haftung*) and not obligation (*Schuld*).

Then, there is a discussion on the *hypotheses of the disregard*. The commonly accepted hypotheses in the doctrine and other legislative sources in which the disregard is based upon are seen too. Subsequently, the *legal persons who may be disregarded and the partners who can be affected* are detailed. The dissertation does not analyze the *corporate entity*, or the various types of corporations. The study focuses solely on the relation between these modalities and the disregard of the corporate entity.

Next, there is the study of disregard of the corporate entity with the civil procedural law perspective, especially the *disregard aiming liability* (*Haftungsdurchgriff*), which is the one that has daily projection on civil cases. The *procedural techniques adequate to the disregard* are analyzed, as well as the different types of lawsuits and procedures existing in the rich Brazilian system. Later, the *disregard* is also analyzed *according to procedural studies*: its relationship with the parties, the cause

of action, motion and its accumulation. Besides that, the issue of disregard along with stabilization of claim is confronted and overcome, *i.e.*, how the entry of the partner happens when the claim is already subjectively and objectively stabilized. Afterward, the focal point is on the issue of whether or not the autonomous claim is necessary for the disregard to take place, whether it can occur *ex officio* or not and the obligation of adversary proceeding and judicial pronouncement before any constriction of the partner's assets.

Soon after, there is a focus on the *disregard with the intervention of the partner*: the modalities and possibility of intervention, the joint action types and whose the burden of proof is when the subject is disregard.

The other title deals with *disregard and judicial acts*: nature of the act of disregarding, the applicable appeals and adequate moments, who has interest to appeal (if it is the legal entity or a partner), the content of the act and the issue of limitation period related to the disregard of corporate entity.

The dissertation also addresses the *disregard on the civil execution theory*. This item will state the applicability of article 592, II of the Code of Civil Procedure and part of article 596. *Partial* because the partner has no right of redress against the corporation. Other points which are covered are that the partner is not responsible for the ancillary proceedings; types of defense of the partner before and after the summons is serviced; other kinds of defense; whether the restrictions contained on article 475-L of the Code of Civil Procedure is applicable to the partner; and the possible frauds the responsible one can commit, including fraud to the execution before being formally serviced.

The statements and conclusions set forth are, when possible and especially on the chapter that deals with procedural issues, illustrated with decisions from the Superior Court of Justice. Since this is an academic paper, the cited decisions are *not* intended to form the theoretical premises of the dissertation, but are only used to enrich the paper with criticisms or agreements regarding the statements of this Court.