

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

DANIELLA SARMENTO VIEIRA PINHEIRO

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: NECESSIDADE DE  
REGULAMENTAÇÃO PARA EFETIVA APLICABILIDADE**

SOUSA-PB

2013

DANIELLA SARMENTO VIEIRA PINHEIRO

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: NECESSIDADE DE  
REGULAMENTAÇÃO PARA EFETIVA APLICABILIDADE**

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof. MSc. Ângela M. Rocha  
Gonçalves de Abrantes

Área: Direito Empresarial

SOUSA-PB

2013

DANIELLA SARMENTO VIEIRA PINHEIRO

**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: NECESSIDADE DE  
REGULAMENTAÇÃO PARA EFETIVA APLICABILIDADE**

Aprovado pela Banca Examinadora em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. MSc. Ângela M. Rocha Gonçalves de Abrantes  
Orientadora

---

Prof. MSc. Eduardo Pordeus Silva

---

Prof. MSc. Jailton Macena de Araújo

SOUSA-PB

2013

*Dedico este trabalho à minha mãe  
Eva, motivo de toda a minha  
determinação e inspiração, pela qual  
de tudo sou capaz.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, e a todos os espíritos de luz que por mim intercederam nesse início de caminho.

À minha querida orientadora e amiga Ângela, pela confiança e atenção.

À minha avó Terezinha Gonçalves, que sempre foi para mim um exemplo de amor e força.

Ao meu avô Gilberto Nabor, exemplo de perseverança.

Ao meu marido Wandiberg, meu amor, por ser sempre tão presente e acreditar em mim.

A todos os amigos verdadeiros, e familiares amigos, que ao meu lado sinceramente me apoiaram.

E, principalmente, à minha mãe Eva, exemplo de vida, de força, que sempre me ensinou a lutar pelos meus objetivos.

*Que os vossos esforços desafiem as  
impossibilidades, lembrai-vos de que  
as grandes coisas do homem foram  
conquistadas do que parecia  
impossível.*

(Charles Chaplin)

## RESUMO

Esta pesquisa promove uma avaliação crítica a respeito do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, destacando a necessidade da regulamentação legal do referido instituto. Considerando que nesses casos, os magistrados não adotam um parâmetro objetivo à luz do devido processo legal, verifica-se que, na grande maioria das vezes, no 'processo de execução' ou na fase de 'cumprimento de sentença', há a desconsideração, independentemente de provocação da parte interessada. Afora isso, existem julgados que sequer dão oportunidade à pessoa jurídica para se pronunciar, a fim de saldar a dívida, tampouco determinam a citação dos sócios, ferindo princípios básicos do processo e do Estado democrático de direito. Parcela da doutrina e da jurisprudência pátrias contribuem à resolução das questões postas acerca da temática, defendendo mecanismos processuais sem atropelar o devido processo legal. Nesse sentido, esta investigação problematiza a possibilidade de se regulamentar o procedimento à aplicação do instituto da desconsideração, inclusive analisando o Projeto de Lei nº 3.401/08, de autoria do Deputado Bruno Araújo, resgatando a iniciativa do saudoso Ricardo Fiuza. O mencionado projeto visa garantir o respeito aos princípios constitucionais do 'contraditório' e da 'ampla defesa', por meio da abertura de um incidente processual, no qual só será aplicada a desconsideração após a oitiva dos sócios, bem como seja comprovada a conduta fraudulenta ou abusiva dos entes. Havendo aprovação do Projeto de Lei nº 3. 401/08 o procedimento a ser seguido deve ser respeitado pelo Poder Judiciário em todo o Brasil, não havendo mais tantas distorções quanto à sua aplicação, trazendo de volta segurança às relações empresariais.

**Palavras-chave:** Desconsideração. Personalidade Jurídica. Processo. Projeto de Lei.

## ABSTRACT

This research promotes critical evaluation about the institute of piercing the corporate veil, highlighting the need for legal regulation of the said institute. Whereas these cases, the magistrates do not adopt an objective parameter in light of due process, it appears that in most cases, the 'process execution' phase or 'compliance with judgment,' there is the disregard, regardless of provocation of the interested party. Aside from that, there are even tried to give opportunity to the corporation to rule in order to pay off the debt, nor determine the quote of the partners, injuring basics of the process and the democratic rule of law. Portion of doctrine and jurisprudence homelands contribute to addressing the questions posed about the theme, arguing procedural mechanisms without trampling due process. In this sense, this research discusses the possibility of regulating the procedure for the application of the institute of disregard, including analyzing the Draft Law No. 3.401/08, authored by Mr Bruno Araujo, rescuing the initiative of the late Ricardo Fiuza. The said project aims to ensure compliance with the constitutional principles of 'contradictory' and 'legal defense' through the opening of a procedural issue, which is applied only after the disregard hearsay of members and is proven fraudulent conduct or abuse from loved. Having approval of Bill No. 3. 401/08 the procedure to be followed should be respected by the judiciary in Brazil, and no more so many distortions in its application, bringing back security to business relationships.

**Keywords:** Disregard. Legal Personality. Procedure. Draft Law.

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO .....	10
2	<b>DA PERSONALIDADE JURÍDICA .....</b>	<b>14</b>
2.1	CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA .....	15
2.2	NATUREZA JURÍDICA .....	17
2.2.1	<b>Teorias afirmativistas .....</b>	<b>18</b>
3	<b>DAS SOCIEDADES NÃO PERSONIFICADAS .....</b>	<b>20</b>
3.1	SOCIEDADE EM COMUM.....	21
3.2	SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO.....	22
4	<b>DAS SOCIEDADES PERSONIFICADAS .....</b>	<b>25</b>
4.1	SOCIEDADE SIMPLES OU NÃO EMPRESÁRIA.....	25
4.2	SOCIEDADES EMPRESÁRIAS.....	27
4.2.1	<b>Sociedade em Nome Coletivo .....</b>	<b>29</b>
4.2.2	<b>Sociedade em Comandita Simples .....</b>	<b>30</b>
4.2.3	<b>Sociedade Limitada .....</b>	<b>31</b>
4.2.4	<b>Sociedade Anônima .....</b>	<b>34</b>
4.2.5	<b>Sociedade em Comandita por Ações .....</b>	<b>36</b>
4.3	SOCIEDADE COOPERATIVA .....	38
5	<b>GRUPOS DE SOCIEDADES .....</b>	<b>40</b>
5.1	SOCIEDADES COLIGADAS.....	42
5.2	GRUPO DE EMPRESAS .....	44
5.3	CONSÓRCIOS DE EMPRESAS.....	45
6	<b>EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA ...</b>	<b>48</b>
7	<b>DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA .....</b>	<b>50</b>
7.1	CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DA <i>DISREGARD DOCTRINE</i> .....	51
7.2	TEORIAS MAIOR E MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA .....	59
7.3	DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA .....	62
7.4	A APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NOS DIVERSOS RAMOS DO DIREITO .....	65

7.4.1	<b>Aplicação no Direito do Trabalho</b> .....	65
7.4.2	<b>Aplicação no Direito Tributário</b> .....	67
7.4.3	<b>Aplicação no Direito Ambiental</b> .....	69
7.4.4	<b>Aplicação no Direito do Consumidor</b> .....	70
7.5	ATUAL PROCEDIMENTO ADOTADO NA APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA .....	71
7.5.1	<b>Embargos à Execução</b> .....	74
7.5.2	<b>Exceção de Pré-Executividade</b> .....	75
7.6	LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO EVENTUAL .....	77
7.7	O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA .....	79
7.7.1	<b>Princípio da Ampla Defesa</b> .....	81
7.7.2	<b>Princípio do Contraditório</b> .....	81
7.7.3	<b>O Devido Processo Legal</b> .....	82
8	<b>PROJETO DE LEI Nº 3. 401/2008</b> .....	85
8.1	PROJETO DE LEI Nº 4. 298/2008 .....	88
8.2	EMENDA Nº 4/2011 .....	89
9	<b>CONCLUSÃO</b> .....	91
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	93

## 1 INTRODUÇÃO

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica é uma construção jurisprudencial e doutrinária. No Brasil ela foi estudada e discutida pela primeira vez pelo ilustre jurista comercialista Rubens Requião, em uma Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, em meados do Séc. XX.

Atualmente, aludido instituto encontra-se previsto no art. 50 do Código Civil, como também no Código de Defesa do Consumidor (em seu art. 28) e na Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98, art. 4º). Ela é, também, aplicada nas execuções trabalhistas e fiscais.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica possibilita que - em caráter especial e em situações pontuais, previstas em lei - os bens particulares dos sócios de um ente econômico, que possuem responsabilidade limitada, subsidiária e solidária respondam pelas obrigações sociais.

Trata-se de uma exceção, pois a pessoa jurídica possui autonomia patrimonial, financeira, negocial e processual em relação aos seus sócios, visto ser um ente autônomo, com personalidade própria e com patrimônio distinto. Se o instituto da desconsideração fosse a regra, restaria extinto um princípio que vem desde o antigo direito romano e prevaleceria a confusão patrimonial.

Sua aplicação visa coibir que uma Pessoa Jurídica seja utilizada para lesar ou fraudar credores. Dessa forma, o Poder Judiciário vem aplicando a desconsideração, conforme critérios hermenêuticos.

Ocorre que, como não existe um procedimento próprio para a aplicação de tal instituto e o mesmo vem sendo usado a critério do magistrado, que na maioria das vezes nem se quer determina a citação dos sócios atingidos.

Sob esse prisma, e quanto à desconsideração da personalidade das pessoas jurídicas, tem-se a discussão na doutrina sobre sua aplicação no âmbito do processo judicial. Alguns doutrinadores entendem que tão somente a redação dada pelo artigo 50 do atual Código Civil é suficiente para seu uso; outros pensam ser necessária a regulamentação de tal dispositivo devido à amplitude e complexidade de sua aplicação. Registra-se, também, que na jurisprudência há várias decisões sobre a matéria.

Apesar de toda esta polêmica e de sua aplicação ser considerada precária, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica vem sendo amplamente usado pelo Judiciário.

Para agravar ainda mais os fatos, vale registrar que em um Estado onde já é tão complicado manter uma empresa atuando no mercado - devido ao chamado 'custo-Brasil', as normas de direito-custo e a grande quantidade de impostos que são pagos, dentre outros -, a existência da pessoa jurídica (com personalidade distinta de seus membros) ameniza os riscos empresariais e propicia uma tranquilidade maior às empresas e aos empreendedores.

Mas, verifica-se, na prática, que a desconsideração é aplicada no processo de execução ou na fase de cumprimento de sentença, muitas vezes de ofício pelo juiz, não restando à parte atingida, que nem mesmo participou do processo ou da fase de conhecimento, outro meio de defesa senão os Embargos à Execução, e, na dinâmica do cumprimento de sentença a Impugnação ao Cumprimento de Sentença, e, quando aceita, a Exceção de Pré-executividade, que como se sabe constituem defesas bastante restritas. Não estão sendo respeitados, também, o contraditório quando da aplicação de tal teoria, restando prejudicado o devido processo legal, postulado do Estado de Direito.

Diante dessa problemática e na tentativa de resolvê-la, surgiu o Projeto de Lei nº 3.401/08, de autoria do Dep. Bruno Araújo (que veio resgatar o antigo Projeto de Lei nº 2.426/03, de autoria do já falecido Ricardo Fiúza). Este projeto legislativo tem o intuito de regulamentar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, de forma a fazer respeitar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

O objetivo desta pesquisa é refletir acerca desta problemática, desde a origem do instituto da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades até a necessidade de sua regulamentação, combatendo eventuais arbitrariedades do Poder Judiciário e possibilitar o respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como identificar na doutrina e na jurisprudência como vem sendo aplicada a desconsideração, visto que não existe uma regulamentação própria e, por fim, analisar o Projeto de Lei nº 3.401/08 (juntamente com o PL nº 4.298/08 e a Emenda 4/2011) de forma a verificar se tais regramentos suprem a lacuna normativa, de forma a garantir a efetivação do devido processo legal.

Justifica-se tal pesquisa na Academia por ser um tema atual, recorrente, complexo, polêmico, que precisa ser analisado detalhadamente e como o Brasil possui um Estado Democrático de Direito (em que há a garantia dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana e das leis constitucionais), faz-se necessário o debate para que se evite eventuais arbitrariedades do Judiciário, daí a relevância social do tema.

Portanto, trazer à baila esta discussão, além de tudo, contribui para o debate acadêmico e possibilita que novas idéias surjam.

Esse estudo foi realizado por meio de uma pesquisa bibliográfica e exploratória em textos doutrinários, dados, conceitos e julgados, analisando-se a jurisprudência, a doutrina, artigos da Constituição Federal brasileira e da legislação pertinente, tudo objetivando verificar como vem sendo aplicado o instituto da 'desconsideração da personalidade jurídica' no Brasil e se o Projeto de Lei nº 3.401/08 apresenta inovações que contemplem todas as situações atuais e se trás benefícios para a sociedade.

Nesse sentido, recorreu-se aos métodos dedutivo e o monográfico, visto que a partir do material acima citado foi estudada e analisada a necessidade de uma regulamentação do instituto da 'desconsideração da personalidade jurídica' no âmbito nacional. Com isso, buscou-se mostrar o que realmente vem ocorrendo atualmente no Judiciário quanto à questão da aplicação da 'desconsideração' e quais os seus efeitos para os empresários, e, conseqüentemente, para a sociedade.

Ainda, utilizando como exemplo o Projeto de Lei acima citado, coube à pesquisa buscar avaliar se tal proposta de lei trouxe mudanças que poderiam ser adotadas (por meio de um procedimento processual especial) para que seja respeitado o princípio constitucional do 'devido processo legal' em certas decisões do Judiciário, base do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, a pesquisa seguiu o seguinte roteiro: análise dos materiais acima citados e da jurisprudência; apresentação de soluções através da análise pormenorizada do Projeto de Lei nº 3.401/08.

Então, o trabalho foi subdividido em sete Capítulos, além de contar com a Introdução, a Conclusão e as referências bibliográficas.

No Capítulo 1 tem-se o conceito de personalidade jurídica e sua natureza, dissertou-se sobre a evolução histórica (e como surgiu no Brasil) e as causas que levaram ao seu surgimento; no Capítulo 2 tratou-se de fazer a análise das

sociedades não personificadas (tais como a sociedade em comum e a sociedade em conta de participação); já no Capítulo 3, foram mencionadas e estudadas as sociedades personificadas (ou seja, as sociedades simples, as sociedades empresárias: em nome coletivo, em comandita simples, limitada, anônima, em comandita por ações) e a sociedade cooperativa; no Capítulo 4 analisou-se os grupos societários, tais como: as sociedades coligadas, o grupo de sociedades e os consórcios; no Capítulo 5 foi analisada a empresa individual de responsabilidade limitada.

No Capítulo 6 teve início o estudo sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, abordando-se: seu conceito e evolução histórica; as teorias existentes que tratam da aplicação de tal instituto; a desconsideração inversa da personalidade jurídica; a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nos diversos ramos do direito; o atual procedimento adotado no Brasil sobre a sua aplicação, fazendo-se uma pequena análise dos embargos à execução e da exceção de pré-executividade; o litisconsórcio passivo facultativo eventual e o respeito ao princípio do devido processo legal na desconsideração da personalidade jurídica.

No Capítulo 7, tem-se o estudo e análise do Projeto de Lei nº 3. 401/08, juntamente com o PL nº 4. 298/08, a ele apensado, e a Emenda 4/2011- tudo referente à 'desconsideração da personalidade jurídica'.

Conforme se verifica - pelo acima exposto - a aprovação de tal Projeto é de grande relevância para a sociedade, principalmente para os empresários, já tão sobrecarregados de impostos, e do risco natural inerente à sua atividade. E tal lei trará segurança jurídica às relações econômicas, de forma a garantir maior número de investidores no capital das empresas, refletindo, desta forma, na economia do país e na geração de tributos, empregos e renda.

Esta pesquisa tem, pois, como foco a aplicação do princípio da 'desconsideração da personalidade jurídica' das sociedades empresárias, no âmbito nacional.

## 2 DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Toda pessoa natural ou jurídica, de acordo com os ditames legais, possui a aptidão ou a possibilidade de exercer seus direitos e cumprir seus deveres na ordem jurídica. A tal atributo, que é uma criação do Direito, dá-se o nome de personalidade jurídica.

Assim, um indivíduo ou uma Pessoa Jurídica possui a capacidade, conferida pelo Direito e assegurada pelo Estado, para adquirir, exercer ou ser titular de direitos e obrigações. Então, além do ser humano (pessoas naturais ou físicas) também é atribuída aos entes morais (as pessoas jurídicas) - constituído 'por agrupamentos de indivíduos' que se associam para determinado fim (as sociedades, associações e afins) ou por um 'patrimônio que tem destinação ou finalidade específica' (as fundações e congêneres) – o instituto da 'personalidade jurídica'.

E, conforme estabelece o direito brasileiro (Código Civil), são consideradas 'pessoas jurídicas de direito privado': as sociedades, as fundações, as associações, as entidades religiosas, os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada (acrescentadas ao Código Civil pela Lei nº 12. 441/11). As sociedades, bem como as demais pessoas jurídicas, ganham 'personalidade própria' depois de efetuarem seu registro nos órgãos competentes.

É importante lembrar que as sociedades são entidades formadas pela união de duas ou mais pessoas (físicas e/ou jurídicas) que se reúnem com objetivo comum para a realização de atividades econômicas, ou, a partir da inovação trazida pela Lei nº 12. 441/11 que acrescentou o inciso VI ao artigo 44 do Código Civil, por uma única pessoa titular da totalidade do capital social (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), desde que o capital social, devidamente integralizado, não seja inferior a 100 (cem) vezes o salário mínimo vigente no País. As sociedades podem ser simples (quando não contiver elemento de empresa e devem ser registradas no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas) e empresária (quando o elemento empresa estiver presente na realização da atividade e são legalizadas na Junta Comercial do ente federativo, estado, onde ela irá atuar). Esta pesquisa irá estudar as sociedades empresárias.

Nesse sentido, para que uma sociedade empresária (Pessoa Jurídica) possa agir em nome próprio, sendo sujeito de direito e obrigações, a lei concede,

preenchendo alguns requisitos, a personalidade jurídica, conferindo, portanto: 1) *titularidade jurídica negocial* (autonomia plena para atuar no mundo dos negócios); 2) *titularidade jurídica processual* (atribuição para ser parte, autora ou ré: ajuizar ações, atuar passiva ou ativamente no mundo jurídico e empresarial); 3) *titularidade jurídica patrimonial* (possui bens próprios que respondem ilimitadamente por suas obrigações e dívidas).

Dessa forma, depois de integralizado o capital e registrada (ou *legalizada*) na Junta Comercial - e a depender do tipo societário adotado e da não realização de atos ilícitos -, os sócios não respondem com seus bens particulares pelas obrigações sociais da pessoa jurídica, e, da mesma forma, a sociedade não responde por obrigações pessoais de cada um dos sócios.

Tem-se, então, assegurado com este princípio da 'personalidade jurídica', a separação (ou a distinção ou autonomia ou a exclusividade ou a independência) entre a 'Pessoa Jurídica' criada e cada um dos 'entes' que a formam.

## 2.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

No intuito de demonstrar a necessidade de regulamentação da desconsideração da personalidade jurídica é preciso, primeiramente, reportar-se ao surgimento ou criação do conceito de personalidade jurídica, visto que é preciso, antes de tudo, estudar o seu surgimento, a sua evolução, para só então verificar a importância da sua aplicação atual para a sociedade, através da resposta à pergunta: o que motivou a sua criação?

Consta que os homens, desde os primórdios da civilização, sempre contaram uns com os outros para uma melhor proteção de suas vidas e efetivação das suas atividades.

Tem-se que a primeira forma de sociedade existente foi a família, caracterizada por um conjunto de pessoas (familiares) unidas por laços consanguíneos, familiares e culturais ou por um objetivo comum (a sobrevivência de todos). Assim, para assegurar o fortalecimento da união entre eles, havia a divisão ou *compartilhamento* das atividades entre todos: os homens cuidavam da proteção

do grupo, da caçar e da pesca enquanto cabia à mulher cuidar dos membros da família, da alimentação, da agricultura, do ambiente onde habitavam. Verificava-se, desta forma, que havendo a divisão das atividades entre todos era mais vantajoso para o grupo.

Mais tarde os indivíduos ‘começaram a unir esforços e recursos (financeiros e técnicos) para prática’ do comércio, pois perceberam que sozinhos a produção era menor e precária, não podendo, pois, fazer frente à concorrência. Surge, assim, a *chamada* ‘sociedade comercial’, de início sem personalidade própria.

Então, como o direito não poderia ignorar a existência dessas ‘unidades coletivas’ criadas pela vontade dos homens, passou então a discipliná-las, para possibilitar que tais entes pudessem participar das relações jurídicas como sujeitos de direito (assim como já assegurado às pessoas naturais), concedendo-lhes personalidade própria e distinta da de seus membros formadores.

Nesse sentido, pode-se afirmar, segundo Gonçalves (2008, p. 182), que:

Pessoas jurídicas são entidades a que a lei confere personalidade, capacitando-as a serem sujeitos de direito e obrigações. A sua principal característica é a de que atuam na vida jurídica com personalidade diversa da dos indivíduos que as compõem (CC, art. 50, *a contrario sensu*, art. 1.024).

Tem-se, pois, a criação de um ‘ente coletivo’ independente e distinto dos seus membros que o direito romano denomina de ‘pessoa jurídica’ e que aparece com o nome de ‘sociedade’ desde o Código de Hamurabi, citado por Lima (1983, p. 12):

Art. 100, U: Se um homem livre deu a um outro, prata para sociedade, eles dividirão proporcionalmente diante da divindade o lucro ou perda que houver.

O surgimento de tal entidade foi de grande valia para a sociedade, principalmente para a classe empresarial, pois trouxe mais segurança aos que já contavam com o risco natural da atividade mercantil, para os credores e a sociedade em geral.

Cresce, dessa forma, ‘a confiança nos entes coletivos’, o número de investidores e empresários que sabem que o seu patrimônio não será atingido por dívidas da sociedade, e, assim, cresce também a economia, trazendo uma consequente melhora para o desenvolvimento do país.

No Império Romano, mais precisamente na fase pré-clássica do direito romano, não se vislumbrava a possibilidade de subjetivação de entes abstratos. Então, tal concepção só foi ocorrer no direito do período clássico e mais notadamente no direito pós-clássico, devido 'a necessidade de se conjugar esforços para a consecução de certos objetivos econômicos indispensáveis à evolução social' é que se formula, embora timidamente, a existência de 'entes abstratos', com a subjetividade patrimonial das Corporações.

No entanto, a idéia de pessoa jurídica, hoje dominante – como sujeito de direitos e obrigações, com existência, personalidade e patrimônio próprio e distinto de seus membros -, começou a ser formulada a partir do séc. XIX, tendo sido fruto de inúmeras elaborações doutrinárias e como precursor Savigny (o denominado paladino da Teoria da Ficção), seguido por Ihering (que via na pessoa jurídica apenas um sujeito aparente a acobertar os verdadeiros sujeitos, que seriam os homens), Windscheid (defensor da Teoria da Equiparação) e Otto Gierke (da Teoria da Realidade Objetiva), dentre outros.

## 2.2 NATUREZA JURÍDICA

Mas, ponto controverso é o que trata do reconhecimento do instituto da natureza jurídica da personalidade jurídica dos entes coletivos.

Ihering e seus seguidores 'não admitem que as pessoas jurídicas possam ser sujeitos de direito', entendem que só as pessoas naturais possuem essa qualidade. Essa teoria é chamada de *negativista*.

Entretanto, há várias outras correntes doutrinárias que defendem e reconhecem a autonomia e titularidade – a personalidade jurídica - dos 'entes coletivos' que são conhecidas como *afirmativistas*. A presente monografia vai estudar e se ater tão somente a essas teorias *afirmativistas* (mais numerosas) e que, por sua vez, pode ser reunida basicamente em dois grupos: o das 'teorias da ficção' e os das 'teorias da realidade'.

### 2.2.1 Teorias afirmativistas

As teorias afirmativistas, que foram adotadas pelo Código Civil Brasileiro de 2002, defendem a existência da pessoa jurídica, sendo esta, portanto, detentora de direitos e deveres próprios. Estas subdividem-se em teoria da “ficção” e teoria da “realidade”.

As teorias da ficção têm como auge do aparecimento e defesa (que compreende a da ‘ficção legal’ e a da ‘ficção doutrinária’), o Século XIX, e subdividem-se em teorias da “ficção legal” e teorias da “ficção doutrinária”.

A teoria da ‘ficção legal’ (oriunda de estudos realizados por SAVIGNY), defende o princípio segundo o qual a ‘pessoa jurídica’ não passa de uma criação da lei, visto que ‘somente a pessoa natural pode ser sujeito de direitos e obrigações’. Então, de acordo com essa concepção doutrinária, a ‘personalidade jurídica’ dos entes coletivos somente seria entendida como uma criação do direito visto que foi a norma que conferiu autonomia e aquisição de capacidade plena a entes abstratos.

E a teoria da ‘ficção doutrinária’ tem como principal mentor VAREILLES-SOMMIÈRES, que afirmava que a pessoa jurídica não possuía existência real, mas estava apenas presente no intelecto dos doutrinadores, seria apenas uma “criação dos pensadores jurídicos.”

Essas teorias não são mais aceitas atualmente, pois não conseguem explicar e entender a existência do ente ‘Estado’ como uma ‘pessoa jurídica’.

As chamadas de ‘teorias da realidade’, adotadas no Brasil, apresentam-se como oposição às ‘teorias da ficção’, pois para seus adeptos a ‘pessoa jurídica’ é uma realidade viva e concreta, possuindo existência própria, assim como as pessoas naturais.

Dentre as várias teorias da realidade, destaca-se doutrinariamente no Brasil a Teoria da *realidade técnica*, que tem como seus seguidores SALEILLES E COLIN E CAPITANT, seus defensores entendem que a ‘personalidade jurídica é um atributo conferido pelo Estado a certas entidades por ele mesmo elencadas’. Um dos fundamentos desta teoria é o artigo 52 do Código Civil Brasileiro de 2002, que confere às pessoas jurídicas a proteção dos direitos da personalidade.

O Código Civil pátrio relacionou e regulamentou no Título que trata do ‘Direito Empresarial’, as Sociedades Empresárias, a Sociedade Simples, as Cooperativas

como pessoas jurídicas de direito privado e fez a classificação das sociedades em Não Personificadas e Personificadas.

### 3 DAS SOCIEDADES NÃO PERSONIFICADAS

Sociedades não personificadas, como o próprio nome leva a concluir, são as entidades econômicas que não possuem personalidade jurídica própria, embora funcionem normalmente distintas dos seus membros. Isto porque elas não estão legalizadas nos órgãos competentes: existem informalmente e praticam constantemente atividade econômica.

A atual norma civil pátria deixou de definir as 'sociedades não-personificadas' com a mesma clareza que dedicou às sociedades personificadas. Somente estabeleceu ou destacou algumas consequências jurídicas para a 'sociedade em comum' (antiga 'sociedade de fato').

Nesse sentido, é essencial mencionar que há uma distinção doutrinária entre uma 'sociedade irregular' e uma 'sociedade em comum' e que a 'sociedade irregular' está disciplinada no Código Civil Brasileiro de 2002 como 'sociedade não personificada'.

Entende-se que a 'sociedade irregular' seja aquela que foi legalizada (registrada) na Junta Comercial e em outros órgãos e desempenha normalmente a atividade mercantil, mas passou a descumprir alguns dos ditames legais, tais como: não possui sua 'escrituração empresarial'; ou não faz seu 'balanço geral' pelo menos anualmente; ou deixou de respeitar alguma das cláusulas do seu contrato formador, dentre outros.

Já a 'sociedade em comum' não possui seus atos constitutivos ou, se eles existirem, não foram apresentados a registro na Junta Comercial. Tal sociedade está funcionando 'de fato', informalmente, irregular e sem personalidade jurídica (sua existência depende somente de acordo entre os sócios).

Assim, considerando que a 'sociedade de fato' (hoje denominada também de 'sociedade em comum') nem sempre é precedida de um contrato formal, à míngua de uma disposição mais clara e objetiva no Código Civil, deve ser examinada, por analogia, como as sociedades irregulares. Portanto, como não existe personalidade jurídica, tais sociedades não possuem autonomia patrimonial e, desta forma não existe bens da sociedade, só há os bens dos sócios.

Nesse sentido, só quem possui direito e assume obrigações são os sócios, não podendo, pois, a sociedade não personificada ser responsabilizada por

obrigações. Verifica-se, assim, que a responsabilidade social de cada sócio, nesse tipo de sociedade, será sempre ilimitada e solidária.

### 3.1 SOCIEDADE EM COMUM

Conforme acima mencionado, ‘sociedade de fato’ doravante denominada de ‘sociedade em comum’ é aquela que não arquivou seu ato constitutivo no registro competente e não possui, por conseguinte, personalidade jurídica, visto que só se adquire ‘personalidade’ quando realizado o citado registro na Junta Comercial.

A realização de tal ato, no entanto, não produz efeitos pretéritos, sendo, pois, aplicados na fase em que a sociedade ainda não era registrada os princípios norteadores das sociedades irregulares.

Enquanto a sociedade permanecer irregular, ou seja, sem arquivar o ato constitutivo no registro competente, serão aplicadas subsidiariamente, no que forem compatíveis, as normas regentes das sociedades simples, conforme dispõe o art. 986 do Código Civil.

Ponto bastante relevante é o fato de que nas sociedades irregulares a responsabilidade dos sócios é solidária e ilimitada (art. 990 do CC), e o sócio que contratou ‘pela sociedade’ não goza do ‘benefício de ordem’ previsto no art. 1.024 do Código Civil, diferentemente das sociedades personificadas que, em regra, a responsabilidade do sócio poderá ser limitada ou ilimitada, mas, sempre de forma subsidiária. Verifica-se, desta forma, que o patrimônio da sociedade irregular se confunde com os bens particulares dos seus sócios.

No que se refere aos meios de provas admitidos pelo direito pátrio, seja nas relações entre si ou com terceiros, os sócios apenas poderão provar a existência da sociedade por escrito, mas aos terceiros serão admitidos ‘todos’ os meios de prova possíveis (art. 987 do CC).

Os bens da sociedade respondem pelos atos de gestão praticados por qualquer um dos sócios, exceto se houver sido celebrado pacto limitativo de poderes, que somente terá eficácia contra terceiros se este o conhecer ou que devesse conhecê-lo (art. 989 do CC).

O art. 12, VII, do Código de Processo Civil diz que serão representadas em juízo, ativa e passivamente, “as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens”. Embora tenha capacidade processual, as sociedades de fato não são sujeitos de direitos, não podendo, por exemplo, ser parte em contrato de compra e venda de bem imóvel.

O foro competente para julgar as ações em que uma ‘sociedade irregular’ for ré, será o lugar (a Comarca) onde esta exerce sua atividade principal (art. 100, IV, c, do CPC).

### 3.2 SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

O direito brasileiro, no seu Código Civil (art 991 a 996) dispõe sobre a ‘sociedade em conta de participação’.

Ela é uma sociedade empresária composta por duas ou mais pessoas, sendo que uma delas necessariamente deve ser empresário ou sociedade empresária (portanto, devidamente legalizado). Ocorre que tal sociedade somente está formada quando há dois tipos de sócios: o sócio ostensivo e o sócio participante.

O ‘sócio ostensivo’ (necessariamente empresário ou sociedade empresária) realiza em seu nome a atividade mercantil ou os negócios jurídicos visando ultimar o objeto do empreendimento e responde ilimitadamente pelas obrigações sociais não adimplidas visto que representa a sociedade e por ela é responsável.

Já o ‘sócio participante’, em contraposição, não aparece perante terceiros (porque fica oculto) e não tem qualquer responsabilidade jurídica perante os credores relativos aos negócios sociais realizados, mas possui responsabilidades perante o sócio ostensivo (nos limites dos termos do acordo firmado entre eles), pois não tem poder de gestão e somente participa e colhe os resultados da sociedade.

Assim, neste modelo societário, todos sócios ocultos existentes ficam unicamente obrigados para com ‘o único sócio ostensivo’ por todos os resultados das transações e obrigações sociais empreendidas, nos termos precisos do contrato celebrado entre eles.

Por ser apenas uma entidade existente entre seus formadores para facilitar a relação entre os sócios, não é uma sociedade propriamente dita, visto que ela não

tem 'personalidade jurídica', não possui autônoma, não dispõe de um Nome Empresarial, ou de endereço ou de patrimônio próprio e não aparece perante terceiros pois não está legalizada.

Então, a 'sociedade em conta de participação' não está sujeita às formalidades legais prescritas para as demais sociedades, não sendo necessário o registro de seu contrato social na Junta Comercial. Este tipo de sociedade funciona em paralelo, não necessita de contrato formal e nem sequer adquire uma personalidade jurídica autônoma. A sociedade somente produz efeitos entre as partes, não atinge os terceiros.

Nesse sentido, de acordo com Bertoldi (2009, p. 177)

[...] a sociedade em conta de participação se caracteriza por um contrato, não necessariamente escrito, em que duas ou mais pessoas acordam em explorar um mesmo empreendimento empresarial em proveito comum, sob o nome e responsabilidade de um ou alguns dos sócios, a quem cabe a administração da sociedade.

Por ser despersonalizada e a sua constituição não depender de qualquer formalidade, terceiros pode provar a sua existência por todos os meios de direito (art. 992, CC). Ainda que haja algum registro do seu ato constitutivo, não será conferida personalidade jurídica à sociedade em conta de participação (segundo estabelece o art. 993, CC).

Nesse tipo de sociedade, os sócios participantes, por obrigarem-se exclusivamente perante o sócio ostensivo, não cabe a eles sequer tomar parte nas relações do ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente nas obrigações em que intervier (art. 993, parágrafo único, do CC). No entanto, resta garantido o direito ao sócio participante de fiscalizar a gestão de quaisquer atos sociais.

É evidente que, no caso da sociedade em comento, não há que se falar em subsidiariedade ou limitação, pois o sócio ostensivo responde ilimitadamente pelas obrigações, que, em nome próprio, assumiu para com o empreendimento social. Desta feita, os credores não poderão demandar contra os sócios participantes, mas somente contra o ostensivo, sendo que este, de acordo com as condições do contrato, poderá ser ressarcido pela via regressiva.

Esse tipo de sociedade tem duas características especialíssimas que são: 1) o fato do terceiro sequer ter conhecimento da existência de um sócio participante, chamado de sócio oculto; 2) existir um sistema de controle administrativo, em separado, destinado a contabilizar os resultados do empreendimento do sócio ostensivo com o sócio oculto.

Para a 'sociedade em conta de participação' aplicam-se subsidiariamente as normas regentes das sociedades simples (art. 996 do CC) e, no que se refere à liquidação da sociedade, a prestação de contas prevista na lei processual brasileira.

## 4 DAS SOCIEDADES PERSONIFICADAS

Como o próprio nome já sugere, uma sociedade personificada é aquela que esta devidamente legalizada e, pois, possui 'personalidade jurídica', a qual adquire com o registro do ato seu constitutivo no órgão estatal competente.

As sociedades personificadas podem ser 'simples' ou então 'empresárias'.

Uma sociedade 'simples' sempre será constituída por um 'contrato' (ou acordo entre os sócios) que deverá ser registrado no órgão de Registro Civil de Pessoas Jurídicas (artigo 1.150 do Código Civil).

Já um 'sociedade empresária' poderá ser formada por um 'contrato' ou então por um 'estatuto': ambos instrumentos que irão formalizar o acordo celebrado entre seus sócios. Tais sociedades, para adquirirem 'personalidade jurídica', serão registradas na Junta Comercial (art. 967 do Código Civil).

Uma vez legalizadas, tais sociedades passam a ter individualidade patrimonial e econômico-financeira, autonomia negocial e jurídico-processual: nisso consiste o princípio da titularidade da personalidade jurídica.

### 4.1 SOCIEDADE SIMPLES OU NÃO EMPRESÁRIA

O objeto social é que definirá se uma sociedade será simples ou empresária. Será Simples, por exemplo, aquela sociedade que reúne sócios para prestação dos serviços próprios da sua atividade profissional, estando focada na pessoa e não apenas no resultado econômico; além de ter seu objeto considerado de natureza civil, seja por determinação legal ou por raízes históricas.

Assim, de acordo com 'o objeto social' descrito no Parágrafo Único do art. 996 do CC, tem-se uma 'sociedade simples' quando ela irá desempenhar a atividade de natureza intelectual, artística, literária, científica ou até rural (art. 971 CC), não possui elementos de empresa e não tem como atividade a produção ou circulação de bens ou serviços.

Então, segundo o legislador pátrio, o que difere uma sociedade simples de uma empresária é o 'seu objeto' e não o 'seu fim lucrativo ou econômico', como

muitos pensam. Portanto, a sociedade simples pode ser criada para desempenhar qualquer outra finalidade que não a da empresa, apesar de nada impedir que ela tenha fins econômicos e obtenha lucros.

Nesse sentido, a sociedade simples, que antes do Código Civil de 2002 era denominada de 'Sociedade Civil', será aquela que não explora atividade econômica na forma empresarial. Por exemplo: se dois ou mais engenheiros mantêm uma sociedade para prestar os serviços próprios da sua profissão liberal, mesmo tendo auxiliares, e o objeto da sociedade for à exploração econômica do exercício das suas atividades profissionais, não haverá uma sociedade empresarial, mas sim uma sociedade simples. Contudo, se esta sociedade, contratar outros engenheiros para exercer a mesma atividade de forma organizada e profissional, pela qual sua produção não será resultado da mera exploração econômica das atividades pessoais e profissionais dos seus sócios, mas, sim da exploração do negócio de engenharia, posto que mantém empregados e outros auxiliares que exercem esta atividade fim, será uma sociedade empresarial. Portanto, poderá ser uma sociedade com atividade econômica e fins lucrativos, tal como a empresária, mas, não organizada para funcionar empresarialmente.

Deve ser observado, também, que algumas sociedades são *previamente* definidas pela lei como empresária, independente do seu 'objeto' e de qualquer outro requisito ou definição, conforme o *Código Civil - art. 982 - Parágrafo único. "Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa"*.

Daí, uma 'sociedade simples' deverá ser sempre contratual; podendo ser do tipo 'simples' puramente ou se revestir da forma de 'Sociedade Limitada' ou 'Em nome coletivo' ou 'Em comandita simples'. Isto porque as regras inerentes a estes tipos societários aplicam-se subsidiariamente, no que forem compatíveis e que não forem específicos, a todos os outros tipos societários, sejam empresárias ou não (com base nos arts. 1.040, 1.046 e 1.053 do Código Civil).

Como já dito, a 'sociedade simples' nasce com o registro do seu 'contrato social' no Cartório de Registro Público das Pessoas Jurídicas (art. 983 do CC) e com ele a 'personalidade jurídica' e suas consequências.

O seu contrato social deve conter os requisitos gerais dos negócios jurídicos, previstos nos arts. 104 do Código Civil (agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei, dentre outros)

e os requisitos específicos (estabelecidos no art. 997 do CC), quais sejam: denominação ou seu nome, objeto social, valor total do capital e sua divisão entre os sócios, participação dos membros nas perdas e nos lucros, dentre outros elementos.

Ainda, é essencial mencionar a forma de contribuição dos sócios para a formação do contrato social (nos termos do art. 1.004 CC) e na administração da sociedade. Note que a lei obriga que todos os sócios participem da integralização do capital social e dos resultados, mas nada obsta que os sócios participem de maneira diferenciada tanto na formação do capital social quanto nos lucros e/ou perdas.

É importante salientar que na 'sociedade simples' devidamente legalizada aplica-se o princípio da 'personalidade jurídica' e que os sócios somente participam das perdas sociais até o limite de sua responsabilidade subsidiária, caso não haja prática de fraudes ou situações que justifiquem a '*desconsideração*' das regras que asseguram as consequências da plenitude da 'personalidade jurídica'.

Em referência ao credor particular do sócio, este deverá (com base no art. 1.026 CC) solicitar judicialmente 'para fazer recair uma execução sobre o que poderá caber ao sócio devedor na distribuição dos lucros da sociedade ou na parte que lhe tocar na liquidação (quando a sociedade for extinta), desde que não haja outros bens individuais suficientes para saudar o passivo (art. 1.026 do CC).

Nesse sentido, o credor poderá ainda requerer a liquidação da quota do devedor, cujo valor deverá ser depositado em dinheiro, no juízo da execução, até 90 dias após a liquidação.

## 4.2 SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

As Sociedades Empresárias são as Pessoas Jurídicas de direito privado que de forma contínua e profissional se destinam a realizar uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.

Inicialmente, será o 'objeto social', ou seja, a atividade econômica praticada pela 'sociedade' que irá defini-la como 'empresária' ou 'não empresária'; depois será a forma de sua constituição: se formada por um 'estatuto', será empresária (qualquer que seja o objeto social), se for constituída por 'contrato',

deverá ser observado o Parágrafo Único do art. 966 do CC que trata de exigir 'os elementos de empresa' e a *profissionalidade* na atividade empresarial desenvolvida.

Os tipos de sociedades empresárias são vários e cada qual tem uma razão de ser e um reflexo jurídico próprio, tanto no campo das formalidades quanto na forma de administração e de funcionamento, bem como de responsabilidade dos sócios. Elas podem ser constituídas por contratos ou por estatutos, público ou particular; mas quaisquer deles devem ser legalizados na Junta Comercial para que a sociedade possa ter personalidade jurídica.

Em decorrência do tipo de instrumento formador, tais entes, conforme menciona o art. 983 do CC, podem ser classificados de acordo com os seguintes tipos societários: 1) sociedades empresárias contratuais: 'sociedade em nome coletivo', 'sociedade em comandita simples', 'sociedade limitada'; 2) sociedades empresárias estatutárias: 'sociedade anônima' e 'sociedade em comandita por ações'.

No que se refere à responsabilidade dos sócios perante a sociedade, tem-se que os membros passam a ter: responsabilidade solidária, subsidiária ilimitada ou então responsabilidade solidária, subsidiária e limitada. Não esquecendo, no entanto, que todos os bens da 'pessoa jurídica' sempre responderão de forma ilimitada pelos seus compromissos sociais.

Nas sociedades em que todos os sócios respondem de forma ilimitada e solidariamente pelas dívidas do ente sociedade, tem-se nessa classificação a sociedade em nome coletivo e as 'sociedades em comum' (irregulares e as antigas *de fato*).

As sociedades em que alguns de seus membros respondem de forma ilimitada e no mesmo ente há outros sócios que assumiram responsabilidade de forma limitada. Dentre elas pode-se mencionar: a) sociedade em comandita simples – cujo sócio comanditado possui responsabilidade ilimitada e o sócio comanditário que tem responsabilidade limitada; b) sociedade em comandita por ações (art. 280 da Lei 6.404/1976) – os sócios diretores ou gerentes respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais da entidade social e os demais acionistas têm sua responsabilidade limitada ao preço das ações subscritas.

Já as sociedades empresárias em que todos os membros respondem limitadamente pelas obrigações sociais, são as seguintes: a) sociedade anônima – a responsabilidade do acionista é limitada ao valor da ação que subscreveu (ou seja,

da parte em contribuiu para a formação do capital social); e b) sociedade limitada – a responsabilidade do sócio cotista é limitada à importância do valor de sua cota, mas todos respondem subsidiariamente até o limite total do capital social.

Não esquecendo que tais regras estão estabelecidas no Código Civil e em lei especial (Lei 6.404/1976) e todos seguem o respeito à personalidade jurídica.

#### **4.2.2 Sociedade em Nome Coletivo**

Tal sociedade é regida pelos artigos 1.039 a 1.044 do Código Civil brasileiro e de forma subsidiária pelas regras da ‘sociedade simples’ do mesmo instrumento legal. Nasce quando duas ou mais pessoas físicas se unem para exercer atividade empresária em conjunto, sob uma mesma ‘firma social’.

Trata-se de um tipo de sociedade muito antigo, com origem em atividades econômicas desenvolvidas por ‘grupos familiares’ ou por várias pessoas de uma mesma comunidade, que estavam muito próximas e que se associavam para a prática comum do comércio.

A ‘sociedade em nome coletivo’ é pouco usada no Brasil, tem por características a exigência legal de que só pode ter ‘pessoas físicas’ como sócios e que todos eles respondem solidária, subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações sociais.

Isto implica dizer que – em respeito à personalidade jurídica da sociedade - primeiro responde pelas dívidas sociais o bens da própria sociedade, caso eles não sejam suficientes, então os bens pessoais de todos os seus sócios irão responder ilimitadamente pelos compromissos sociais da sociedade.

Como visto acima, todos os sócios deste tipo societário respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, mas nada impede que, sem prejuízo em relação a terceiros, os sócios limitem entre si a responsabilidade de cada um (art. 1.039 do CC); sem esquecer, no entanto, que todos estão solidária e ilimitadamente responsáveis pelas dívidas da entidade.

Na ‘sociedade em nome coletivo’ é contratual, legalizada na Junta Comercial (quando for empresária), tem o Nome Empresarial em forma de ‘firma’ e o capital social é separado em quotas e distribuído entre seus sócios. Nesse modelo

de sociedade qualquer um dos sócios pode exercer a administração da empresa, sendo o uso da 'firma' privativo de quem possui e exerce tais poderes (art. 1.042 do CC).

O nome empresarial deverá ser formado somente pelo nome de alguns, de todos ou de qualquer um dos sócios acrescido da expressão "Cia" ou "Companhia", no final. Também, o nome empresarial poderá ser formado pelo 'nome patronímico' de todos os sócios, quando possível.

O credor particular do sócio somente poder é requerer a liquidação da quota do devedor antes da dissolução da sociedade se ela for prorrogada tacitamente, ou, ainda, na situação de ter corrido prorrogação contratual, haja sido acolhida judicialmente oposição do credor, levantada no prazo de 90 dias, a partir da publicação do ato dilatatório.

#### **4.2.3 Sociedade em Comandita Simples**

A 'sociedade em comandita simples' é uma *derivação* mais moderna da sociedade em nome coletivo, vez que as diferenças, embora substanciais no que se refere à responsabilidade, direitos e poderes dos sócios, no geral são pequenas.

Este tipo societário é composto por sócios que possuem responsabilidade subsidiária, solidária e ilimitada (os sócios *comanditados* – que deverão ser sempre pessoas físicas), e outros com responsabilidade subsidiária, solidária e limitada, obrigando-se, portanto, até o valor da sua quota, chamados pelo legislador de sócios *comanditários*.

Como há duas categorias de sócios: os sócios comanditados e os sócios comanditários, o contrato formador da 'sociedade em comandita simples' deve especificar (individualizar) cada qual. Tal instrumento deve ser legalizado na Junta Comercial para a sociedade empresária ter personalidade jurídica.

Os sócios comanditados podem exercer a administração da entidade e emprestar seu nome patronímico para compor o Nome Empresarial, ficando, portanto responsáveis pelas obrigações da sociedade de forma solidária e ilimitada, tais como os sócios da sociedade em nome coletivo.

Já os sócios comanditários, que podem ser pessoas físicas ou jurídicas e que somente respondem pelo valor do seu investimento social, não podem ceder seu nome civil para formar o Nome Empresarial nem exercer atividade de administração da sociedade sob pena de passar a responder ilimitadamente pelos compromissos sociais, visto que quem efetivamente administra a sociedade, responde inteiramente pelos atos de gestão, e outra, quem apenas contribui com o capital, está sujeita aos riscos do empreendimento, mas, não pode exercer atividade de administração.

Assim, passa a possuir responsabilidade ilimitada, e passa a responder com o patrimônio ou bens pessoais, o sócio comanditário que praticar qualquer ato de gestão, ou ter seu nome utilizado na firma social. Ressalvados os casos de procuradores constituídos para negócios determinados (art. 1.047 do CC).

A lei dispõe como funciona cada uma das categorias de sócios, definindo seus direitos, limites e obrigações. Nas eventuais omissões, no que for aplicável, remete para as relações sociais da sociedade em nome coletivo.

#### **4.2.4 Sociedade Limitada**

A 'sociedade limitada' é uma entidade econômica formada por um contrato (ajustados entre seus membros e legalizada na Junta Comercial), onde a responsabilidade dos sócios é limitada ao valor de sua quota, mas todos respondem até o limite do total do capital social constante na última alteração contratual.

O seu nome empresarial pode ser em forma de razão social (firma) ou denominação, integradas pela palavra final "limitada" ou sua abreviatura (Ltda.).

A sociedade limitada, que corresponde a mais de noventa por cento das sociedades regularmente constituídas no Brasil, tem três características que atendem aos interesses dos grandes, médios e pequenos empresários.

A primeira delas, e certamente a mais importante, é o fato de se tratar de uma sociedade contratual, com pouca interferência estatal, ou seja, um modelo que permite aos próprios sócios regularem os níveis de atuação de cada qual; de estabelecerem e de alterarem, conforme os seus interesses, a forma de participação

e integralização do capital e, ainda, em qualquer época definir ou redefinir a gerência da sociedade.

Em segundo lugar a limitação da responsabilidade dos sócios, que é um fator de segurança e maior liberdade para empreender. E em terceiro lugar a motivação decorre da maior simplicidade administrativa, do menor custo contábil e gerencial e, especialmente, da agilidade de decisões que este modelo de sociedade permite.

As sociedades limitadas, anteriormente eram chamadas de 'sociedades por quotas de responsabilidade limitada' e regulamentada por uma lei especial. Hoje, são regidas pelos artigos 1.053 a 1.087 do Código Civil e, supletivamente, pelos artigos 997 a 1.038, também do Código Civil, que regula as sociedades simples ou, ainda, pela Lei 6.404/76 (conhecida como Lei da Sociedade Anônima).

Para tanto, é necessário que os sócios nas sociedades limitadas façam inserir uma cláusula no contrato social adotando a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima, lei 6.404/76.

Isso significa que os sócios, usando da sua liberdade de contratar, podem estabelecer regras supletivas que confirmam à sociedade limitada um perfil mais capitalista, valorizando o investimento de capital, ou ainda um perfil mais contratual, que mantenha uma ampla flexibilidade de decisões pelos sócios.

Naturalmente que esta opção deverá ser supletiva, destinada apenas a preencher espaços que a lei não vede e sequer imponha outra conduta, contudo, é realmente uma forma de dar efetividade ao princípio da liberdade contratual como característica maior das sociedades limitadas.

No que se refere à sua personalidade jurídica, Silva (2007, p. 350) ensina que:

[...] sociedade limitada é uma sociedade personificada, que decorre de um contrato social, que deverá ser registrado na Junta Comercial. Pelo fato da relação societária surgir por meio de contrato, classifica-se a sociedade limitada como uma sociedade contratual.

A sociedade limitada é uma sociedade que tem seu capital social composto por cotas (ou quotas). No que se refere às cotas, Rubens Requião, citando Egberto Lacerda, define-a como sendo "*A entrada, ou contingente de bens, coisas ou valores com o qual cada um dos sócios contribui ou se obriga a contribuir para a formação do capital social.*" (p. 420)

O art. 1.055 permite a divisão do capital social em quotas iguais ou desiguais a serem integralizadas pelos sócios; atribui responsabilidade solidária de todos eles pela exata estimação dos bens conferidos até o prazo de 5 anos contados da data do registro da sociedade (§ 1º) e veda a contribuição que consista em prestação de serviços (§ 2º).

A sociedade limitada, como pessoa jurídica de direito privado, responde ilimitadamente no total de seu capital social pelas dívidas sociais, desde que esteja ele totalmente integralizado.

Mas, como visto, a responsabilidade pessoal dos sócios é limitada. É importante frisar que o *capital subscrito* é o montante financeiro que os sócios se comprometem a entregar ou colaborar para a formação da empresa; já o *capital integralizado* é quando este montante foi efetivamente entregue.

Quando o capital social está totalmente integralizado, os sócios cotistas respondem limitadamente pelas obrigações sociais até o limite de sua quota parte.

Porém, se algum dos quotistas deixou de fazer a integralização do seu quinhão no capital a que se comprometera, embora a sociedade continue sendo responsável até o limite do capital subscrito, os demais sócios passam a ter responsabilidade solidária até a integralização do montante total.

De forma excepcional, os sócios poderão responder de forma subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações sociais nos seguintes casos: a) quando os sócios agirem de forma contrária à lei ou ao contrato social; b) em casos de execução trabalhista, a Justiça do Trabalho, visando à proteção do empregado (hipossuficiente), tem deixado de aplicar as regras de limitação da responsabilidade dos sócios; c) em casos de fraude a credores, devido à benesse da separação patrimonial; d) quando a sociedade possui débitos junto à Seguridade Social (INSS), de acordo com o art. 13 da Lei 8.620/93; e, e) quando pessoas casadas sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória, celebram contrato de sociedade (sociedade marital), de acordo com o art. 977 do CC.

É cabível 'ação de perdas e danos' (sem prejuízo da criminal) contra o sócio que usar indevidamente da firma social ou que dela abusar. Para que não respondam pessoalmente pelas obrigações sociais, os sócios-gerentes ou que cederam o seu nome civil à firma social, ou que usarem a firma, não deve omitir a expressão 'Limitada' na firma social ou na denominação.

Quando ocorre o encerramento da atividade empresarial, sem que se proceda ao arquivamento do distrato, a sociedade torna-se irregular, conseqüentemente, os sócios passam a responder solidária e ilimitadamente pelas obrigações da entidade.

#### **4.2.5 Sociedade Anônima**

Trata-se de sociedade eminentemente empresária (qualquer que seja o seu objeto social), regulada pela Lei 6.404/76 e formada por Estatuto, em que o capital social divide-se em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir (art. 1.088 do CC).

A Sociedade Anônima é modelo de sociedade capitalista por excelência que abriga a maioria dos empreendimentos de grande porte e tem sido uma excepcional alavanca no desenvolvimento brasileiro.

Elas podem ser classificadas em ‘sociedades de capital fechado’ e ‘sociedades de capital aberto’. São sociedades de ‘capital aberto’ quando forem detentoras de autorização especial para negociar seus valores mobiliários no mercado de capitais (ou seja, nas Bolsas de Valores) e no ‘mercado de balcão’; sendo matriculadas na CVM (Comissão de Valores Mobiliários). Nesta hipótese estão sujeitas a uma incidência mais acentuada das normas de interesse público.

São de ‘capital fechado’ quando pertencerem a um grupo reservado de sócios e, por isso, não precisa da matrícula na CVM e até conservam certa liberdade estatutária; as suas ações são negociadas e no ‘mercado de balcão’. Nesse caso funcionam com uma dose menor de interferência estatal.

Diferente da sociedade limitada, a sociedade anônima sofre forte influência legal e a figura pessoal dos sócios pouco representa. Entretanto, esta limitação de autonomia administrativa e o regramento acentuado são motivos de estímulo para os acionistas que, em se tratando de sociedades de capital aberto, podem movimentar com maior segurança a compra e venda de seus valores mobiliários.

A sociedade anônima funcionará sempre sob ‘denominação social’, integrada pelas expressões “sociedade anônima” ou “companhia” (no início do nome

empresarial), por extenso ou abreviada (art. 1.160 do CC). É permitido na denominação acrescentar o nome do fundador, acionista, ou de pessoas que hajam concorrido para o bom êxito da formação da empresa (parágrafo único).

Trata-se de uma sociedade de capital, onde qualquer pessoa (interdito, menor, dentre outros) pode ingressar na sociedade, bastando apenas adquirir as ações, por isso é permitida a penhora das ações do acionista por dívidas particulares.

Ações são porções representativas do capital social da sociedade anônima (títulos representativos da participação societária) e torna seu possuidor sócio da entidade - que por sua vez passa a ter direito e deveres para com a sociedade. As ações podem ser do tipo Ordinárias, Preferenciais, De fruição. A forma das ações pode ser: nominativa registrada ou nominativa escritural. Depois da Lei 8.021/90 todas as ações passaram a ser obrigatoriamente nominativas e segundo Bertoldi (2009, p. 253) atualmente não existe mais no direito brasileiro “as ações endossáveis e ao portador”.

Como a sociedade anônima sempre será empresária, independentemente do seu objeto (art. 982 do CC; art. 2º, § 1º, da LSA), poderá participar como membro de outras sociedades (art. 2º, § 3º, da LSA).

Este tipo societário pode, com o objetivo de obter os recursos necessários para o desenvolvimento de suas atividades, emitir ações, partes beneficiárias (Art. 46 da LSA), debêntures (art. 52 da LSA), bônus de subscrição (art. 75 da LSA) e notas promissórias (In 134/90, CVM). É importante frisar que as partes beneficiárias, os bônus de subscrição e a nota promissória só podem assumir a forma nominativa. As ações e as debêntures, no entanto, podem ser tanto nominativas como escriturais.

A Sociedade Anônima terá como órgão máximo decisório a sua Assembléia-geral dos acionistas que se reúne em Assembléia-Geral Ordinária ou em caráter especial em Assembléia-Geral Extraordinária; tudo mediante convocação.

Há ainda, o Conselho de Administração, como órgão executivo da Assembléia-Geral e que pode ter poderes de deliberação em certas matérias, conforme prevê o próprio Estatuto. Na Sociedade Anônima pode existir uma Diretoria (órgão executivo) e um Conselho Fiscal (órgão de fiscalização).

Os administradores – que poderão ser sócios ou não sócios - são escolhidos pelos acionistas com direito a voto na Assembléia-Geral e passam a ter deveres de diligência, lealdade, honestidade, informação aos sócios sobre tudo quanto diz respeito aos interesses da Sociedade; e responsabilidades pela administração e pelos atos praticados e compromissos assumidos. Tais responsabilidades serão em conformidade com a Lei 6.404/76 e o estatuto e, solidariamente respondem pessoalmente (com seus bens pessoais) caso haja culpa, dolo, negligência, má fé, dentre outros.

Qualquer pessoa capaz pode ser escolhida pelos acionistas para administrar a sociedade anônima.

Os seus sócios ou acionistas possuem responsabilidade limitada ao preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir (art. 1º da LSA) e possuem participação nos lucros e dividendos da sociedade. Os responsáveis por estabelecer o valor de emissão das ações podem ser os fundadores da sociedade, na Assembléia-geral ou no Conselho de Administração.

Portanto, podem-se citar como principais características da sociedade anônima: a identificação pela sua denominação social; a natureza capitalista; a função essencialmente empresarial; a limitação da responsabilidade dos sócios e a possibilidade de abertura do capital para negociação de suas participações no mercado de capitais.

#### **4.2.6 Sociedade em Comandita por Ações**

A sociedade em comandita por ações é uma sociedade empresária institucional, na qual o capital social é dividido por ações e, da mesma forma que na sociedade por comandita simples, possui duas categorias de acionistas; os acionistas administradores, que são responsáveis subsidiários pelas obrigações da sociedade de forma ilimitada, e os demais, que somente respondem pelas obrigações da sociedade no limite das suas ações, portanto, de forma limitada.

De acordo com conceito dado por Paes de Almeida (2004, p. 156), a sociedade em comandita por ações:

[...] é aquela em que o capital, tal como nas sociedades anônimas, se divide em ações, respondendo os acionistas pelo preço das ações subscritas ou adquiridas, assumindo os diretores responsabilidade solidária e ilimitada pelas obrigações sociais.

Neste tipo societário somente o acionista pode exercer a administração e, como diretor, responderá ilimitada e subsidiariamente pelas obrigações sociais. Se houver mais de um diretor, todos responderão solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais depois de esgotados os bens da sociedade (nos termos do art. 1.091, §1º, do CC).

A Sociedade em comandita por ações pode utilizar como Nome Empresarial, firma ou denominação social; mas só podem figurar na firma os nomes dos sócios-diretores ou gerentes, ficando estes responsáveis ilimitada e solidariamente pelas obrigações sociais (art. 281 da LSA). Quando utilizar denominação social há de ser acrescentada a expressão “comandita por ações” (art. 1.161 do CC).

As diferenças mais marcantes em relação às sociedades em comandita simples, e em relação às sociedades anônimas, começam nos parágrafos do artigo 1.091 do Código Civil: 1) os diretores são nomeados desde a constituição da sociedade e, obrigatoriamente, deverão ser sócios da própria sociedade; 2) seus administradores têm mandato por prazo ilimitado; 3) não serão nomeados pela Assembléia-geral de acionistas, mas no ato constitutivo da sociedade e sem limitação para seu mandato; 4) os administradores somente poderão ser destituídos por deliberação dos acionistas que representem dois terços do capital social da sociedade.

Assim, os poderes da Assembléia-geral também ficaram limitados, visto que não escolhem os Diretores e são eles que respondem com seus bens particulares (embora de forma subsidiária, pois primeiro responde os bens da própria sociedade) pelos compromissos da entidade.

Não esquecer que, diferentemente da Sociedade Anônima, na Sociedade em comandita por ações, conforme estabelece o art. 1.092 do CC: “A Assembléia-geral não pode, sem o consentimento dos diretores, mudar o objeto essencial da sociedade, prorrogar-lhe o prazo de duração, aumentar ou diminuir o capital social, criar debêntures, ou partes beneficiárias.”

A Sociedade em comandita por ações pode ser fechada ou aberta; suas ações podem ser ordinárias ou preferenciais e as preferenciais terão vantagens na distribuição dos lucros, etc.

No mais, o regime geral da Sociedade em comandita por ações, salvo as ressalvas que a lei impõe, é o mesmo das sociedades anônimas, além do que estabelece os artigos 1.090 a 1.092 do CC.

#### 4.3 SOCIEDADE COOPERATIVA

De acordo com o art. 983 do Código Civil, a sociedade cooperativa sempre será considerada uma 'sociedade simples', independentemente do seu objeto, visto que não há o elemento 'empresa' na sua finalidade e constituição, pois ela terá, obrigatoriamente, a finalidade de proteção e defesa de seus cooperados.

De acordo com Paes de Almeida (2004, p. 366), a sociedade cooperativa "é uma sociedade de pessoas, com capital variável, que se propõe, mediante a cooperação de todos os sócios, em fim econômico".

Tal entidade é regida pelos artigos 1.093 a 1.096 do CC e pela Lei 5.764/71.

Muito embora a 'Lei sobre Cooperativa' em seu art. 3º (Lei 5.764/71) considerar a sociedade cooperativa como sendo contratual, ela é uma sociedade institucional, pois será sempre criada por um Estatuto.

Quanto ao Nome, sempre utilizará a denominação social, referindo-se sempre ao objeto social acrescido do vocábulo "cooperativa" (art. 5º da Lei 5.764/71).

No que tange à responsabilidade dos associados, esta poderá ser limitada ou ilimitada, a depender do que dispuser o Estatuto social (art. 1.095 do CC). Serão de responsabilidade limitada, quando a responsabilidade do sócio pelos compromissos sociais se limitar ao valor do capital por ele subscrito (art. 11); e de responsabilidade ilimitada, quando a responsabilidade do associado pelos compromissos da sociedade for pessoal, solidária e não tiver limite de responsabilidade (art. 12).

Observa-se que aqui também deve ser verificado o princípio da subsidiariedade, conforme se depreende do art. 13 da Lei das Cooperativas, que diz que a responsabilidade do associado somente poderá se invocada depois de judicialmente exigida da cooperativa.

Os administradores, além de serem responsáveis pela realização do objeto social, passam a ter deveres, respondendo pela administração e pelos atos praticados e compromissos assumidos. Estas responsabilidades serão em conformidade com Estatuto e, de forma solidária e ilimitada, com seus bens pessoais, caso haja fraude, culpa, dolo, negligência, má fé, dentre outros.

## 5 GRUPOS DE SOCIEDADES

A formação de grupos de empresas constitui o denominado processo de ‘concentração empresarial’, tão em moda no mundo globalizado atualmente.

De acordo com Coelho (2008, p. 224), consiste na “associação de esforços empresariais entre sociedades, para a realização de atividades comuns, que pode resultar em três diferentes situações: os grupos de fato, os de direito e os consórcios”.

Mas, antes de se comentar a formação de ‘grupos de sociedades’ tem-se que compreender o que seja uma Incorporação e uma Fusão dos entes econômicos – que são diferentes dos denominados ‘grupos de sociedades’.

A Incorporação é o fenômeno em que uma ou mais empresas é anexada ou se une a uma terceira, que absorve seus direitos e obrigações (art. 1.116 CC). Quando várias sociedades são absorvidas (ou são incorporadas) por outra, elas são extintas e permanece atuando no mercado somente a incorporadora.

Na Incorporação, se houver uma “companhia aberta”, a incorporadora deverá ser, também, uma “companhia aberta”. Nos demais casos não há esta exigência.

Os sócios das sociedades envolvidas no processo de incorporação deliberam (em Assembléia ou em reunião) sobre os procedimentos, os direitos e as obrigações de cada qual. Mas, as sociedades incorporadas, em primeiro plano, decidem sobre a incorporação, de acordo com a forma prevista nos seus contratos ou estatutos: 1) Se for uma sociedade contratual, exige-se a votação à maioria dos sócios; 2) Se for uma estatutária, exige-se a presença de acionistas que representem 2/3 dos sócios com direito a voto (“ON”), na segunda convocação, qualquer número decidirá.

O mesmo procedimento exige-se na sociedade incorporadora.

Depois, faz-se o balanço patrimonial de cada sociedade envolvida (que os aprovam internamente) e depois todos tomam conhecimento e aprovam tais balanços em reunião conjunta (arts. 1.117 e 1.118 CC).

Os credores terão seus direitos preservados, isto porque a incorporadora assume todos os débitos e créditos da(s) incorporada(s).

O CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) deve ser comunicado e aprovar este processo.

Na Fusão o processo é um pouco diferente, pois várias sociedades se unem para a constituição de uma nova, a qual irá absorver todos os bens, dívidas e créditos das sociedades anteriores (que serão extintas). Há o desaparecimento ou extinção de todas as sociedades anteriores e a constituição de uma nova entidade econômica.

Portanto, todas as sociedades envolvidas no ‘processo de fusão’ são extintas, *sendo criada uma nova empresa* que sucederá as anteriores em direitos e obrigações (art.1.119 CC e 228 LSA).

Para tanto, os sócios deliberam (cada qual em sua sociedade, separadamente) pelo consenso da maioria em assembleia ou em reunião – votando ou não pela fusão. O sócio dissidente pode se retirar da sociedade, recebendo o seu “quinhão”.

Peritos são nomeados (em cada sociedade) para avaliarem o patrimônio da cada empresa. O laudo apresentado será aprovado em assembleia ou reunião conjunta que decidirá pelo processo de fusão (tipo societário, administradores, nome, direitos e obrigações de sócios e de terceiros).

Os direitos e obrigações dos credores e devedores são transferidos para a nova empresa, bem como a participação de cada sócio. O CADE deve ser comunicado e aprovar todo o processo de fusão.

Os credores tem até 90 dia - após publicada a fusão, cisão ou incorporação - para alegar prejuízos com a nova decisão e mover “ação de anulação do processo”.

Mas, quanto ao denominado ‘formação de grupos de sociedades’, tem-se que separar as ‘sociedades coligadas’, do ‘grupo’ e do ‘consórcio’.

## 5.1 SOCIEDADES COLIGADAS

O Código Civil em seu art. 1.097, conceitua como ‘grupo de sociedades’ várias sociedades – preservando cada qual a sua autonomia ou personalidade jurídica – se unem por um acordo legalizado na junta Comercial e estabelecem regras para a atuação conjunta no mercado e que nas suas relações de capital algumas empresas figuram como controladas, filiadas, ou de simples participação.

É uma forma de ‘relacionamento intersocietário’ em que ocorre a associação de sociedades formando “conglomerados econômicos”, onde há sócios comuns entre as sociedades integrantes do “grupo” (que são chamadas de sociedades coligadas).

‘Sociedade controladora’ é aquela que, seja diretamente ou por intermédio de outras sociedades sob seu controle, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores (art. 1.098 do CC).

Controlada é a sociedade que se submete à controladora (art. 1.098, I e II). São coligadas as sociedades quando uma participa da outra como sócia, com pelo menos 10% do capital, sem, no entanto, controlá-la (art. 1.097).

É de simples participação a sociedade de cujo capital outra sociedade possua menos de 10% do capital com direito de voto (art. 1.100).

O grupo poderá ser constituído por “convenção escrita” e devidamente legalizado na Junta Comercial e publicado que recebe um Nome.

Requião chama “um arranjo administrativo comum”, constituído por uma controladora e suas afiliadas, conforme art. 243 LSA e art. 1097 e seguintes do CC:

Sociedade controlada: art. 1097 CC:

1) *por controle direto*: ocorre quando uma outra sociedade detém, sobre a controlada, o controle das decisões e dos “votos nas deliberações”, além do “poder de eleger a maioria dos administradores”- (art.1098, I - CC) Então, é o caso da sociedade controlada diretamente por uma outra.

2) *por controle indireto*: tem-se quando uma sociedade possui o controle de outra e é, também, controlada por uma terceira (art. 1098, II - CC) Nesta situação há uma sociedade controlada por uma outra e essa outra, por sua vez, também já é controlada por uma terceira.

- a) Sociedade controladora: é a sociedade que possui o controle das decisões, da administração, das deliberações, do comando de uma outra ou das demais afiliadas – sendo, pois, sócia majoritária das demais.
- b) Sociedade filiada ou coligada: é a sociedade cujo capital, da ordem de 10% ou mais, pertence à outra sociedade, sem ser controlada por ela – art. 1099 CC.
- c) Sociedade de simples participação: é a sociedade em que outra detém menos de 10% de seu capital, sem controlá-la (art. 1100 CC)

Todas estas modalidades de composição ou de arranjos societários são comuns atualmente, fortalecem as empresas e visam atender o mundo globalizado. Ao Brasil cabe fiscalizar, por meio da atuação do CADE, se os princípios e normas constitucionais estão sendo respeitados, se não está havendo ‘concentração empresarial’ que venha a macular a ‘livre iniciativa’, o ‘direito de concorrência leal’, os consumidores e a sociedade brasileira, dentre outros.

Quanto a aplicação da ‘desconsideração da personalidade’ de uma empresa ‘controladora’ para poder dispor de bens, de forma a quitar débitos da sua controlada, deve-se citar os esclarecimentos dados no Site do Superior Tribunal de Justiça sobre o REsp 1.141.447, de lavra do ministro Sidnei Beneti, da Terceira Turma do STJ que se pronunciou da seguinte forma<sup>1</sup>:

O credor não conseguiu encontrar bens penhoráveis da devedora (a empresa controlada), entretanto a empresa controladora teria bens para quitar o débito. Para o ministro Beneti, o fato de os bens da empresa executada terem sido postos em nome de outra, por si só, indicaria malícia, pois estariam sendo desenvolvidas atividades de monta por intermédio de uma empresa com parco patrimônio.

Entretanto, na opinião de vários juristas e magistrados, a desconsideração não pode ser vista como panaceia e pode se tornar uma faca de dois gumes. A professora Ana Frazão opina que, se, por um lado, aumenta a proteção de consumidores, por outro, há o risco de desestimular grandes investimentos. Esse posicionamento é compartilhado por juristas como Alfredo de Assis Gonçalves, advogado e professor aposentado da Universidade Federal do Paraná, que teme já haver uso indiscriminado da desconsideração pelos tribunais.

A ministra Nancy Andrighi, entretanto, acredita que, no geral, os tribunais têm aplicado bem essa técnica. Ela alertou que criminosos

---

<sup>1</sup> Superior Tribunal de Justiça: Site: [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103724](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103724)  
Acesso em 09/09/2012.

buscam constantemente novos artifícios para burlar a legislação. “O que de início pode parecer exagero ou abuso de tribunais na interpretação da lei, logo se mostra uma inovação necessária”, declarou.

Porém, não se deve esquecer que relações econômicas passou-se a flexibilizar a autonomia da pessoa jurídica em busca de novos limites, a fim de se chegar a um ponto de equilíbrio na aplicação do direito, conforme mencionado no início deste trabalho. E isso se deu quando se verificou o desvirtuamento do instituto da pessoa jurídica, ensejando o nascimento da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica.

## 5.2 GRUPO DE EMPRESAS

Entende-se por ‘grupo de empresas, o conjunto de sociedades que mediante uma ‘convenção’ ou ‘acordo firmado espontaneamente’ se obrigam a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos ou para participar de atividades ou empreendimentos comuns e cujo controle é exercido por uma sociedade brasileira escolhida dentre as integrantes do ‘grupo’ (art. 265, §1º, da LSA).

É importante salientar que cada sociedade integrante do ‘grupo’ conservará sua personalidade, autonomia administrativa e patrimonial distintos (art.266)<sup>2</sup>.

<sup>2</sup>Informativo nº 0364 - Período: 18 a 22 de agosto de 2008. -Terceira Turma - FALÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO. PERSONALIDADE JURÍDICA. Na espécie, a sentença decretou a falência de empresa, nomeando síndico, que requereu a extensão dos efeitos da falência às demais empresas do grupo. O juízo, em despacho, acolheu a desconstituição da personalidade jurídica de todas elas, com vistas a alcançar também seus respectivos sócios e acionistas. O Tribunal a quo apenas proveu o recurso para afastar a agravante com base no art. 34 da Lei de Falência. Assim, a questão versa em determinar se foi legítima a extensão dos efeitos da falência à recorrente e a uma das empresas do grupo. Isso posto, a Turma, prosseguindo na renovação do julgamento, por maioria, deu provimento ao recurso para afastar a recorrente das consequências da decisão extensiva dos efeitos da falência. A recorrente, que detém cotas de participações das empresas, não poderia assumir dívidas de sociedades em que não figurou como administradora, na ausência de ato abusivo ou excesso de poder. Precedentes citados: REsp 211.619-SP, DJ 23/4/2001; REsp 170.034-SP, DJ 23/10/2000, e RMS 14.168-SP, DJ 5/8/2002. REsp 786.345-SP, Rel. Min. originário Humberto Gomes de Barros, Rel. para acórdão Min. Ari Pargendler, julgado em 21/8/2008.

Informativo nº 0195 - Período: 8 a 12 de dezembro de 2003. - Terceira Turma - FALÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO. PERSONALIDADE JURÍDICA. PEDIDO. SÍNDICO: Respaldo na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o síndico da massa falida pode pedir ao juiz a extensão dos efeitos da falência às sociedades do mesmo grupo, isso se houver evidências de sua utilização com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros (Lei n. 6.024/1974 e Lei de Falências). Essa providência prescinde de ação autônoma. Precedentes citados: RMS 12.872-SP, DJ 16/12/2002; REsp 158.051-RJ, DJ 12/4/1999; REsp 211.619-SP, DJ 23/4/2001; REsp 252.759-SP, DJ 27/11/2000, e REsp 332.763-SP, DJ 24/6/2002. REsp 228.357-SP, Rel. Min. Castro Filho, julgado em 9/12/2003. Sociedades Coligadas, Controladoras e Controladas. Responsabilidades. Grupos de Sociedades. Subsidiária Integral. [http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Sociedades\\_Coligadas,\\_Controladoras\\_e\\_Controladas.\\_Responsabilidades.\\_Grupos\\_de\\_Sociedades.\\_Subsidi%C3%A1ria\\_Integral](http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Sociedades_Coligadas,_Controladoras_e_Controladas._Responsabilidades._Grupos_de_Sociedades._Subsidi%C3%A1ria_Integral). Acesso em 14/setembro/2012.

O grupo de sociedades terá designação de que constarão as palavras 'grupo de sociedades' ou apenas 'grupo' e o 'acordo que gerou o grupo' será registrado na Junta Comercial. Nele deverá constar a natureza do compromisso firmado, a forma de relacionamento entre as integrantes, seus direitos e deveres, o papel de cada qual na formação do 'grupo', dentre outros compromissos.

É vedada a participação recíproca entre as sociedades integrantes do grupo – art. 244 LSA.

A desconsideração da personalidade jurídica deve ser aplicada em situações em que uma das empresas integrantes do grupo deixou de ser sujeito e passou a ser mero objeto, manobrado à consecução de fins fraudulentos ou ilegítimos. Desta forma, quando o interesse ameaçado é valorado pelo ordenamento jurídico, como mais desejável ou menos sacrificável do que o interesse colimado através da personificação societária abre-se a oportunidade para a desconsideração.

### 5.3 CONSÓRCIOS DE EMPRESAS

Entende-se por 'consórcio de empresas' a associação de empresas mercantis (companhias ou qualquer outro tipo societário) sob o mesmo controle ou não, para obter finalidade comum ou realizar determinado empreendimento, geralmente de grande vulto ou de custo muito elevado, exigindo para sua execução conhecimento técnico especializado e/ou instrumental técnico de padrão diferenciado, em que cada qual preserva sua personalidade jurídica.

No entanto, fica proibida a formação de consórcio de empresas no caso de restringir a liberdade de comércio, tendo por objetivo a 'dominação do mercado', a 'eliminação da concorrência' ou o 'monopólio' na obtenção de elevação de preço, perante a ilegalidade de tais finalidades (Lei 8.884/1994), por ser inconstitucional.

Conforme menciona o art. 278 da LSA "Serão constituídos por companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, para executar determinado empreendimento". Assim, o 'consórcio' é uma modalidade especial de concentração de empresas, onde vários empresários se associam e

celebram um 'pacto ou contrato entre si' onde cada qual mantém a sua autonomia e identidade jurídica intacta; nos Estados Unidos é denominado "*joint-venture*".

Como o Consórcio não possui personalidade jurídica, as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo pacto formador de tal ente (tarefas, encargos, créditos, dívidas), respondendo cada empresa por suas obrigações, sem presunção de solidariedade (no termos do §1º do art. 278 da LSA).

Nesse sentido, é importante citar que a falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as demais consorciadas. Ainda, havendo a retirada voluntária de qualquer delas, nenhum efeito se produzirá sob os bens das outras; subsistindo o consórcio com as demais contratantes.

O 'acordo' firmado entre as consorciadas deve ser arquivado na Junta Comercial e publicado (nos moldes da Instrução Normativa do DNRC nº 73/98).

Para que seja firmado o 'acordo do consórcio' os seus termos devem ter sido aprovado nos órgãos de decisão de cada empresa. Ocasão em que será escolhida a 'empresa que irá representar o consórcio' (que deve ser empresa brasileira, § 1º do art. 265, LSA); a finalidade do acordo, designado quais as obrigações e os direitos de cada qual; o que cada consorciada irá realizar; o nome do consórcio, endereço, duração, forma de administração, de prestação de contas, de distribuição de encargos e lucros, entre outros - art.279 incisos I a VIII, LSA.

Geralmente, no Brasil os principais consórcios são constituídos para: a) execução de grandes obras de engenharia; b) atuação no mercado de capitais; c) acordos exploratórios de serviços de transporte; d) exploração de atividades minerais e correlatas; e) atividades de pesquisa ou uso comum de tecnologia; f) licitações públicas.

Uma vez constituído, o Consórcio é administrado pela empresa designada 'líder'. A entidade nomeada líder fica responsável pela escrituração contábil e pela guarda dos livros e documentos comprobatórios das operações do consórcio, conforme os prazos legais. Isto porque o Consórcio deve registrar os atos e os fatos administrativos mantendo contabilidade distinta das empresas consorciadas. O saldo apurado na demonstração de resultado do consórcio de empresas deve ser transferido às empresas consorciadas na proporção prevista no contrato, podendo as empresas consorciadas efetuarem os registros por operação ou saldo das contas. Mas, cada empresa deverá ter sua contabilidade própria e nela registrar a apuração dos lucros e das perdas em seus livros.



## 6 EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE ILIMITADA

A Lei nº 12.441/2011 inovou ao trazer para o ordenamento jurídico pátrio a 'Empresa Individual de Responsabilidade Limitada' onde o legislador estabeleceu que um Empresário Individual (que em regra responde pessoalmente ou, seja, de forma ilimitada por compromissos assumidos em decorrência da atividade mercantil) pode, a partir de então, limitar a sua responsabilidade quando da prática mercantil.

Tal Lei acrescentou o inciso VI ao artigo 44, o artigo 980-A ao Livro II da Parte Especial e alterou o parágrafo único do artigo 1.033, ambos do Código Civil Brasileiro de 2002<sup>3</sup>.

É importante salientar, que a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada não é uma sociedade unipessoal, *mas novo ente jurídico personificado*: uma pessoa física, um indivíduo, um empresário individual que *definiu, limitou, estipulou* qual será a sua responsabilidade pessoal no exercício da atividade econômica, conforme destaca o Enunciado n. 3 da I Jornada de Direito Comercial, (Enunciado n. 469 da V Jornada de Direito Civil).

Para a sua constituição é necessário que o capital social limitado ou definido como responsável pelas dívidas sociais do Empresário Individual, não seja inferior a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País (conforme artigo 980-A, do Código Civil); que ao seu nome empresarial deverá ser acrescida ou incluída a expressão "EIRELI", após a firma ou denominação social (artigo 980-A, §1º, do Código Civil).

Além disso, a pessoa natural que constituir a EIRELI somente poderá figurar em apenas uma empresa dessa modalidade (artigo 980-A, §2º, do Código Civil).

---

<sup>3</sup> Código Civil brasileiro: Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. § 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão "EIRELI" após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada. § 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade. § 3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração. § 4º (VETADO). § 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional. § 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.

Importante frisar que a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada só poderá ser constituída por uma única pessoa natural (Enunciado n. 468 da V Jornada de Direito Civil).

No que tange à responsabilidade pelas dívidas da EIRELI, esta recai tão somente sobre o patrimônio da empresa (constituído pelo total do capital que o próprio empresário individual definiu e transferiu para a ela), não se confundindo este com o patrimônio pessoal da pessoa natural que a constituiu.

Nesse sentido, pode-se afirmar que se tal Empresa Individual praticar atos que possam ser enquadrados no art. 50 do Código Civil ou que venham a causar, dolosamente, danos ao meio-ambiente ou ao consumidor, deverá ser aplicado o 'instituto da desconsideração da personalidade jurídica' (Enunciado n. 470 da V Jornada de Direito Civil), bem como, nos casos em que estivermos diante de dívidas fiscais, previdenciárias e trabalhistas.

Veja-se a lição do Mestre Barbosa (2012, p. 1), retirada do artigo "Empresa Individual de Responsabilidade Limitada: Um Breve Comentário Sobre a Lei 12. 441/211":

Desta forma, as regras utilização de patrimônio da pessoa natural que exerce uma atividade econômica sob a forma de empresário individual ou como EIRELI, em relação às obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias permanecem inalteradas, ou seja, os bens da pessoa natural permanecem com a possibilidade de ser utilizados para cumprimento das obrigações em que estejam presentes o interesse público (tributárias e previdenciárias), e nos casos dos trabalhadores, numa cristalina observância no caso destes créditos ao princípio da hipossuficiência, bem como ao caráter alimentício que permeia o crédito trabalhista...[...]

Assim, nos casos acima explicitados, deverá ser solicitada judicialmente (e de forma justificada) a 'desconsideração da responsabilidade' da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada e os bens pessoais do empresário Individual serão atingidos de forma ilimitada.

Nesse sentido, a inovação legislativa foi de suma importância para a sociedade e o mercado brasileiro, trazendo mais segurança para as pessoas (naturais) que buscam ingressar no ramo empresarial e optam por esse modelo de empresa, e sem deixar de responsabilizá-las quando estivermos diante de dívidas fiscais, previdenciárias e trabalhistas.

## 7 DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A distinção entre ‘pessoa jurídica’ e ‘pessoa física’ surgiu para resguardar a separação patrimonial entre o capital da empresa e o patrimônio das pessoas que a constituem, ou melhor, entre os bens pessoais dos empresários e dos sócios em caso da falência ou de dificuldades financeiras de uma empresa. Isso permitiu mais segurança em investimentos e compromissos e é essencial para a atividade econômica.

Entretanto, essa situação privilegiada, que fomenta o desenvolvimento econômico, não pode ser usada para possibilitar abusos, tal qual se verifica quando a pessoa jurídica não é utilizada para as atividades às quais se destina, mas para outras finalidades; ou se seu patrimônio estiver em situação fática, confundindo-se ou misturando-se com o patrimônio particular das pessoas que a constituem.

Nestas hipóteses, a pessoa jurídica terá essa sua característica de separação patrimonial desconsiderada, ignorada, para os efeitos e consequências de determinadas obrigações. Com isso, pretende-se que a personalidade jurídica não seja utilizada de forma indevida.

Então, ‘desconsiderar a personalidade jurídica’ de um ente econômico significa *flexibilizar* ou *relativizar* ou *desprezar* a sua autonomia, ou seja, atingir ou deixar de respeitar o princípio da eficácia da personalização, com a consequente suspensão dos efeitos da separação patrimonial, negocial, processual e financeira entre o ‘organismo jurídico’ e os seus integrantes.

A legislação brasileira é pautada pelo princípio do reconhecimento da personalidade jurídica das sociedades e dos entes econômicos, pois, não há dúvidas que a existência da garantia da ‘autonomia’ da pessoa jurídica em relação aos seus integrantes traz segurança jurídica às relações mercantis e é muito importante para o exercício da atividade empresarial.

Entretanto, excepcional e pontualmente o direito pátrio (nos termos do art. 50 de CC) acata a sua ‘desconsideração’. Isto porque, algumas vezes, a aplicação plena do instituto da ‘personalidade jurídica’ pode ser utilizada para fraudar credores, surgindo, dessa forma, a necessidade de, em situações específicas, *o véu da pessoa jurídica possa ser erguido* para que sejam atingidos ou responsabilizados os

bens dos sócios, pelos compromissos societários. É a chamada ‘Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica’.

## 7.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DA *DISREGARD DOCTRINE*

A origem de tal teoria ocorreu na Inglaterra e expandiu-se para os demais países da Europa e também para os Estados Unidos, para as Américas e o Brasil.

Ela foi impulsionada pelas inovações produzidas pelo capitalismo industrial, dentre elas, o uso indevido das *corporations*, com vistas à consecução de fins ilegítimos, fundamentando-se na *equity* que passou ‘a desconsiderar a pessoa jurídica para atingir a pessoa dos sócios que dela se estavam utilizando indebitamente’.

A iniciativa de pioneiramente estudá-la, sistematizá-la e desenvolvê-la teoricamente coube ao Prof. Rolf Serick, em tese de concurso apresentado na Universidade de Tübingen, na Alemanha, em 1955.

Contudo, o embrião da desconsideração surgiu com o fato ocorrido na Inglaterra em 1897, onde o sistema jurídico é o da *Common Law*, em que a fonte precípua do direito é o costume. Ocorre que neste ano a questão (desconsideração da personalidade jurídica) foi levantada no julgamento do caso *Salomon vs. Salomon & Co. Ltd* e decidido pela Câmara dos Lordes (*House of Lords*), que teve grande importância para a história deste instituto, pois a partir deste julgamento histórico surgiram dois princípios fundamentais para o direito comercial inglês, quais sejam: a divergência entre a personalidade jurídica da sociedade e dos sócios e a legitimação de sociedades de uma só pessoa.

Não que não se admitisse a personalidade jurídica da empresa como realidade, anteriormente ao caso citado, uma vez que a limitação da responsabilidade dos sócios era indício evidente disso. Mas, após a decisão da Câmara dos Lordes, ficou claro que tal consequência (personalidade própria da sociedade) era absoluta, à vista das leis vigentes à época.

No Brasil, o tema foi abordado inicialmente pelo Prof. Rubens Requião, em conferência intitulada ‘Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica’, realizada na Universidade Federal do Paraná, em 1969.

Mas, sua aplicação no Brasil, inicialmente, ficou a cargo do Poder Judiciário porque não havia qualquer previsão legal específica a respeito.

Mesmo assim, deve ser esclarecido que a 'teoria da desconsideração' não apregoa a possibilidade de destituição da personalidade jurídica a bel prazer do Judiciário, mas ela somente passou a ser aplicada para 'casos específicos' ou em 'situações especiais' em que tenha havido fraude ou abuso de direito, cometidos por meio do uso inadequado ou indevido do instituto da 'personalidade jurídica da sociedade'. Verificando-se, então, a urgência e a necessidade de se *relativizar* ou se *desconsiderar* o 'instituto da personalidade jurídica' para coibir abusos e proteger os credores, a coletividade e até o próprio organismo econômico.

Entretanto, a regra geral – que vem desde o direito romano - é a utilização e o respeito à personalidade jurídica das sociedades', conforme discorre PEREIRA (1997, p. 185), que:

A necessidade da conjugação de esforços de vários indivíduos para a consecução de objetivos comuns ou de interesse social, ao mesmo passo que aconselham e estimulam a sua agregação e polarização de suas atividades, sugerem ao direito equiparar à própria pessoa humana certos agrupamentos de indivíduos e certas destinações patrimoniais e lhe aconselham atribuir personalidade e capacidade aos entes abstratos assim gerados.

Sendo assim, no Brasil há normas que regulamentam o início e o fim da existência da pessoa jurídica (como a criação de um Contrato ou um Estatuto, devidamente legalizados ou inscritos em órgãos especiais), a aptidão para contrair direitos e deveres ou encargos advindos da constituição de tais entes, além de fixar requisitos para sua criação como: vontade humana criadora, licitude de finalidades e observância das normas atinentes a sua formação.

Contudo, a aquisição da 'personalidade jurídica' tem a sua essência idealizada dentro da concepção de Savigny, como uma ficção jurídica, uma vez que para ele, somente o homem era detentor de personalidade, com a pessoa jurídica adquirindo-a por via de empréstimo de seus fundadores. No entanto, esta teoria foi criticada e surgiram as idéias do realismo jurídico, libertando-a completamente do antigo 'tratamento de ficção', sustentando a sua existência autônoma em um ordenamento com normas específicas de aplicabilidade peculiar a ela, surgindo dentro dos direitos da personalidade um corpo que norteia a pessoa jurídica.

Mas, conclusivamente, hoje as pessoas jurídicas são reais, pois existem por determinação do Estado que confere personalidade ou autonomia patrimonial, negocial, processual e financeira às associações e demais entes econômicos. Cabendo ao Direito assegurar direitos subjetivos não unicamente às pessoas naturais, mas também a essas entidades. Não se trata, portanto, a pessoa jurídica como uma ficção, mas como uma realidade.

Consoante tal linha de raciocínio, a validade dos atos da pessoa jurídica ficam condicionada ao pressuposto do cumprimento ou atendimento do fim jurídico (a que se destina) e que não se desvie desse mesmo fim, defraudando-o. Caso haja situações em que a utilização da pessoa jurídica é feita ao arrepio dos fins para a qual o direito albergou o instituto ou ocorra desvio de função, cabe a 'desconsideração da personalidade jurídica'.

O mesmo ocorre quanto há a incompatibilidade entre o comportamento da pessoa jurídica e os valores que informaram a ordem jurídica, tais como a prática de atos de fraudes, de abuso de poder, de descumprimento as normas sociais e estatutárias. Ainda, a desconsideração da personalidade jurídica deve ser aplicada em situações em que a pessoa jurídica deixou de ser sujeito e passou a ser mero objeto, manobrado à consecução de fins fraudulentos ou ilegítimos.

A 'desconsideração da pessoa jurídica' tornar ineficaz a personificação societária e os atos societários são declarados ineficazes e a importância da pessoa do sócio sobressai em relação à da sociedade, ficando esta em segundo plano *em virtude do uso legítimo da personalidade ter sido desviado de sua finalidade* (abuso de direito) ou porque foi usada para prejudicar credores ou violar a lei (fraude).

Com isso a 'desconsideração' necessita de alguns requisitos para a sua aplicação, tudo de acordo com as teorias doutrinárias modernas - denominadas 'teoria menor' e a 'teoria maior' - que serão abaixo melhor explicadas.

Para a teoria maior, o pressuposto *inafastável* da desconsideração está no uso fraudulento ou abusivo da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, únicas situações em que a personalização das sociedades empresárias deve ser abstraída para fins de coibição dos ilícitos por ela ocultados.

Antes, porém, deve-se observar qual o alcance da desconsideração da personalidade jurídica. Para tanto, recorre-se aos dois critérios usados por Justen Filho (1987, p. 61-64) que dizem respeito à Intensidade e a Extensão da desconsideração.

Nesse sentido, quanto a sua 'Intensidade', a desconsideração pode ser: a) **máxima**: quando se ignora totalmente a eficácia da personalização, de modo que o sócio ou membro da sociedade seja colocado na relação jurídica que seria assumida pela pessoa jurídica ou vice-versa, como se esta não existisse; b) **média**: quando, embora se considere eficaz a autonomia da pessoa jurídica, seu membro ou sócio é colocado juntamente com ela na relação jurídica, como se fossem uma só pessoa, ou solidariamente; e c) **mínima**: quando, admitida a autonomia da pessoa jurídica, seu sócio ou membro tenha responsabilidade subsidiária pelos atos daquela, ou vice-versa.

E quanto à sua Extensão, pode-se distinguir a desconsideração conforme ela incida sobre um específico ato jurídico; ou sobre uma série de atos e relações jurídicas entre a sociedade e uma pessoa ou entidade específica; ou sobre todos os atos e relações jurídicas ocorridas 'dentro de um certo período de tempo', desde que entendido pelo Judiciário.

Não esquecendo, outrossim, de diferenciar a 'desconsideração' da aplicação do 'princípio da solidariedade' existente entre os sócios e do 'princípio da responsabilização subsidiária' dos integrantes societários. A desconsideração da personalidade jurídica é, pois, um terceiro instituto jurídico de responsabilização que não se confunde com a solidariedade ou com a subsidiariedade.

Não se pode esquecer, ainda, conforme menciona Comparato (1976, p. 364), que a desconsideração nem sempre ocorre para responsabilizar um sócio ou os membros de uma pessoa jurídica, mas pode ser invocada para responsabilizar esta por atos de seus membros ou sócios.

Coelho (2008, p. 44) denomina essa hipótese de 'desconsideração inversa' e a explica citando um exemplo de um caso em que determinado sócio transferiu seu patrimônio pessoal para a pessoa jurídica para proteger seus bens quando da dissolução do vínculo conjugal.

Entretanto, sempre é salutar lembrar que a 'desconsideração' só ocorre em caráter excepcional (e nos casos previstos em lei), decretado pelo Judiciário e quando a pessoa jurídica coloca-se – por meio de seus integrantes - como autora de atos de fraude ou de abuso de direito ou do uso indevido do 'poder de autonomia' ou para mascarar situações que causem ilícitas.

Há casos especiais em que a 'lei diz expressamente' que a 'personalidade jurídica será desconsiderada', mesmo sem estarem preenchidos alguns dos

requisitos elaborados pela ‘doutrina da desconsideração’, sendo este o ponto nuclear de críticas a essa legislação pertinente à desconsideração – cabendo, no entanto, sempre, ao Judiciário determiná-la.

Em todas essas circunstâncias, entretanto, a ‘desconsideração’ só pode ser decidida pelo juiz em ‘despacho em processo de execução’, embora seja indispensável a dilação probatória através do meio processual adequado em que o credor deverá demonstrar a presença do pressuposto fraudulento ou de abuso de poder ou de desrespeito as normas contratuais, dentre outros motivos que justifiquem, amparem ou ensejem a desconsideração.

Nesse contexto é importante salientar que o encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para concretizar abuso de personalidade jurídica (Enunciado n. 282 da IV Jornada de Direito Civil), e que as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ou de fins não econômicos estão abrangidas no conceito de abuso da personalidade jurídica (Enunciado n. 284 da IV Jornada de Direito Civil).

Sob essa ótica é que Coelho (2008, p. 55) entende que: “o juiz não pode desconsiderar a separação entre a pessoa jurídica e seus integrantes senão por meio de ação judicial própria de caráter cognitivo, movida pelo credor da sociedade contra os sócios ou seus controladores”. Pois, se o juiz no processo de execução determinar a penhora de bem do sócio ou do administrador, transferindo para eventuais embargos de terceiro a discussão sobre fraude, tal procedimento estaria acarretando automaticamente a inversão do ônus probatório.

De todo modo, quando a fraude na manipulação da personalidade jurídica é anterior à propositura da ação pelo lesionado, a demanda deve ser ajuizada contra o agente que a perpetrar, sendo a sociedade a ser desconsiderada parte ilegítima. Por outro lado se o autor teme eventual frustração ao direito que pleiteia contra uma sociedade empresária, em razão de manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial, no transcorrer do processo ele não pode deixar de incluir, desde o início, no pólo passivo da relação processual, a pessoa ou as pessoas sobre cujas condutas incidem o seu fundado temor.

Isto porque, conforme dispõe o art. 20 do Código Civil brasileiro: “As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”. Como consequência da concessão de personalidade jurídica às sociedades, estas, conseqüentemente, passam a ter autonomia patrimonial em relação aos seus

membros, ou seja, os seus bens não se confundem com os bens particulares de seus sócios. Assim, também, estes não respondem pelas obrigações sociais.

Embora, muitas vezes, aproveitando-se desta autonomia, muitos sócios utilizam a sociedade como máscara para fraudar credores.

Foi justamente tal conduta que acabou por ensejar o posicionamento dos tribunais, como ocorreu em pronunciamento da Corte de Justiça da Inglaterra, em 1879, no conhecido caso *Salomon vs. Salomon & Co.*

Ficou evidente, neste caso, o absoluto controle societário por parte de Aaron Salomon, verificando-se a intenção fraudulenta e abusiva do mesmo. Não obstante tal decisão ter sido reformada pela *Casa dos Lords*, que fez prevalecer a separação patrimonial, a decisão originária (pela desconsideração do princípio do direito romano da personalidade jurídica) causou grande repercussão, em especial nos Estados Unidos.

No Brasil, vários autores, a exemplo de Gonçalves (2008, p. 215), afirmam que o marco legislativo da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em solo brasileiro foi a introdução em vigor do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Outros doutrinadores pregam que a legislação trabalhista (anterior a tal Código) já estabelecia no art. 2º, §2º, da CLT os princípios da mencionada teoria.

Mais tarde começaram a surgir alguns julgados oriundos de tribunais da Justiça Comum sobre a aplicação da ‘teoria da desconsideração’, ficando conhecido o ‘V Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo’, da lavra do Des. Edgar de Moura Bitencourt, retirado do site deste Tribunal, que assim estabelece:

A assertiva de que a 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 da perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do Juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito. (RT, 238/394).

Na doutrina, Requião foi o primeiro jurista brasileiro a tratar da referida teoria, no final dos anos de 1960, sustentando a sua utilização pelos juízes, independentemente de específica previsão legal no Brasil. E, em sua obra *Aspectos modernos de direito comercial*, faz menção a outro caso, também do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Ap. 164.678), em que:

[...] o tribunal penetrou na personalidade jurídica, devido à malícia dos sócios individualmente considerados, impedindo que a sua fraude processual resultasse em prejuízo do autor, de tal comportamento dos julgadores **transparecendo claramente os fundamentos da disregard doctrine.**

[...] Sócios de uma sociedade comercial em vistoria preparatória de ação de perdas e danos, dela se desinteressaram, ocultando deliberadamente a existência da sociedade. No curso da ação de perdas e danos alegaram a imprestabilidade da vistoria, procurando se prevalecer do escudo da pessoa jurídica da sociedade agora revelada. **O tribunal declarou que os sócios eram partes responsáveis, embora a ação se dirigisse contra a sociedade, repelindo a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, pois não podiam os sócios invocar a própria malícia para afastar os efeitos da medida judicial regularmente processada.** (grifo nosso)

Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), em vigor a partir de 11 de março de 1991, tem-se, pela primeira vez na legislação pátria, proclamada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, dispondo o art. 28 que:

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

Como se pode verificar, atualmente, as condutas mais comuns que ensejam a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica quando ocorre real prejuízo para o consumidor, são: **a)** o abuso de direito por parte dos administradores ou integrantes da pessoa jurídica – que se traduzem em condutas inapropriadas tais como: o exercício irregular ou ilegal do direito, bem como o exercício do direito com excessos intencionais ou involuntários, dolosos ou culposos ou nocivos a outrem; **b)** excesso de poder – ocorre quando os sócios extravasam os limites diretivos, abusando do poder que lhes é conferido no Estatuto ou no Contrato Social para a condução dos negócios; **c)** violação da lei – como o próprio nome diz, é a inobservância de preceito legal ou a utilização da lei para fins escusos, em detrimento de terceiros; **d)** transgressão do Contrato Social ou do Estatuto – configura-se quando os sócios se desviam da finalidade da sociedade; **e)**

prática de ato ilícito – ocorre quando, por ação ou omissão voluntária ou imprudência ou negligência causar prejuízo a terceiros (art. 159 do CC).

Entretanto, antes da existência do Código de Defesa do Consumidor, como não havia nenhuma legislação que autorizasse a aplicação da ‘teoria da desconsideração jurídica’, os tribunais utilizavam, analogicamente, o art. 135 do Código Tributário Nacional, que responsabiliza pessoalmente os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado por créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com “excesso de poderes ou infrações de lei, contrato social ou estatutos”.

Depois do Código de Defesa do Consumidor foi editada a Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as atividades lesivas ao meio ambiente, que também permitem (no seu art. 4º) a ‘desconsideração’ da personalidade jurídica, “sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

O Código Civil de 2002 traz, também, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em seu art. 50, que assim dispõe:

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

Desta forma, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica permite ao juiz, de acordo com o que esclarece Coelho (2002, p.40-42):

**[...] deixar de aplicar as regras de separação patrimonial entre sociedade e sócios, ignorando a existência da pessoa jurídica** num caso concreto, porque é necessário coibir a fraude perpetrada graças à manipulação de tais regras. Não seria possível a coibição se respeitada a autonomia da sociedade. Note-se, a decisão judicial que desconsidera a personalidade jurídica da sociedade não desfaz o seu ato constitutivo, não o invalida, nem importa a sua dissolução. Trata, apenas e rigorosamente, de suspensão episódica da eficácia desse ato. Quer dizer, a constituição da pessoa jurídica não produz efeitos apenas no caso em julgamento, permanecendo válida e inteiramente eficaz para todos os outros fins... Em suma, a aplicação da teoria da desconsideração não importa dissolução ou anulação da sociedade. (grifo nosso)

Finalmente, tem-se consolidado – pela lei, pela doutrina e pelos tribunais brasileiros - o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

## 7.2 TEORIAS MAIOR E MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

No que se refere aos ‘pressupostos’ para que haja a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, a doutrina dividiu-se em duas correntes, fazendo surgir: a) Teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica (ou ‘teoria subjetiva’); e b) Teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica (ou ‘teoria objetiva’), que a seguir serão expostas.

De acordo com a **‘Teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica’**, também conhecida como ‘teoria subjetiva’, defendida por Rubens Requião, para que a personalidade jurídica seja desconsiderada de forma a atingir o patrimônio dos seus sócios, faz-se necessária a prova, por parte do credor, de que houve fraude, abuso de direito ou desvio de finalidade, e a decisão por parte do magistrado em aplicá-la deve ser devidamente fundamentada.

Verifica-se, pois, que a implementação da desconsideração de acordo com a forma defendida por esta teoria, configura-se de maior dificuldade para o credor, devido à complexidade das ‘provas’.

Entretanto, o Código Civil, em seu art. 50 adotou a ‘teoria maior’ para reger a desconsideração da personalidade jurídica no Brasil.

Nesse sentido, Tomazette (2012, p. 2), discorrendo sobre o novo Código Civil, comenta que:

Ao contrário do que possa parecer, nosso Código não acolhe a concepção objetiva da teoria, pois a confusão patrimonial não é fundamento suficiente para a desconsideração, sendo simplesmente um meio importantíssimo de comprovar o abuso da personalidade jurídica, que ocorre nas hipóteses do abuso de direito e da fraude. Destarte, o necessário para a desconsideração é o abuso da personalidade jurídica, que pode ser provado inclusive pela configuração de uma confusão patrimonial.

Assim, para esta 'teoria' o simples inadimplemento das obrigações para com os credores não ensejam a desconsideração; há a necessidade da observância das situações pontuais citadas na lei, além da apreciação e atuação do Judiciário.

Entretanto, pela '**Teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica**', defendida por Comparato (e também nomeada de 'teoria objetiva') exige muito menos esforço probatório por parte dos interessados para que haja a decretação da desconsideração.

Nesse sentido, o simples inadimplemento para com os credores, sem ao menos serem analisados os fatos que levaram o ente pessoa jurídica a isto, dão ensejo à desconsideração.

Isto porque, de acordo com a Teoria menor, a principal finalidade da aplicação da desconsideração 'é a não frustração dos credores no cumprimento das obrigações'. Dessa forma, em qualquer situação, a insolvência ou a falência da sociedade, sem importar se houve fraude ou abuso de direito, ou até mesmo confusão patrimonial, podem ensejar a decretação da desconsideração pelo magistrado.

Na questão da insolvência ou da falência a aplicação ou não desta Teoria é de grande relevo, pois nem sempre tais situações ocorrem por má administração dos ou fraude dos sócios. Assim, aplicando-se a 'teoria menor' poderia ocorrer de o magistrado desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade pelo simples requerimento do credor munido apenas de comprovação do liame societário; podendo configurar situações de injustiças e arbitrariedades.

A 'teoria menor da desconsideração' dispensa raciocínio mais acurado para a incidência do instituto, bastando que a diferenciação patrimonial da sociedade e do sócio se afigure como obstáculo à satisfação dos credores. Dessa forma, todas as vezes que a pessoa jurídica não tiver bens suficientes em seu patrimônio para a satisfação das suas obrigações ou até mesmo em razão de sua liquidez, os sócios seriam responsabilizados.

Já a 'teoria maior' se fundamenta em maior apuro e precisão do instituto da desconsideração, baseando-se em requisitos sólidos identificadores de fraude. A regra é a consideração da personalidade jurídica, prevalecendo, sobretudo, a diferenciação patrimonial da sociedade e seus sócios, tendo sede, apenas excepcionalmente, o mecanismo pelo qual se ignora o véu societário. Nesse sentido, diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz

brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos.

Entretanto, é importante frisar que o atual Código de Defesa do Consumidor, no *caput* do art. 28, acolhe a ‘teoria maior’ ou subjetiva da desconsideração da personalidade jurídica. Já o §5º do supracitado artigo, acolhe a ‘teoria menor’ objetiva, tornando o assunto bastante complexo e polêmico. Isto porque, no caso de configurada a má administração, conforme o art. 28, da Lei nº 8.078/90, caberia o acolhimento da desconsideração com base na ‘teoria maior’.

Diante do exposto, é indispensável mencionar que, no Brasil, no que se refere às relações de consumo, o STJ vem utilizando-se do artigo 28, §5º, do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, vem aplicando a ‘teoria menor’, conforme podemos observar na decisão retirada do site deste Tribunal a seguir transcrita:

Responsabilidade civil e direito do consumidor. Recurso Especial. *Shopping Center* de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade Ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e Teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos aos consumidores. Art. 28, §5º. Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum. A **teoria maior da desconsideração**, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova da insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). A **teoria menor da desconsideração**, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no direito do consumidor e no direito ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. A

aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do §5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Recursos especiais não conhecidos (REsp n.279.273/SP, rel. Ministro Ari Pargendler, r.<sup>a</sup> p/Acórdão Ministra Nancy Adrighi, 3ª Turma, j. em 04.12.2003, **DJ**, 29.03.2004, p.230).

A ‘teoria menor’ tem, ainda, seu âmbito de incidência admitido no Direito Ambiental (de acordo com o art. 4º da Lei nº 9.605/98), no Direito do Trabalho e no Direito do Consumidor (no art. 28, §5º, da Lei 8.078/90).

Assim, pode-se concluir que a ‘teoria maior’ se baseia no antigo Código Civil e tem exigências maiores. Já na teoria menor, tem por base a legislação especial, como a ambiental, a trabalhista quando o dano a ser reparado pode ter sido apenas culposos, bastando a insolvência da empresa. Isto porque os pequenos credores, como consumidores e credores involuntários, como os afetados por danos ambientais, merecem tutela diferenciada.

Concluindo-se que, no Brasil, fora essas situações (ambiental, trabalhista e de interesse do consumidor) previstas legalmente, sempre caberá a aplicação da ‘teoria maior’, a qual exige-se a atuação do Judiciário e fundamentação robusta do magistrado, por sua aplicação ser de natureza subjetiva.

### 7.3 DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

No direito brasileiro pode haver, ainda a ‘desconsideração inversa da pessoa jurídica’. Ocorre tal instituto, quando é desprezada a autonomia ou personalidade jurídica da sociedade para responsabilizá-la por obrigações pessoais do sócio. A intenção é impedir que haja o desvio de bens pessoais de sócio para a pessoa jurídica, com a intenção de fraudar terceiros por compromissos particulares de sócio.

Segundo menciona Coelho (2002, p. 45):

Caracteriza-se a desconsideração inversa quando é afastado o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio, como, por exemplo, na hipótese de um dos cônjuges, ao adquirir bens de maior valor, registrá-los em nome de pessoa jurídica sob seu controle, para livrá-los da partilha a ser realizada nos autos da separação judicial. Ao se desconsiderar a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar a pessoa jurídica pelo devido ao ex-cônjuge do sócio.

Assim, na 'desconsideração inversa' as pessoas físicas tentam usar pessoas jurídicas para escapar de suas obrigações. No Recurso Especial nº 948.117, um devedor se valeu de uma empresa de sua propriedade para evitar execução de bens pessoais; para a Relatora, ministra Nancy Andrichi, estava evidente a existência da 'confusão patrimonial' entre os bens da empresa e do seu titular, devendo ser aplicável a 'desconsideração inversa'. A ministra ressaltou que esse tipo de medida é excepcional, exigindo que se atendam os requisitos do artigo 50 do CC.

Acerca do cabimento da desconsideração inversa da personalidade jurídica temos nesse sentido o Enunciado n. 283 da IV Jornada do CJF:

Art. 50. É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada "inversa" para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros.

Sobre o tema em análise o STJ se pronunciou da seguinte forma em decisão retirada do seu site:

#### **Desconsideração da personalidade jurídica inversa.**

Discute-se, no REsp, se a regra contida no art. 50 do CC/02 autoriza a chamada desconsideração da personalidade jurídica inversa. Destacou a Ministra Relatora, em princípio, que, a par de divergências doutrinárias, este Superior Tribunal sedimentou entendimento de ser possível a desconstituição da personalidade jurídica dentro do processo de execução ou falimentar, independentemente de ação própria. Por outro lado, expõe que, da análise do art. 50 do CC/02, depreende-se que o ordenamento jurídico pátrio adotou a teoria maior da desconsideração, segunda a qual se exige, além da prova de insolvência, a demonstração ou de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração) ou de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). Também

explica que a interpretação literal do referido artigo, de que este preceito de lei somente serviria para atingir bens dos sócios em razão de dívidas da sociedade e não o inverso, não deve prevalecer. Anota, após essas considerações, que a desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita, atingir, então, o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações de sócios ou administradores. Assim, observa que o citado dispositivo, sob a ótica de uma interpretação teleológica, legitima a inferência de ser possível a teoria da desconsideração da personalidade em sua modalidade inversa, que encontra justificativa nos princípios éticos e jurídicos intrínsecos à própria *disregard doctrine*, que vedam o abuso de direito e a fraude contra credores. Dessa forma, a finalidade maior da *disregard doctrine* contida no preceito legal em comento é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios. Ressalta que, diante da desconsideração da personalidade jurídica inversa, com os efeitos sobre o patrimônio do ente societário, os sócios ou administradores possuem legitimidade para defesa de seus direitos mediante a interposição dos recursos tidos como cabíveis, sem ofensa ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal. No entanto, a Ministra Relatora assinala que o juiz só poderá decidir por esta medida excepcional quando forem atendidos todos os pressupostos relacionados à fraude ou o abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/02. No caso dos autos, tanto o juiz como o tribunal *a quo* entenderam haver confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente. Nesse contexto, a Turma negou provimento ao recurso. Precedentes citados: REsp n. 279.273/SP, **DJ**, 29.03.04; REsp n. 970.635-SP, **DJe**, 01.12.2009; REsp n. 693.235/MT, **DJe**, 30.11.2009; e REsp n. 948.117/MS, rel.<sup>a</sup> Ministra Nancy Andrighi, j. em 22.06.2010.

Impor limites ao uso da desconsideração é preocupação constante do Judiciário. Em decisão do STJ, no REsp 1.080.682, a Caixa Econômica Federal, por meio da desconsideração, tentou cancelar a transferência de um imóvel para pessoa jurídica em processo de falência. O bem pertencia ao ex-administrador da empresa falimentar e, segundo a Caixa, seria uma tentativa de mascarar sua verdadeira propriedade. Contudo, o ministro Uyeda apontou que a transferência do imóvel ocorreu mais de um ano antes da tentativa de penhora.

Verifica-se, nesse sentido, que para a decretação da 'desconsideração' exige-se requisitos importantes conforme acima citado no entendimento jurisprudencial.

Conclui-se, portanto, que em caráter especial, pontual e com a devida comprovação feita ao Judiciário pelo credor particular do sócio que agiu indevidamente – conforme visto – pode haver a decretação do instituto da desconsideração para proteger a própria empresa da atuação fraudulenta do integrante societário, defender os credores da Pessoa Jurídica e os credores particulares de sócio e que tentou usar a entidade econômica para agir fraudulentamente ou de má fé e atingir até a própria comunidade.

#### 7.4 A APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NOS DIVERSOS RAMOS DO DIREITO BRASILEIRO

Na legislação pátria, a desconsideração da personalidade jurídica vem sendo utilizada por vários ramos do direito, devido a sua previsão legal. Destacando-se o Direito do Trabalho, o Direito Tributário, o Direito Ambiental, o Direito do Consumidor, dentre outros, sempre buscando equilibrar as relações econômicas, a igualdade de tratamento, a proteção dos entes *hipossuficientes*, a sociedade em geral, conforme será visto a seguir.

##### 7.4.1 Aplicação no direito do trabalho

O ramo do direito que mais utiliza a desconsideração da personalidade jurídica é, sem dúvida, o direito do trabalho. Entretanto, na Justiça do Trabalho, percebe-se que a desconsideração tem sido analisada, em alguns casos, sem moderação.

Isso ocorre devido à grande proteção que a legislação pátria dá ao empregado, devido à sua hipossuficiência em relação ao empregador, e, também, ao fato de que o empregador assume exclusivamente os riscos da atividade empresarial.

Esse é o entendimento dos nossos tribunais, conforme se percebe na decisão do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo que menciona: “É princípio

informador do direito do trabalho que se o empregado não participa dos lucros do empreendimento, não poderá correr riscos e sofrer prejuízos [...]” (TRT/SP, AI 02950234962, *Sumário Jurisprudencial*, 1995/15, p. 3)

Nesse sentido o ‘V Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (SP)’ sobre uma Execução Trabalhista retirado do site deste Tribunal, esclarece que:

Execução trabalhista. Responsabilidade objetiva dos sócios. Despersonalização do empregador. No Processo do Trabalho, a responsabilidade dos sócios é objetiva, respondendo os mesmos com seus respectivos patrimônios no caso de descumprimento de obrigações trabalhistas, de forma a obstar o locupletamento indevido do trabalho alheio. É facultado ao Juiz, nesse caso, adotar a *teoria da despersonalização do empregador*, insculpida no “caput” do art. 2º da CLT, de modo que o crédito trabalhista persegue o patrimônio para onde quer que vá, como um direito de seqüela. Se o patrimônio da empresa desaparecer, pouco importando a causa, os sócios, diretores e dirigentes respondem com seus patrimônios particulares. (TRT/SP, 8ª Turma, Processo n. 029603117006, Ac. 02970004580, *DOJ*, 16-1-1997).

Portanto, na área trabalhista, a desconsideração deve ser realizada na ‘fase executória’, quando os bens da empresa não são suficientes para a satisfação de crédito trabalhista, conforme constata-se pela seguinte decisão paulista:

PENHORA DE BEM DE SÓCIO. HIPÓTESE DE ADMISSIBILIDADE. “Tendo a reclamada oferecido bem à penhora insuficiente à satisfação do crédito do exequente, cabível prossiga a execução contra a pessoa do sócio, mormente se informado pela própria executada que aqueles indicados eram os únicos disponíveis” (TRT/SP, Ac. 02970211550, *DOJ*, 12-6-1997, Processo n. 02970073158).

Diante de tais entendimentos percebe-se que a ‘teoria da desconsideração da personalidade jurídica’ é aplicada de forma ampla no direito do trabalho, tanto nos casos de abuso de direito, excesso de poder, como nos casos de violação de lei ou do contrato social, ou na ocorrência de fraude, e, ainda, na hipótese de insuficiência de bens da empresa.

Nesse sentido, como visto em linhas anteriores, aplica-se ao direito do trabalho a ‘teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica’, facilitando, desta forma, a sua incidência, devido à menor carga probatória. É este o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, como confirma a ‘decisão’ que teve por base o voto e Relatório do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, retirada do site deste Tribunal:

A teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, expressa no art. 50 do CC/02, se fundamenta, essencialmente, no desvio de finalidade ou na confusão patrimonial. Diferentemente do que ocorre na teoria menor, aplicável no direito do trabalho e ambiental, não se pressupõe, para a sua decretação, a insolvência da pessoa jurídica, que constitui, desta forma, não mais do que uma circunstância acidental. (STJ, Ag 133288/PB, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJ, 27-10-2011).

Como se pode verificar nos julgados citados, é desta maneira que vem sendo aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil, chegando ao ponto de se desconsiderar a prática de ato ilícito pelo sócio ou excesso de mandato, apenas considera-se a insolvência do empregador como elemento autorizador para a aplicação da desconsideração, ou seja, se quer é observado quanto mais comprovado o abuso de direito da personalidade jurídica para aplicar do instituto, bastando para a justiça trabalhista o simples risco de o trabalhador não ter o seu crédito satisfeito.

#### **7.4.2 Aplicação no direito tributário**

No campo do Direito Tributário, existe a possibilidade da aplicação do instituto da desconsideração, em situações pontuais (em consequência de *atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos*), quando a pessoa jurídica não tem como solver suas obrigações tributárias, então cabe ao ente societário recorrer aos bens particulares de seus sócios ou de administradores, conforme está inscrita no art. 135 do Código Tributário Nacional:

**Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos**

**praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:**

**I – as pessoas referidas no artigo anterior;**

**II – os mandatários, prepostos e empregados;**

**III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. (grifo nosso)**

Verifica-se, pois, que a desconsideração na execução fiscal recai sobre o gestor do negócio, ou seja, sobre aquele que praticou o ato excedente ou ilícito, não restando qualquer responsabilidade aos sócios que não possuem poder de gerência, ou que não praticaram nenhum ato gerencial ou '*com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos*'.

Assim, para que o sócio-gerente ou administrador seja responsabilizado (em decorrência da desconsideração da personalidade jurídica), não basta, por si só, o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade, tem que haver a prática de ato que justifique a desconsideração. É este o teor da Súmula 430<sup>4</sup> do Superior Tribunal de Justiça.

De acordo com o exposto, conclui-se que a responsabilidade tributária decorrente da desconsideração da personalidade jurídica, prevista no art. 135, III, do CTN, configura-se como 'responsabilidade por substituição'.

Nesse sentido, exemplificando e reforçando o acima exposto, vale transcrever parte do voto do Desembargador Federal José Mario Lucena, retirada do site do Tribunal Regional Federal da 5<sup>o</sup> Região:

[...] A doutrina e a jurisprudência são tranquilas em considerar como uma das hipóteses da incidência do art. 135 do Código Tributário Nacional a dissolução irregular da empresa, assim compreendido o encerramento de suas atividades sem a observância das obrigações legais, configura-se, *ipso facto*, a gestão ilícita da pessoa jurídica, haja vista a inexorável ofensa aos diplomas legais de regência. (TRF, 5<sup>o</sup> Região, 1<sup>o</sup> Turma, AGTR 65128/RN, Rel. Des. Fed. José Mario Lucena, DJ, 30-5-2006, p. 900).

---

<sup>4</sup> Súmula 430 DO STJ: "O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente."

### 7.4.3 Aplicação no direito ambiental

No âmbito do Direito Ambiental, a 'desconsideração da personalidade jurídica' esta prevista na Lei nº 9. 605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), em seu art. 4º, que assim dispõe: "Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente".

Esse dispositivo prevê que é a 'pessoa jurídica' deve ser responsabilizada por prejuízos causados ao meio ambiente, e não seus sócios ou membros. Isso porque, se estes já estiverem sendo obrigados a ressarcir os danos, não haveria falar em pessoa jurídica como obstáculo. Salvo, se os referidos membros houverem transferido seus bens à pessoa jurídica, de modo a resguardá-los de eventual execução. Todavia, se essa transferência torná-los insolventes, ensejará a aplicação do instituto da fraude contra credores, ou da fraude à execução, dispensando-se a desconsideração.

Conforme observa-se no citado dispositivo, a teria aplicada ao direito ambiental é a 'teoria menor da desconsideração', facilitando assim a sua aplicação pelo magistrado, pelos fatores já expostos em linhas anteriores.

Assim, visando proteger o meio ambiente e a comunidade em geral, e tendo como norte a Constituição Federal em seu art. 225, §3º, sempre que a pessoa jurídica não puder, por qualquer motivo, ressarcir os prejuízos causados ao meio ambiente, 'será aplicada pelo magistrado' a desconsideração da personalidade jurídica, responsabilizando assim os sócios ou administradores dos entes societários. Isto porque o supracitado dispositivo entende que: *'As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.'*

Nesse sentido, deve-se localizar, na aplicação prática do instituto da desconsideração, um ponto de equilíbrio, onde convivam desenvolvimento e proteção ao meio ambiente, com o correto agir na aplicação da teoria da desconsideração privilegiando-se por consequência o desenvolvimento sustentável.

Exigindo-se sempre, no entanto, a apreciação e atuação do Judiciário para a 'decretação da desconsideração'. Isto porque a 'regra geral' no direito brasileiro é pela consideração da autonomia e titularidade plena da pessoa jurídica.

#### 7.4.4 Aplicação no direito do consumidor

O Código de Defesa do consumidor trata da desconsideração da personalidade jurídica em seu art. 28, que assim estabelece:

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

§ 1º (vetado)

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

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

§ 4º As sociedades coligadas só respondem por culpa.

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

Ao se fazer uma análise pormenorizadamente de tal artigo e seus parágrafos, fica claro que eles tratam da 'desconsideração da personalidade jurídica' precisamente no caput e no §5º, visto que nos outros casos (§§2º a 4º) não há necessidade de intervenção judicial.

Assim, os fundamentos legais para a desconsideração em favor do consumidor são: a) abuso de direito; b) excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social; c) falência, estado de insolvência, encerramento da atividade provocados por má administração.

Então, é necessário para que haja a desconsideração, a existência de lesão ao consumidor não sanada pela pessoa jurídica (pelo princípio da subsidiariedade).

No caso do caput do art. 28, ‘a teoria aplicada é a teoria maior’, visto ser necessária a prova do abuso de direito, da fraude, da infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação do contrato social ou estatutos.

E no caso da falência, insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, deve-se provar a má administração, pois nem sempre tais situações acontecem por culpa dos sócios.

Já no caso do §5º do referido artigo, a teoria aplicada é a ‘teoria menor’, pois sempre que a pessoa jurídica não puder ressarcir o consumidor, os sócios da entidade econômica terão que assumir a obrigação, ainda que tenham de recorrer ao seu patrimônio particular. Conforme analisado em linhas anteriores, neste caso a facilidade na desconsideração é maior, visto não ser necessário provar a prática de nenhum ato ilícito ou excedente, por parte dos sócios.

## 7.5 ATUAL PROCEDIMENTO ADOTADO NA APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Como não existem normas processuais orientando como proceder na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, fica a cargo da jurisprudência fixar a forma de sua aplicação. Então, multiplicam-se recursos nos tribunais superiores acerca da aplicabilidade de tal instituto, afogando ainda mais uma “máquina” tão morosa.

Na maioria das vezes, atualmente, a desconsideração é aplicada pelo magistrado na fase de execução e conforme estabelece o Enunciado nº 406, que menciona: ‘A desconsideração da personalidade jurídica alcança os grupos de sociedade quando presentes os pressupostos do art. 50 do Código Civil e houver prejuízo para os credores até o limite transferido entre as sociedades.’

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não é necessária a propositura de uma ação autônoma para se requerer a desconsideração, visto que, verificados os pressupostos de forma incidental dentro do próprio processo, é permitido levantar o véu da pessoa jurídica.

Ocorre que, constantemente, os sócios da pessoa jurídica não são citados, ou até mesmo, contrariando o disposto no art. 50 do Código Civil, ‘a

desconsideração é realizada de ofício' pelo magistrado. Muitas vezes não é respeitado o princípio da subsidiariedade, de forma a dar ao ente social oportunidade de adimplir a obrigação, e na grande maioria dos casos todos os sócios são atingidos, independentemente de qual deles tenha praticado o ato ilícito ou excedente.

Assim, resta aos sócios, para que possam ter efetivado seu direito ao devido processo legal, recorrer aos tribunais para valer seu direito, aumentando ainda mais a morosidade da justiça, conforme se pode verificar através de exemplos de alguns Arestos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, retirados do seu site:

EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – SÓCIO EXECUTADO – NÃO CITAÇÃO – NULIDADE ABSOLUTA. Operada a desconsideração da personalidade jurídica no curso da execução, de forma a atingir a pessoa natural que faz parte do quadro societário, a validade dos atos processuais relativamente ao referido sócio requer a citação pessoal do novo executado, tido como co-responsável pelo cumprimento da obrigação representada no título judicial. (AI nº 1.0647.97.000262-0/001(1). Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes. J. em 03/07/2007).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO. TEMPESTIVIDADE. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DOS SÓCIOS. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE DA DECISÃO. A certidão de intimação da decisão agravada tem por finalidade permitir verificação da tempestividade do recurso de agravo de instrumento. Apesar de ser peça de juntada obrigatória, consoante disposto no art. 525, I do CPC, a ausência da mencionada certidão não obsta o conhecimento do recurso quando, por outros elementos constantes dos autos, restar patente a tempestividade do recurso. Requerida a desconsideração da personalidade jurídica mostra-se necessária a citação dos sócios da empresa, oportunizando-lhes o direito a ampla defesa e ao contraditório, sob pena de nulidade da decisão, bem como para que o magistrado possa verificar com segurança a presença dos elementos necessários para a desconsideração pretendida. (AI nº 1.0024.03.885396-6/001(1). Rel. Des. Irmair Ferreira Campos. J. em 14/02/2008).

No mesmo sentido, há a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que menciona:

PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PENHORA DOS BENS DO SÓCIO.

NECESSIDADE DE CITAÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO.

1. Não há por que falar em violação do art. 535, II, do CPC nas hipóteses em que o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, as questões suscitadas nas razões recursais.
2. **Impõe-se a citação do sócio nos casos em que seus bens sejam objeto de penhora por débito da sociedade executada que teve a sua personalidade jurídica desconsiderada.**
3. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando não demonstra o recorrente a identidade de bases fáticas entre os julgados indicados como divergentes.
4. Recurso especial não-conhecido. (REsp 686112/RJ. Rel. Min. João Otávio de Noronha. J. em 08/04/2008). (*Grifo nosso*)

Para complementar, segue um julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região:

EXECUÇÃO CONTRA DEVEDOR PRINCIPAL. EXAURIMENTO DAS POSSIBILIDADES DE SATISFAÇÃO DO CRÉDITO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. A desconsideração da personalidade jurídica da empresa, para o efeito de se atingir os bens dos sócios, revela-se de natureza subsidiária em relação à obrigação imposta pelo título judicial aos devedores. Reconhecida por decisão judicial transitada em julgado a obrigação pecuniária da executada, deve ela responder pelas dívidas trabalhistas, antes de verificada a desconsideração da personalidade jurídica em relação aos sócios da executada. No entanto, esgotadas as possibilidades de expropriação em face do devedor principal, tem o credor o direito de ver solvida a obrigação pelos sócios da empresa, desde que satisfeitos os requisitos legais (art. 50 da Lei Civil). 2. Agravo de Petição conhecido e não provido. (AP 00030-2007-015-10-00-5, Rel. Des. Ribamar Lima Junior. J. em 21/03/2012).

Atualmente, quando os sócios são citados, restam como meios de defesa (já que tal instituto é aplicado na fase de execução), os Embargos à Execução, em alguns casos, quando aceita, a Exceção de Pré-executividade, e a impugnação ao cumprimento de sentença. Recursos estes que não possibilitam maior dilação probatória, restringindo, assim, o direito ao contraditório e à ampla defesa e ferindo princípios constitucionais.

Nesse sentido, para que se possa entender o que resta como meio de defesa ao sócio atingido após a desconsideração, é fundamental uma análise mais acurada de tais recursos, que serão feitas a seguir.

### 7.5.1 Embargos à execução

Tanto os Embargos como a Exceção de Pré-executividade e a impugnação ao cumprimento de sentença, que serão vistas adiante, são mecanismos processuais de defesa apresentadas uma na fase de Execução, e as outras na fase de cumprimento de sentença. E, como é sabido, o contraditório é limitado nesta fase.

Execução, segundo Montenegro Filho (2010, p. 221):

A execução é o instrumento processual posto à disposição do credor para exigir o adimplemento forçado da obrigação através da retirada de bens do patrimônio do devedor ou do responsável (no modelo da execução por quantia certa contra devedor solvente), suficientes para a plena satisfação do exequente, operando-se o benefício deste independentemente da vontade do executado – e mesmo contra sua vontade – conforme entendimento doutrinário unânime.

Os Embargos à Execução (Embargos do devedor ou Embargos do executado) qualifica-se como modalidade de Ação Incidental Autônoma.

O prazo para a oposição dos Embargos à Execução é de 15 dias, a partir da juntada do Mandado de Citação aos autos, independentemente da segurança do juízo. Se a citação for realizada por 'carta precatória', o prazo começa a fluir a partir do momento em que o juízo deprecante é comunicado (pelo juízo deprecado) do cumprimento da diligência.

Os Embargos devem arguir como defesa uma das matérias previstas no art. 475-L do Código de Processo Civil, a saber:

Art. 475-L. [...] I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; II – inexigibilidade do título; III – penhora incorreta ou avaliação errônea; IV – ilegitimidade das partes; V – excesso de execução; VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

Portanto, outras matérias que não estão previstas no dispositivo legal acima citado, não podem ser objeto de impugnação.

Na Execução fundada em 'título extrajudicial', como nem mesmo a obrigação que lhe deu origem passou pelo crivo do judiciário, pode ser alegada toda a matéria de defesa que seria admitida na Ação de Conhecimento.

### **7.5.2 Exceção de pré-executividade**

A Exceção de Pré-executividade trata-se de meio de defesa não positivado, ou seja, não incluído no Código de Processo Civil, interposto na fase de cumprimento de sentença, já que no processo de execução se utiliza os embargos à execução, devido não existir mais a necessidade de caução para a sua interposição, com a finalidade de impugnar o título, sustentando que a obrigação nele contida seria ilíquida, incerta ou inexigível. Diferenciando-se, no entanto, dos Embargos à Execução pela matéria suscitada, que deve ser de ordem pública, do interesse do Estado e não apenas das partes que tomam assento no processo (ausência das condições da ação e/ou dos pressupostos de constituição do processo).

Todo o seu apoio de fundamentação está no art. 618 do Código de Processo Civil, que afirma 'ser nula a execução se o título executivo extrajudicial não corresponder à obrigação certa, líquida e exigível'.

Assim, a demonstração da veracidade da alegação, ou seja, da ausência do pressuposto de 'constituição da execução', deve ser cabal, dispensando dilação probatória mais profunda, própria dos Embargos à Execução.

Parte da doutrina brasileira sustenta que a Exceção de Pré-executividade não pode mais ser apresentada em oposição à execução de título extrajudicial pelo fato de a Lei 11.382/06 ter previsto que 'a apresentação dos embargos não mais reclama a prévia segurança do juízo'.

Nesse sentido, no que se refere à utilização da Exceção de Pré-executividade quando da desconsideração da personalidade jurídica, os tribunais vêm entendendo que os sócios atingidos pela desconsideração não podem interpor tal defesa, alegando ilegitimidade passiva, pois, como os nomes dos sócios constam no contrato social, são considerados legitimados a integrar o polo passivo da execução. É esse o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, conforme se verifica na seguinte Ementa extraída de seu site:

EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO. “OBJEÇÃO DE NÃO-EXECUTIVIDADE”. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. A jurisprudência vem assimilando a exceção e a objeção de pré-executividade como meios de defesa do devedor no processo de execução, sem a necessidade de garantir o juízo, quando se alega o pagamento (ou qualquer forma de extinção da obrigação) ou se suscita matéria de ordem pública, sendo o seu objetivo propiciar ao executado a possibilidade de se defender de uma execução notadamente indevida, sem ter de enfrentar o constrangimento decorrente da constrição de seus bens. Hodiernamente, cogita-se, ainda, da utilidade da medida para a parte que perdeu o prazo para o oferecimento dos embargos à execução, que poderá se valer da exceção de pré-executividade para suscitar questões – sempre de caráter restrito – ligadas ao cumprimento da obrigação ou à ausência dos pressupostos processuais ou das condições da ação. Não é, pois, o que se verifica do caso em apreço. Efetivamente, inexistente ilegitimidade passiva a ser questionada, afastando-se, portanto, matéria de ordem pública que pudesse justificar a objeção intentada, tampouco qualquer outro dos pressupostos que pudessem dar azo à medida de exceção. Acertada, pois, a decisão que deixou de conhecer da objeção de pré-executividade, por impropriedade da via eleita. (AP 01501-2005-007-03-00-4, Rel. Des. Márcio Ribeiro do Valle. J. em 01/03/2008).

Diante do exposto e conforme a decisão citada, constata-se que quando um magistrado aplica o princípio da ‘desconsideração da personalidade jurídica’ e os sócios atingidos são citados, só resta a estes defender-se em relação à Execução, ou seja, alegar que o título não está revestido de certeza, liquidez ou exigibilidade. Ainda, poderá - no que se refere à desconsideração – buscar provar que não houve fraude ou abuso, ou que não houver participação deste ou daquele sócio em tais atos etc., que não é dada oportunidade através dos meios de defesa vistos acima.

Assim, diante desta celeuma, em face da não-existência de uma regulamentação procedimental específica e da necessidade de dar aos entes da pessoa jurídica o direito efetivado pela Constituição ao devido processo legal. Há doutrinadores, que vem defendendo a possibilidade do chamado *litisconsórcio passivo facultativo eventual*, conforme será analisado a seguir.

## 7.6 LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO EVENTUAL

Como visto em linhas anteriores, a pessoa jurídica possui personalidade distinta da dos seus membros, dessa forma quando demandada, esta assume sozinho o polo passivo da relação processual, sendo assim, 'somente ela' deverá ser citada na fase cognitiva do processo.

Ocorre que, na Execução, quando insuficientes os bens da sociedade para sanar seu passivo, o magistrado, a requerimento da parte e desde que estejam preenchidas as exigências legais, pode aplicar o instituto da 'desconsideração da personalidade jurídica', e assim atingir os bens particulares dos sócios, mesmo que o seu nome não conste como parte no título executivo. A celeuma encontra-se justamente aí, pois, como já mencionado, os sócios não participaram do processo de conhecimento, tendo, desta forma, cerceado o seu direito de defesa.

Com o intuito de resolver tal problema (e cumprir princípio constitucional 'da ampla defesa') parte da doutrina e da jurisprudência defendem que (mesmo tendo sido adotada a teoria menor) a possibilidade de que os sócios da pessoa jurídica demandada integrem, juntamente com esta, o polo passivo da relação processual na fase cognitiva, por meio da interpretação extensiva do art. 289 do CPC.

Assim, a demanda a deverá ser dirigida inicialmente contra a sociedade, não havendo êxito, recorre-se aos seus sócios. Sendo respeitado dessa forma o devido processo legal e a 'da ampla defesa'.

O tema em análise não é tão simples assim, pois não há determinação legal quanto a esta possibilidade; há tão somente a defesa doutrinária. O Código de Processo Civil, em seu art. 289, prevê a possibilidade de pedidos sucessivos (ou subsidiários, ou cumulação eventual etc.), ou seja, em não havendo o acolhimento do primeiro, segue-se ao segundo.

Os ensinamentos de Nery Junior (1999, p. 571) neste sentido são esclarecedores:

Pedido sucessivo. O autor pode deduzir dois ou mais pedidos em ordem sucessiva. Pedido sucessivo é a pretensão subsidiária deduzida pelo autor, no sentido de que, em não podendo o juiz acolher o pedido principal, passa a examinar o sucessivo. Por

exemplo, pedido de nulidade ou anulação do casamento (principal) e subsidiário de separação judicial (sucessivo). O pedido sucessivo só é examinado pelo juiz se não puder ser deferido, no mérito, o pedido principal. (Código de Processo Civil Comentado. 3. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 571, art. 289, nota 1).

O Tribunal Superior do Trabalho sedimentou seu entendimento através do Enunciado 205, que menciona: “O responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não participou da relação jurídica processual como reclamado e que, portanto, não consta do título executivo judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução.”

Tem-se, pois, que havendo a aplicação do litisconsórcio passivo facultativo eventual, os sócios ou administradores integrarão o título judicial resultante do processo de conhecimento, sendo respeitados, assim, o contraditório e a ampla defesa, tornando-se legítima uma posterior execução contra os mesmos.

É esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa extraída de seu site:

EMBARGOS À EXECUÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PARA ATINGIR EMPRESA QUE NÃO FOI PARTE NA AÇÃO ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. Nula, a teor do art. 472, CPC, a decisão que estende a coisa julgada a terceiro que não integrou a respectiva relação processual. A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que reclama o atendimento de pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito em prejuízo de terceiros, o que deve ser demonstrado sob o crivo do devido processo legal. Recurso especial conhecido e provido.

De acordo com essa corrente doutrinária e a luz das decisões superiores, o credor, ao ajuizar a ação, deverá promover a citação dos sócios juntamente com a da pessoa jurídica, pois, dessa forma, poderá ser decretada desde logo a responsabilidade patrimonial dos sócios.

Caso o credor não proceda desta forma, poderá ser alegada a ilegitimidade passiva dos sócios no processo de execução, por não terem participado do processo de conhecimento que deu origem ao título judicial.

Cabe salientar, no entanto, que esse posicionamento não é unânime, havendo diversos julgados e doutrinas que asseguram que a desconsideração da personalidade jurídica pode ocorrer na fase de execução, havendo legitimidade

passiva dos sócios ou administradores da pessoa jurídica. Não havendo a necessidade de uma ação de conhecimento, pois esta, segundo o presente entendimento, se mostraria morosa, sendo incompatível com a garantia a um processo célere.

Diante do exposto, verifica-se que o litisconsórcio passivo facultativo eventual, apesar de ser mais compatível com os ditames constitucionais, não resolve a celeuma que circula o tema. Ficando clara a necessidade de um instrumento regulatório que ponha termo à insegurança jurídica quando se trata da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

## 7.7 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Inicialmente, é importante salientar que ocorrendo à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sempre, deverão ser respeitados os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Isto porque a 'desconsideração' é a exceção no direito, ela é aplicada em caráter excepcional, mediante a ida ao Judiciário e somente em algumas situações previstas legalmente; a regra geral é pelo 'acatamento e respeito' à autonomia, à intocabilidade da personalidade jurídica do ente 'pessoa jurídica'. Portanto, nesse sentido, deve-se, obrigatoriamente, observar os citados princípios constitucionais.

É este o entendimento demonstrado por Requião (2000, p. 45), no texto de sua palestra inaugural realizada na Universidade Federal do Paraná e publicado na Revista dos Tribunais:

[...] sua aplicação há de ser feita com extremos cuidados, e apenas em casos excepcionais, que visem impedir a fraude ou o abuso de direito em vias de consumação [...]. É preciso, para a invocação exata e adequada da doutrina, repelir a ideia preconcebida dos que estão imbuídos do fetichismo da intocabilidade da pessoa jurídica, que não pode ser equiparada tão insolitamente à pessoa humana no desfrute dos direitos incontestáveis da personalidade; mas também não devemos imaginar que a penetração do véu da personalidade jurídica e a desconsideração da pessoa jurídica se torne instrumento

[...] dos que, levados ao exagero, acabassem por destruir o instituto da pessoa jurídica [...]

Assim, várias são as críticas feitas à corrente que defende a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na 'fase de execução', sem que os sócios tenham participado da 'fase cognitiva', havendo dessa forma desrespeito ao contraditório e a ampla defesa e restando aos mesmos somente os Embargos à Execução e o Agravo de Instrumento. Assim, os sócios não podem defender-se quanto às condutas que lhes foram imputadas, como por exemplo, a de 'ter praticado conduta abusiva e fraudulenta'.

Fica claro, também, que para que sejam respeitados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, no caso da desconsideração da personalidade jurídica, a corrente que mais adequada é a da 'teoria maior da desconsideração', pois, como visto, já que o credor tem que provar a existência da conduta ilícita ou abusiva para que haja a desconsideração, as chances de atingir o patrimônio dos sócios, sem que tenham ocorrido tais condutas, é menor.

Necessário se faz trazer à baila - quando se fala em respeito ao contraditório e a ampla defesa - o entendimento de que somente devem ser responsabilizados 'através da desconsideração da personalidade jurídica', os sócios que realmente participaram da conduta fraudulenta ou abusiva que motivaram ou justificaram o 'pedido de desconsideração'. Não faz sentido, pois, responsabilizar algum ente ou alguém que nem se quer sabia da prática de tais atos.

Nesse sentido, o Enunciado nº 7 da I Jornada de Direito Civil do CJP, menciona que: "Só se aplica à desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido."

É o mais correto, o mais justo e de acordo com os princípios constitucionais brasileiros.

### **7.7.1 Princípio da Ampla Defesa**

Entende-se que os princípios sejam como ‘normas’, mandamentos ou construções que servem de base ou de alicerce ao ordenamento jurídico de um povo. É sabido que os princípios, em conjunto com as regras, são considerados normas jurídicas que dão estrutura e segurança ao ordenamento. Mas, os primeiros são abrangentes e, em última análise, generalíssimos, enquanto as segundas possuem uma função reguladora, direta ou indireta, das relações jurídicas, através de tipificações e comandos. As diferenciações entre ambos os institutos não param por aí, visto que os princípios são multifuncionais, possuem aplicação direta e imediata e detém ao menos, três funções, sendo elas: a regulamentadora, a orientadora de interpretação e a de fonte primária do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, segundo menciona Rocha (1999, p. 46), quando um princípio encontrar-se no corpo da Carta Constitucional, deve revogar ou invalidar as normas, anteriores ou posteriores a ela ou que lhe sejam contrárias.

O princípio da ‘ampla defesa’ encontra-se previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, que determina: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

Tal princípio, ao constar no texto constitucional pátrio, passou a ser considerado como um ‘direito fundamental’, representando uma garantia a todos ao direito pleno e inegociável de trazer ao processo tudo o que for necessário à sua defesa, abrangendo, também, até o ‘direito de ficar em silêncio’.

Então, pelo ordenamento brasileiro, ao indivíduo é assegurado o direito de usar de todos os meios lícitos e possíveis, bem como todos os instrumentos legais necessários para viabilizar e instrumentalizar a sua ampla e irrestrita defesa.

### **7.7.2 Princípio do Contraditório**

Para que haja a ‘ampla defesa’ há de existir o respeito ao ‘princípio do contraditório’. Assim, resumidamente, caracteriza-se tal princípio constitucional como

‘a possibilidade que tem as partes de se defender do que alega a parte contrária’ (bilateralidade) e de tudo de novo que há no processo, bem como o direito de ser citado; de fazer suas próprias alegações e defesa; de produzir e apresentar provas; de ser ouvido no processo; de manifestar suas razões e justificativas de forma lícita e sobre as alegações da parte contrária; de participar de todos os atos processuais.

O ‘princípio do contraditório’ é propício ao ‘devido processo legal’ e instrumento para atender às necessidades e interesse da sociedade e, antes do que isso, obedecer aos ditames constitucionais. Deixar de obedecer-lho, sob qualquer alegação, fere vários outros princípios constitucionais e os direitos fundamentais.

### **7.7.3 O devido processo legal**

No Brasil, a garantia ao princípio do ‘devido processo legal’ encontra-se prevista no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, que assegura “[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Nesse sentido, tal princípio constitucional tem como abrangência, vários outros princípios e sub-princípios e garantias constitucionais, todos ligados ao Estado Democrático de Direito em que há o respeito ao cidadão, destacando-se o direito de acesso à justiça, ao juiz natural e a tutela jurisdicional; o direito a tratamento igualitário e imparcial as partes em um processo; a publicidade dos atos processuais; a plenitude da defesa e de todos os meios de recursos e de provas; a que as decisões judiciais sejam motivadas; a razoável duração dos processos; o direito ao contraditório e a ampla defesa, dentre outros.

Diante do exposto, verifica-se assim, que para que a ‘desconsideração da personalidade jurídica’ seja efetivada, tem que ser assegurado aos entes e sócios atingidos, todos estes direitos e a prévia e ampla defesa, de modo a demonstrar que são verdadeiras ou inverídicas as condutas a ele imputadas e qual a responsabilidade de cada um nos atos que foram considerados danosos ou ilegais. Só assim seus bens pessoais poderão responder pelas obrigações sociais, de forma condizente com os ditames constitucionais.

Em defesa do ‘devido processo legal’, parte da doutrina e da jurisprudência afirma que a desconsideração da personalidade jurídica não deve

ocorrer na fase de execução, pois nesta fase o contraditório e a ampla defesa não seriam respeitados plenamente, e ainda haveria a inversão do ônus da prova nos Embargos à Execução.

Assim, defendem que deve ser instaurado um processo de conhecimento para que seja aplicada a desconsideração.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a desconsideração deve ser aplicada na fase de execução, pois é nesse momento que se descobre a insolvência da pessoa jurídica. Vejamos o julgado a seguir:

**Processual civil. Ausência de omissão, obscuridade, contradição ou falta de motivação no acórdão a quo. Execução fiscal. Alienação de imóvel. Desconsideração da personalidade jurídica. Grupo de sociedades com estrutura meramente formal. Precedente.** 1. Recurso especial contra acórdão que manteve decisão que, desconsiderando a personalidade jurídica da recorrente, deferiu o arresto do valor obtido com a alienação de imóvel. 2. Argumentos da decisão a quo que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, contradições ou ausência de fundamentação. O não acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgar a questão conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do Código de Processo Civil), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil quando a matéria enfocada é devidamente abordada no arresto a quo. 3. “A desconsideração da pessoa jurídica, mesmo nos casos de grupos econômicos, deve ser reconhecida em casos excepcionais, onde se visualiza a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores. No caso *sub judice*, impedir a desconsideração da personalidade jurídica da agravante implicaria possível fraude aos credores. Separação societária, de índole apenas formal, legitima a irradiação dos efeitos ao patrimônio da agravante com vistas a garantir a execução fiscal da empresa que se encontra sob o controle de mesmo grupo econômico” (Acórdão a quo). 4. “Pertencendo a falida 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, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo. Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o juiz, incidentalmente no

próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros” (RMS n. 12.872/SP, rel.<sup>a</sup> Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, **DJ**, 16.12.2002). 5. Recurso não provido (REsp n. 767.021/RJ, rel. Ministro José Delgado, 1ª Turma, j. em 16.08.2005, **DJ**, 12.09.2005, p. 258)

Conforme pode se verificar de todo o exposto, quando trata-se da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica existem vários entendimentos, pois como visto não há um procedimento específico para que seja aplicada tal teoria.

Nesse sentido, entre o ‘litisconsórcio passivo facultativo eventual’ e a aplicação da desconsideração na fase de execução, prefere-se o primeiro, em respeito ao contraditório e a ampla defesa, consubstanciados no devido processo legal, primado do Estado Democrático de Direito, e em respeito aos limites da coisa julgada, prevista no art. 472 do Código de Processo Civil.

Mas, embora entre as atuais opções seja aplicada a mais razoável, o litisconsórcio passivo facultativo eventual não possui fundamento legal. No que tange à necessidade de abertura de novo processo de conhecimento para que haja a desconsideração, como alguns sustentam, o maior problema é a demora que vai haver na prestação jurisdicional, pois como se sabe a fase de cognição requer maior dilação probatória.

Dessa forma, passa-se a defender a necessidade de uma lei específica que venha a resolver essa celeuma, prevendo um procedimento próprio para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

## 8 PROJETO DE LEI Nº 3. 401 DE 2008

O Projeto de Lei nº 3.401/08 (de autoria do Dep. Bruno Araújo) visa regulamentar a 'aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica', para que sejam respeitados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Tal proposta de lei tenta resgatar a iniciativa do falecido Ricardo Fiuza (PL nº 2.426/03) que pretendia resolver a questão da desconsideração no Brasil. Mas, até o momento não se converteu em lei e, atualmente, encontra-se aguardando Parecer da Comissão de Constituição de Justiça na Câmara dos Deputados.

Assim, aprovado este projeto, a não observância do procedimento nele contido, configurará violação ao Devido Processo Legal, sendo tal violação fundamento bastante convincente para a defesa do empresário.

O Projeto de Lei em comento, quando aprovado, também poderia ser de grande serventia no que se refere ao risco da atividade empresarial, trazendo mais segurança para os investidores, conforme percebe-se no trecho da justificativa dada ao Projeto de Lei em estudo pelo Dep. Bruno Araújo, quando ele resume a finalidade do mesmo:

Em suma, o presente Projeto de Lei, de natureza eminentemente adjetiva, **pretende estabelecer regras processuais claras para aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, além de assegurar o prévio exercício do contraditório em hipóteses de responsabilidade pessoal do sócio por débito da pessoa jurídica.** Ou seja, não se pretende aqui estabelecer pressupostos materiais ou mesmo limitar as hipóteses em que a desconsideração da personalidade jurídica pode ocorrer, mas, tão somente, instituir um rito procedimental, aplicável a toda e qualquer situação onde seja necessário "levantar o véu" da pessoa jurídica, de modo a trazer segurança e estabilidade às relações jurídicas empresariais.

Outro ponto relevante do Projeto de Lei nº 3.401/08 é o fato de que o mesmo adota a 'teoria maior da desconsideração', conforme pode se verificar através da análise dos arts. 2º e o §2º, art. 5º, que confirmam a necessidade de que o credor ou o Ministério Público, ao requerer a desconsideração, provem a existência da conduta fraudulenta ou abusiva. E que a mera inexistência ou

insuficiência de patrimônio da pessoa jurídica não dar ensejo, por si só, à desconsideração. Segue a transcrição dos mencionados artigos:

Art. 2º. A parte que postular a desconsideração da personalidade jurídica ou a responsabilidade pessoal dos membros, instituidores, sócios, ou administradores por obrigações da pessoa jurídica, indicará, necessária e objetivamente, em requerimento específico, quais os atos por eles praticados que ensejariam a respectiva responsabilização, na forma da lei específica, o mesmo devendo fazer o Ministério Público nos casos em que lhe couber intervir no processo.

Art. 5º, §2º. A mera inexistência ou insuficiência de patrimônio para o pagamento de obrigações contraídas pela pessoa jurídica não autoriza a desconsideração da personalidade jurídica, quando ausentes os pressupostos legais.

Fica afastada, dessa forma, a incidência da teoria menor, onde a simples inexistência ou insuficiência de patrimônio da pessoa jurídica daria ensejo à responsabilização dos sócios, independentemente de terem estes, praticado alguma conduta fraudulenta ou abusiva.

Assim, conforme o parágrafo único do art. 2º, se a parte interessada não indicar quais os atos praticados pelos sócios ou administradores, que justificariam a desconsideração, ocorrerá o indeferimento liminar do pleito pelo magistrado.

Outro ponto bastante necessário, previsto no projeto em análise, é o art. 4º, que impossibilita o magistrado de 'decretar de ofício' a desconsideração da personalidade jurídica, como vem ocorrendo, embora o art. 50 do Código Civil já prevesse a necessidade de haver requerimento da parte.

Então, com a aprovação desse Projeto de Lei só ocorrerá a instauração do incidente de desconsideração, se houver pedido do credor ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

Ainda, no que se refere ao Ministério Público, o Projeto de Lei nº 3.401/08 em seu art. 5º, prevê a obrigatoriedade da oitiva do mesmo para que haja a desconsideração.

O Projeto em comento respeita também o princípio da subsidiariedade, pelo qual só é possível atingir o patrimônio dos sócios, depois de ser dada oportunidade à pessoa jurídica de satisfazer a obrigação em dinheiro, ou indicar outros meios que possam assegurar a execução (art. 5º, §1º).

Nesse sentido, o presente Projeto de Lei protege os sócios e administradores de boa-fé, limitando os efeitos da desconsideração. Assim, somente os sócios ou administradores que praticarem uma conduta fraudulenta ou abusiva, é que responderão com seu patrimônio pelas obrigações sociais. Tal previsão é de suma importância, pois na maioria das vezes os sócios e administradores eram responsabilizados pessoalmente, gerando dessa forma insegurança (art. 6º).

O respeito ao contraditório e à ampla defesa estão expressamente previstos no art. 3º:

Art. 3º. Antes de decidir sobre a possibilidade de decretar a responsabilidade dos membros, instituidores, sócios ou administradores por obrigações da pessoa jurídica, o juiz estabelecerá o contraditório, assegurando-lhes o prévio exercício da ampla defesa.

Portanto, de acordo com o Projeto de Lei, não havendo possibilidade de a pessoa jurídica adimplir a obrigação, nem de assegurar a execução, e estando a petição que solicita a desconsideração devidamente fundamentada (e indicando os atos fraudulentos ou abusivos praticados pelo sócio ou administrador), o magistrado manda instaurar um incidente processual, em autos apartados (art. 3º, §1º).

Em seguida, mandará citar os membros, instituidores, sócios ou administradores da pessoa jurídica, se estes não integravam a lide, mas, se já integravam, serão intimados. O prazo para defesa será de 10 (dez) dias. Nesse momento os possíveis atingidos pela desconsideração poderão produzir provas de que não praticaram qualquer ato fraudulento ou abusivo, evitando assim que seu patrimônio pessoal responda pelas obrigações sociais (art. 3º, §2º).

Quando mais de uma pessoa física forem atingidas pela desconsideração, os autos permanecerão em Cartório, e o prazo para defesa será contado individualmente, a partir da citação, quando não integravam a lide, ou a partir da intimação, quando já faziam parte da relação processual. Sendo, de qualquer forma, assegurado o direito de obtenção de cópias dos autos, e de juntar novos documentos (art. 3º, §3º).

Devido à grande discussão que existe em torno de quais condutas seriam caracterizadas como 'fraude à execução', o Projeto de Lei nº 3.401/08 faz questão de trazer tal conceituação em seu art. 7º, que menciona:

Art. 7º. **Considera-se em fraude à execução** a alienação ou oneração de bens pessoais de membros, instituidores, sócios ou administradores da pessoa jurídica, capaz de reduzi-los à insolvência, quando, ao tempo da alienação ou oneração, tenham sido eles citados ou intimados da pendência de decisão acerca do pedido de desconsideração da personalidade jurídica, ou de responsabilização pessoal por dívidas da pessoa jurídica. (grifo nosso)

Também, o Projeto em comento, veda a aplicação da analogia ou da interpretação extensiva na desconsideração da personalidade jurídica, só devendo ser aplicada tal teoria nos casos expressamente previstos em lei (conforme o art. 5º).

Para finalizar a análise do pretenso regramento, vale ressaltar, que o mesmo aplica-se às decisões ou atos judiciais de quaisquer órgãos, sempre que houver ‘responsabilização solidária ou subsidiária’ de membros, sócios, instituidores ou administradores por obrigações da pessoa jurídica (de acordo com o art. 1º, parágrafo único).

Ademais, a previsão feita pelo art. 8º, de que as normas constantes no regramento em comento aplicam-se imediatamente a todos os processos em andamento, é desnecessária, pois, quando se trata de norma processual é notório que a sua aplicação é imediata.

## 8.1 PROJETO DE LEI Nº 4.298/08

Em apenso ao Projeto de Lei nº 3.401/08 há o Projeto de Lei nº 4.298/08 que traz normas específicas sobre a ‘desconsideração da personalidade jurídica’ nos Processos de Execução Civil, Trabalhista e Fiscal.

Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 4.298/08 prevê em seu art. 2º que a desconsideração será aplicada nos casos de confusão patrimonial, gestão temerária ou fraudulenta e dilapidação do patrimônio das pessoas jurídicas.

Portanto, pelo novo regramento, só serão atingidos pela desconsideração os dirigentes e sócios à época dos fatos, ou que tenham de alguma forma se beneficiado das condutas acima citadas.

Existe, ainda, a previsão de um prazo de três dias para que o magistrado se manifeste acerca da desconsideração (art. 3º, parágrafo único).

Fica, também, preservado o direito do terceiro de boa-fé, que tenha adquirido bens do sócio ou dirigente incluído no polo passivo da execução, antes de protocolado o pedido do exequente (art. 4º).

No mais, tal Projeto de Lei nº 4.298/08 menciona os direitos já previstos no Projeto de Lei nº 3.401/08.

Entretanto, vale mencionar que é interessante a previsão trazida pelo art. 5º do Projeto de Lei nº 4.298/08:

Art. 5º. Não se aplica o disposto no art. 2º desta Lei aos casos em que a desconsideração da personalidade jurídica se der na fase do processo de conhecimento, em que tenha sido assegurado o direito de defesa e contraditório na forma e modo previstos nas leis processuais.

Ou seja, quando a 'desconsideração' ocorrer na fase de cognição, com a citação do sócio ou administrador e sua consequente participação na relação processual, e após defender-se, a desconsideração não for aplicada, não pode novamente o credor, na fase de Execução, requerer a 'instauração de um incidente' para se discutir mais uma vez a possibilidade de desconsideração.

Cabe lembrar que o tal Projeto de Lei nº 4.298/08 ainda está sujeito à apreciação conclusiva pelas Comissões do Congresso brasileiro.

## 8.2 EMENDA Nº 4/2011

A Emenda Nº 4/2011, é uma Emenda modificativa ao Projeto de Lei nº 3.401/08. Pois, como visto, o parágrafo único do art. 1º, do referido Projeto de Lei nº 3.401/08 prevê a sua aplicação somente aos atos judiciais, esquecendo os administrativos, conforme percebe-se:

Art. 1º [...] Parágrafo único. Aplica-se, também, o disposto nesta lei às **decisões ou atos judiciais** de quaisquer dos órgãos do Poder Judiciário que imputarem responsabilidade direta, em caráter

solidário ou subsidiário a membros, instituidores, sócios ou administradores pelas obrigações da pessoa jurídica. (grifo nosso)

Então, para sanar tal lacuna, a referida Emenda Nº 4/2011 acrescenta o art. 9º, que estabelece:

Art. 9º. A desconsideração da personalidade jurídica, bem como a imputação de responsabilidade direta, em caráter solidário ou subsidiário a membros, instituidores, sócios ou administradores da pessoa jurídica, **por ato da Administração Pública**, será objeto de provisão judicial para sua eficácia em relação à parte ou a terceiros. (grifo nosso)

Portanto, a Emenda Nº 4/2011 vem repetir o que já garante a Constituição Federal, ou seja, a garantia dos princípios do 'contraditório e da ampla defesa', tanto nos processos judiciais quanto nos administrativos (art. 5º, LV, da CF).

Assim, sempre que os sócios ou administradores tiverem seu patrimônio particular responsabilizado por obrigações da pessoa jurídica, por ato da Administração Pública, deve-se recorrer ao Judiciário, pois somente através de um procedimento judicial, garantido o contraditório e a ampla defesa, é que se pode desconsiderar a personalidade jurídica de uma empresa.

## 9 CONCLUSÃO

A 'teoria da desconsideração da personalidade jurídica' é muito importante para a sociedade, pois por meio dela pretende-se coibir condutas fraudulentas e abusivas praticadas por seus membros dos entes econômicos, evitando assim que terceiros de boa-fé sejam atingidos e lesados por atitudes não condizentes com o correto exercício da atividade empresarial.

Ocorre que, por ser bastante polêmica a aplicação imediata do art. 50 do CC (diante das teorias existentes, conforme visto) e não haver um procedimento específico ou uma regulamentação própria, os magistrados aplicam a desconsideração da maneira que entendem como correta, sem citar os sócios, nem respeitar o princípio da subsidiariedade, e, muitas vezes, até mesmo sem haver requerimento do credor.

Restando aos sócios atingidos o Agravo de Instrumento, os Embargos à Execução, e, quando aceito, a Exceção de Pré-executividade, já que a desconsideração vem sendo aplicada judicialmente na fase de execução. Não havendo, pois, a possibilidade dos mesmos se defenderem quanto às condutas que lhe foram imputadas.

Assim, é notória a ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, e, conseqüentemente, ao devido processo legal, postulado do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, resta tão somente o 'litisconsórcio passivo facultativo eventual', que como visto no decorrer do trabalho, não possui previsão legal e que por isso ainda não é aceito plenamente por parte da doutrina e da jurisprudência. Percebe-se que para que um procedimento seja unificado e obrigatoriamente aplicado por todos, tem que ser previsto ou estabelecido em lei.

Verifica-se, assim, que existe uma urgência e enorme necessidade de que os procedimentos sobre a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica sejam regulamentados, para que ocorra a sua efetiva aplicabilidade e o respeito ao devido processo legal e ao contraditório.

É nesse contexto de insegurança e de carência legal que surgiu o Projeto de Lei nº 3. 401/08, visando regulamentar a aplicação da desconsideração. Assim, para que seja reconhecida e efetivada tal teoria, é aberto um incidente processual,

possibilitando aos sócios se defenderem das acusações que lhes são feitas, respeitando, pois, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, dentre outras previsões que já foram focadas pelo presente trabalho. Foi apensado ao citado Projeto o PL nº 4. 298/08, que prevê o mesmo procedimento para a execução fiscal, civil e trabalhista e a Emenda 4/2011, que estende a aplicação de tais projetos aos atos da Administração Pública, que, de alguma forma, atinja o patrimônio dos sócios, com a intenção de saldar dívidas da pessoa jurídica.

Assim, com a aprovação de tal Projeto, no 'processo de conhecimento' o credor de forma fundamentada, depois de ser dada a oportunidade à pessoa jurídica de satisfazer a obrigação, requer a desconsideração em petição própria. Verificados os requisitos de admissibilidade, o magistrado instaura um incidente processual, em autos apartados. Os sócios são citados, e tem o prazo de 10 dias para oferecer defesa. Só depois de constatado o abuso ou a fraude é que será aplicada a desconsideração da personalidade jurídica, e só serão atingidos os sócios que participaram ou auferiram algum benefício direto com as condutas ilícitas.

Assim, a aprovação do Projeto de Lei nº 3.401/08 é de enorme utilidade para a sociedade, trazendo segurança para as empresas, a sociedade em geral, os investidores e empresários, facilitando o exercício da atividade econômica, que já convive com o risco natural da atividade empresarial. Resolve, também, o impasse em relação a como e em que fase do processo deve ser aplicada à desconsideração.

Conclui-se que, com a esperada aprovação do Projeto de Lei nº 3.401/08, os sócios de boa-fé não temerão mais a sua responsabilização por atos fraudulentos praticados por outros integrantes da pessoa jurídica, visto que os efeitos da desconsideração só recairão sobre os entes que praticaram alguma conduta lesiva ou que obtiveram algum proveito direto com a prática de fraudes.

Enfim, a aprovação do Projeto de Lei nº 3. 401/08 em tudo seria positiva, mas, principalmente, no respeito aos ditames constitucionais e ao Estado de Direito, pois assim seria dado aos sócios o direito ao contraditório e a ampla defesa e, conseqüentemente, ao devido processo legal.

O citado regramento (Projeto de Lei nº 3.401/08) encontra-se aguardando aprovação nas Comissões da Câmara dos Deputados. Resta aguardar que os representantes do povo supram essa lacuna normativa, e não se mostrem omissos, repassando sua função legislativa para o Judiciário.

## REFERÊNCIAS

BERTOLDI, Marcelo M. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Curso Avançado de Direito Comercial. 5 ed. São Paulo: RT, 2009.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 3. 401/08**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=394313>>. Acesso em: 6 de março de 2012.

BRASIL. Lei nº 9. 605/98. **VadeMecum**: Acadêmico de Direito. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. **Código Civil**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. 10 ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Comercial**: Direito de Empresa. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. São Paulo: RT, 1976.

FILHO, Misael Montenegro. **Curso de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v.2.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro**. São Paulo: Ed. RT, 1987.

LIMA, João Batista de Souza. **As mais antigas normas do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LOPES, Filipe Charone Tavares. **A desconsideração da personalidade jurídica e o Projeto de Lei nº 3. 401/08**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3096, 23 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20701>>. Acesso em: 6 mar. 2012.

MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do Trabalho Científico**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo Civil da Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: RT, 1999.

PAES DE ALMEIDA, Amador. **Manual das sociedades comerciais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. V. 1.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito Comercial**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, José de Albuquerque **Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SANTOS, Jonabio Barbosa. **Empresa Individual de Responsabilidade Limitada: Um Breve Comentário Sobre a Lei 12.441/2011**. Editora Magister. Disponível em: <[HTTP://www.editoramagister.com/doutrina](http://www.editoramagister.com/doutrina)>. Acesso em: 12/11/2012.

SILVA, Bruno Mattos e. **Direito de empresa**. São Paulo: Atlas, 2007.

TOMAZETTE, Marlon. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica: desnecessidade de uma ação de conhecimento**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8840>>. Acesso em: 20/03/2012.