

INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA – UMA ANÁLISE PRELIMINAR

Gustavo Osna ¹

Resumo: O presente estudo possui como objetos o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e o seu tratamento oferecido pelo direito brasileiro - especialmente, pelo novo Código de Processo Civil. Para tanto, coloca-se inicialmente em pauta a estrutura do mecanismo, identificando suas funções e a sua aceitação (sob diferentes formas) em nossa realidade. Na sequência, observa-se como nosso processo civil lidou com o tema, chegando ao recém criado “incidente de desconsideração”. Por fim, identifica-se as finalidades do novo instrumento, questionando se ele é capaz de frear o uso excessivo da desconsideração.

Palavras-Chave: Desconsideração da Personalidade Jurídica, Processo Civil, Novo Código.

1. INTRODUÇÃO



omo não poderia deixar de ocorrer, a recente aprovação de um novo Código de Processo Civil tem suscitado diferentes debates em nossa academia, colocando-se em pauta os potenciais e os pontos-cegos de suas novas ferramentas e orientações. O presente estudo se insere nessa jornada, situando co-

¹ Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e graduado em Direito pela mesma instituição. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro Núcleo de Direito Processual Civil Comparado (UFPR). Advogado. Professor de Cursos de Pós-Graduação e Especialização.

mo objeto um mecanismo introduzido de maneira inédita pelo NCPC: o “incidente de desconsideração de personalidade jurídica”.

Com efeito, ainda que a legislação anterior não destinasse tratamento específico ao tema da desconsideração, o seu enfrentamento pelos Tribunais era constante – produzindo-se uma teia argumentativa considerável em seu fundo. E o novo *incidente* veio a inverter essa lógica, suprimindo a lacuna positiva e dando uma guinada em sua atuação.

Para compreender o problema, o presente estudo é dividido em dois momentos. No primeiro, propõe-se uma aproximação com o instituto da *desconsideração*, identificando os seus fundamentos teóricos e a sua recepção pelo direito brasileiro. Ainda aqui, expõe-se a recorrente crítica quanto ao uso contemporâneo do mecanismo, relacionado ao seu eventual excesso.

Feita essa apresentação, passa-se a expor o tratamento processual destinado ao instituto. Para tanto, identifica-se como os Tribunais vinham contornando a questão em momento anterior à positivação do atual Código de Processo Civil, bem como quais os impactos trazidos a esse quadro pela aprovação do mencionado *incidente*. Por fim, problematiza-se o cenário, expondo-se as possibilidades e as limitações funcionais intrínsecas à nova ferramenta. .

2. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: APROXIMAÇÕES INICIAIS

2.1. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – QUADRO TEÓRICO E ANTECEDENTES

Para iniciar essa investigação, parte-se de uma premissa bastante madura em sede doutrinária: ao constituir a pessoa jurídica, é usual que o sujeito vislumbre, entre outros propósi-

tos, limitar sua responsabilidade pelo exercício de determinada atividade. Nesses termos, criam-se *esferas patrimoniais* separadas, refletindo a existência de feixes de obrigação também dissociados.

As limitações do presente estudo não permitem maior aprofundamento nesse item. De todo modo, o que dele se extrai é que o melhor funcionamento da pessoa jurídica traz consigo a redução de riscos e a separação subjetiva como tópicos centrais². A atuação se torna mais atrativa, conformando a análise de custo-benefício que lhe é inerente e viabilizando resultados benéficos para todo o arranjo social³.

² “Analytically, the concept of limited liability is a simple, albeit profound, implication of the basic concept in corporate law that corporations (and other entities such as limited liability companies and limited partnerships) are distinct juridical entities separate and apart from their creditors, shareholders, directors, and other constituencies. As a consequence of this legal separateness, corporations and similar business entities can enter into contracts; sue and be sued; be responsible for paying taxes and complying with laws and regulations; and internalize both the benefits and the burdens of these attributes separate and distinct from other constituencies, including shareholders. In other words, limited liability is an implication of the notion that a complete separation of identities exists between investors and the corporations in which they have invested (...) the concept of corporate separateness is now firmly enconced in the legal culture. The corollary of this concept is limited liability for shareholders. Because the corporation is solely liable for the debts of the corporation, it follows inexorably that others, including claimants on the cash flows of the business such as shareholders, are not personally liable for the debts that the corporation has incurred. Limited liability is considered “the primary benefit of the corporate form,” and the protections for shareholders have been described, somewhat inaccurately, as “both unqualified and universal” for corporations (and other entities such as limited liability companies and limited liability partnerships) of every size, shape, and description”. MACEY, Jonathan. MITTS, Joshua. Finding Order In The Morass: The Three Real Justifications For Piercing The Corporate Veil. In. *Cornell Law Review*. v.100. Ithaca: Cornell Law School, 2014. p.104-105.

³ Observando o tema, Sztajn assim pontua: “pode-se dizer que as pessoas jurídicas são fruto da combinação da engenhosidade do homem com o direito, que, por força de seu reconhecimento as incorpora ao sistema e que, quanto ao escopo que fomenta sua organização desempenham função socialmente relevante, função esta que se acentua na medida em que se atente para o papel desempenhado no que concerne ao desenvolvimento econômico”. E, partindo disso, salienta que, “sobre a importância para o desenvolvimento social, nota-se que a origem recente das sociedades por ações, que, aliás, pode ser estendida para sua origem mais remota, a formação das

Para firmar com maior clareza esse pressuposto, é válido recorrer à via exemplificativa. Assim, suponhamos que “X” deseja se unir a “Y”, a “Z” e a “B” para constituir sociedade atuante no ramo de energia elétrica, cuja estruturação passaria por construções de risco elevado. Nessa hipótese, a limitação de responsabilidade representaria um importante *plus* para o desempenho da atividade, tornando-a consideravelmente atrativa. Além disso, em determinadas circunstâncias esse atributo constituiria verdadeira condição *sine qua non* para viabilizar o investimento. É o caso da própria produção de energia elétrica, sendo pouco crível que houvesse um número suficiente de sujeitos a assumir essa incumbência caso o quadro fosse diverso.

Compreendidas as coisas dessa forma, entende-se o porquê de as sociedades personificadas com limitação de responsabilidade serem a regra na atual realidade brasileira⁴. Isso

companhias de navegação da Idade Média, liga-se diretamente à noção de separação de riscos, de sua pulverização. A exigência, para reunir grandes volumes de recursos era separar riscos, seja para pulverizar os gerados no exercício de atividade econômica quanto para não somar estes aos inerentes a atividades nãoeconômicas exercidas por seus organizadores. Essa exigência que levou à separação patrimonial e à criação de um patrimônio autônomo, o da sociedade, resultou do reconhecimento pelo Estado de serem as sociedades pessoas jurídicas”. SZTAJN, Rachel. Terá a personificação das sociedades função econômica? In. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v.100. São Paulo: USP, 2005. p.64-66.

⁴ Viviane Muller Prado e Antonio Deccache explicam de forma minuciosa essa evolução história em nossa realidade, nos seguintes termos: “o reconhecimento da personalidade jurídica ao ente coletivo e, por conseqüência, da autonomia patrimonial, no entanto, não conferem aos seus membros necessariamente a limitação de responsabilidade. Esta decorre do tipo associativo que se reveste a pessoa jurídica. Neste ponto, é relevante conhecer o desenvolvimento do direito societário brasileiro no que se refere à tipicidade das sociedades comerciais ou, como se denomina atualmente, sociedades empresariais (...) até 1919, os comerciantes tinham a opção de se organizar por algum dos tipos societários previstos no Código Comercial de 1850 ou então na forma de sociedade por ações (S.A.). Nenhum dos tipos de sociedade do Código Comercial conferia limitação de responsabilidade a todos os sócios. Somente pelas sociedades por ações, havia a limitação da responsabilidade de todos os sócios ao valor de subscrição das ações. A S.A., entretanto, configurava-se como instrumento bastante custoso e burocrático para as pequenas e médias empresas (...) com o surgimento das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, os tipos societários do Código Comercial de 1850 caíram, pouco a pouco, em desuso, justa-

se dá pelo fato de tal estrutura carregar consigo uma vantagem intrínseca e potencialmente decisiva em grande parcela de casos. Salvo peculiaridades que recomendem regime diverso, é por aqui que se permite a obtenção de frutos com o menor risco possível.

Por outro lado, essa engrenagem também leva a outra constatação quase intuitiva. É que, ao mesmo tempo em que a *separação patrimonial* e a *limitação de responsabilidade* trazem um importante estímulo à atividade empresarial, elas também podem servir como suporte para *fraudes* e usos *desvirtuados* da pessoa jurídica. Nesses casos, entra-se em um ambiente patológico: por mais que a tutela da personalidade jurídica seja relevante, surge um descompasso entre a *estrutura* conferida ao modelo e a sua *função*.

Uma vez mais ilustrando o problema, imaginemos que “A” constitui a sociedade ficta de responsabilidade limitada “W”, titularizando 99% (noventa e nove por cento) das cotas que compõem seu capital social. Conjecturemos, ainda, que “A” contrai diferentes empréstimos bancários em nome da empresa, mas utiliza a importância unicamente para o seu proveito pessoal e esvazia os ativos da sociedade. Nesse cenário, seria dado aos credores perseguir a reparação diretamente junto a “A”? Sob quais parâmetros ou requisitos? Contrariamente, diante da segmentação de esferas, a atitude fraudulenta do sócio deveria prosperar?

O enfrentamento desse tipo de problema não foi exclu-

mente por não possibilitar a limitação de responsabilidade da totalidade de sócios e, por isso, ser incapaz de restringir o risco dos empreendedores (...) constata-se assim que o instituto da pessoa jurídica (e a consequência da separação patrimonial) conjuntamente com a simplificação trazida pelas sociedades por quotas de responsabilidade limitada forneceram aos pequenos e médios empresários o instrumental necessário para organizar a sua atividade empresarial, de forma a restringir os seus riscos ao valor aportado a título de capital social”. PRADO, Viviane Muller. DECCACHE, Antonio. Arbitragem e desconsideração da pessoa jurídica. In: CONPED. (Org.). Direito Empresarial. XXI Congresso Nacional do CONPED/UFF. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p.230.

sividade da realidade brasileira. E foi a partir dessa espécie de ponderação que se acabou construindo a noção de “*desconsideração da personalidade jurídica*”. Para compreensão do ponto, costumam-se indicar três pilares essenciais: (i) o debate basal à *Salomon v. Salomon Co.*, no Judiciário inglês⁵; (ii) a aplicação pelos Tribunais estadunidenses, em diferentes oportunidades, das ideias de *disregard* ou *piercing the corporate veil*⁶; e (iii) enfim, a construção teórica, na academia alemã, da doutrina do *durchgriff*⁷.

⁵ Ainda que, paradoxalmente, nessa ocasião se tenha reforçado a eficácia e a autonomia patrimonial da pessoa jurídica regularmente constituída. É assim que, ao investigar os traços centrais de *Salomon*, Lipton afirma que “the importance of the decision in *Salomon* has two aspects. The first of these concerns the legal concept for which it is famously known; that is, that the decision established, clarified, or confirmed the fundamental principle that a registered company is a separate legal entity, distinct from its shareholders, and is to be treated as any other independent person with its own rights and liabilities. According to this perception, it is at least implicit that before the decision in *Salomon* the separate legal entity concept had not yet been fully recognised or developed, and that therefore until *Salomon* was decided in 1897, it remained unclear to what extent, and in what circumstances, a company was thought to be legally separate from its shareholders. Moreover, the decision in *Salomon* was seen at the time, in narrower terms, as legitimising the concept of the one person or private company, whereby a business controlled by an individual could be incorporated as a limited liability company that was separate from its shareholders with the result that the individual, as a shareholder, was protected from the claims of creditors of the company. The second important aspect of *Salomon* is seen in its significance in the evolution of company law. The decision is widely viewed as a, if not the, landmark decision in the development of company law. It has been described as having an ‘iron grip’ on English company law, as ‘perhaps the most famous company law decision. In many respects it marks the beginning of modern company law’”. LIPTON, Phillip. *The Mythology of Salomon’s Case and The Law Dealing With The Tort Liabilities of Corporate Groups: an Historical Perspective*. In. *Monash University Law Review*. n.40. Victoria: Monash University, 2013. p.453-454.

⁶ Veja-se, como caso exemplificativo, a decisão proferida em *United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co* (142 F. 247. 255, 7th Cir.1905), segundo a qual “a corporation will be looked upon as a legal entity as a general rule, and until sufficient reason to the contrary appears; but when the notion of legal entity is used to defeat public convenience, justify wrong, protect fraud, or defend crime, the law will regard the corporation as an association of persons”.

⁷ Assim, *passim*, SERICK, Rolf. *Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Trad. Jose Puig Brutal.

Com efeito, por mais que não seja possível esmiuçar o tema com maior vagar, em cada uma dessas pontas haveria um mesmo aspecto central: a possibilidade de que, em determinadas hipóteses, a separação patrimonial entre a pessoa jurídica e o seu sócio fosse *suspensa*, permitindo a responsabilização do sujeito por obrigações que em princípio vinculariam apenas o ente; o reconhecimento de que a divisão de esferas e a limitação de responsabilidade deveriam ser *superadas* a partir de dadas circunstâncias, em atenção às próprias finalidades que encorajam sua tutela. Isso, sem gerar a extinção da sociedade, mas apenas permitindo sua *desconsideração* pontual perante determinada situação⁸.

Assim, aplicando o raciocínio ao exemplo acima, surgiria um importante remédio para evitar atuações desviadas da sociedade personificada: por meio da teoria da *desconsideração*, seria possível que o próprio patrimônio de “A” fosse atingido pelas obrigações por ele contraídas (fraudulentamente) em nome da sociedade “W”. Restabelece-se o adequado funcionamento das pessoas jurídicas, equilibrando o seu tratamento pelo Direito.

Foi por compreender esse dado que, em um primeiro momento, passou-se a sustentar em doutrina que o instituto deveria ser reconhecido e manejado também no ordenamento brasileiro. Nesse sentido, merece especial menção o pensamento de Rubens Requião, compreendendo a valia trazida pela uti-

Barcelona: Ariel, 1958.

⁸ Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, “a desconsideração da pessoa jurídica não atinge a validade do ato constitutivo, mas a sua eficácia episódica. Uma sociedade que tenha a autonomia patrimonial desconsiderada continua válida, assim como válidos são todos os demais atos que praticou. A separação patrimonial em relação aos seus sócios é que não produzirá nenhum efeito na decisão judicial referente àquele específico ato objeto de fraude. Esta é, inclusive, a grande vantagem da desconsideração em relação a outros mecanismos de coibição da fraude, tais como a anulação ou dissolução da sociedade. Por apenas suspender a eficácia do ato constitutivo, no episódio sobre o qual recai o julgamento, sem invalidá-lo, a teoria da desconsideração preserva a empresa”. COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.127.

lização do *disregard*⁹. Uma vez mais, repete-se: não se trata de negar a relevância da pessoa jurídica, mas de harmonizar sua eficácia patrimonial à própria essência de sua atuação¹⁰.

Partindo desse enfoque, deve-se citar também a reflexão de José Lamartine Corrêa de Oliveira. É que, ao investigar a atuação das pessoas jurídicas no direito brasileiro, o teórico

⁹ “Doutrina desenvolvida pelos tribunais norte-americanos, da qual partiu o Prof. Rolf Serick para compará-la, com a moderna jurisprudência dos tribunais alemães, visa a impedir a fraude ou abuso através o uso da personalidade jurídica, e é conhecida pela designação “disregard of legal entity” ou também pela: “lifiting the corporate veil”. Com permissão dos mais versados no idioma inglês, acreditamos que não pecaríamos se traduzíssemos as expressões referidas como “de consideração da personalidade jurídica”, ou ainda, como “desestimação da personalidade de jurídica”, correspondente à versão espanhola que lhe deu o Prof. Polo Diez, ou seja “de-sestimação de la personalidad jurídica”. O lifiting the corporate veil” seria o “levantamento” ou “descerramento do véu corporativo”, ou da “personalidade jurídica”. Segundo ainda o Prof. Polo Diez a expressão “disregard of legal entity” é o equivalente mais próximo da “doutrina da penetração” da personalidade jurídica, da moderna jurisprudência germânica. Em que consiste, entretanto, essa doutrina ou teoria? Inicia o Prof. Serick sua tese com as palavras conceituais: “A jurisprudência há de enfrentar-se continuamente com os casos extremos em que resulta necessário averiguar quando pode prescindir-se da estrutura formal da pessoa jurídica para que decisão penetre até o seu próprio substrato e afete especialmente a seus membros”. E o prefaciador da edição espanhola Prof. Polo Diez explica que “o nervo e medula de toda a obra se assenta na questão de determinar em que fundamentos e em virtude de quais princípios dogmáticos podem os tribunais chegar a prescindir ou superar a forma externa da pessoa jurídica, para “penetrando” através dela, alcançar as pessoas e bens que debaixo de seu véu se cobrem”. O mais curioso é que a “disregard doctrine” não visa a anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva descon siderar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem. É caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo todavia a mesma incólume para seus outros fins legítimos”. REQUIÃO, Rubens. Abuso De Direito E Fraude Através Da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine). In. *Revista dos Tribunais*. v.803. São Paulo: Ed. RT, 2002.

¹⁰ É sob essa perspectiva, aliás, que Menezes Cordeiro problematiza a própria nomenclatura usualmente atribuída ao tema em língua portuguesa, destacando que “desconsideração” não parece adequado (...) tem um inequívoco sabor pejorativo que não faz, aqui, sentido. Nós próprios, quando analisamos o tema pela primeira vez, propusemos, sob a influência alemã, o termo “penetração” (...) reconhecemos, todavia, que o termo (...) é excessivamente incisivo (...) por tudo isto, viemos a fixar-nos na fórmula “levantamento”. CORDEIRO, Antônio Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva*. Coimbra: Almedina, 2000. p.102-103.

concluiu que a *dupla crise* vivenciada pela entidade poderia atingir tanto a sua estrutura quanto as suas funções. E se enquadraria aí o imanente risco de desvio de finalidade, colocando um novo pilar a ser considerado ¹¹.

Em suma, foi a partir desse caminho que se passou a sustentar que também em nosso direito a lógica da *desconsideração* deveria ser mais bem avaliada. Afinal, se o risco de abuso fatalmente estaria presente, a adoção do mecanismo traria uma importante peça ao desestimular sua efetivação.

2.2. A RECEPÇÃO PELO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Considerando essa postura, tornou-se razoável que a figura recebesse amparo em nosso ordenamento positivo. E isso de fato ocorreu. Em diferentes momentos, o direito brasileiro passou a aceitar que a existência autônoma da entidade fosse *levantada*, permitindo que o sócio respondesse por alguma das suas obrigações; que a sua estrutura fosse *perfurada*, admitindo-se que a eficácia de algum dos seus negócios acertasse uma pessoa física ligada ao seu cotidiano; enfim, que a personalidade jurídica fosse contingencialmente *desconsiderada*, sem que isso acarretasse sua inexistência ou sua extinção.

De maneira topográfica, essa inclinação encontrou sua primeira previsão explícita em nosso ordenamento com a positivação de nosso atual Código de Defesa do Consumidor. É que ali se determina textualmente que “o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada

¹¹ Ver, *passim*, CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. Também, LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. In. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. v.46. Curitiba: UFPR, 2007.

quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração” (art.28, *caput*). Dessa forma, confere-se força normativa expressa à possibilidade de desconsideração.

Indo além, o próprio diploma consumerista reforça e amplia essa lógica, prevendo ainda que *“também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”* (art.28, §5º). É certo que o diálogo entre as disposições poderia gerar pontos de atrito, dada a diferença entre as suas extensões e os seus conteúdos. De todo modo, o propósito do esquema é claro, fluindo para a constante tentativa de facilitação da tutela do consumidor.

Da mesma forma, também refletindo uma preocupação com determinado campo *peculiar* do direito material, identificamos a previsão de desconsideração na Lei de Crimes Ambientais. Com efeito, atendendo às circunstâncias específicas que atraem a aplicação do texto, estipula-se que *“poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”* (art.4º). Permite-se assim a suspensão da autonomia patrimonial da entidade, viabilizando sua *perfurção*.

Ainda nesse rol, vale menção à aceitação da ideia *desconsideração* em nosso atual regime do direito da concorrência. Nesse sentido, dispõe-se de forma clara que *“a personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social”* (art.34, *caput*). Indo além, fixa-se ainda que *“a desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”* (art.34, parágrafo único) - abrin-

do as portas para a subtração de *eficácia* da separação entre a sociedade e o sócio.

Verifica-se, dessa forma, que há diferentes regimes esparsos que admitem a aplicação prática da *desconsideração*, a partir de requisitos também distintos. Contudo, pode-se dizer que o principal passo para a sua difusão em nossa realidade foi dado pelo Código Civil de 2002. E isso porque, sem trazer limitações temáticas, o diploma estabeleceu um *permissivo geral* para o levantamento da autonomia patrimonial; a partir dele o instituto se tornou *genericamente* admissível, independentemente da existência de outras previsões específicas e pontuais.

A compreensão do tema se dá pela leitura do art.50 do diploma, segundo o qual “*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*”. Dessa forma, por mais que não se faça referência explícita ao termo, descreve-se sucintamente a própria teoria da *desconsideração* – conferindo-lhe plena aplicabilidade.

Enfim, construindo esse panorama, vê-se que nosso atual ordenamento confere diferentes espaços para a superação casuística da personalidade jurídica. Além disso, há uma discrepância também entre os *requisitos* instituídos em cada ponta para propiciar essa retirada de eficácia. A questão foi percebida em nossa doutrina, levando à cisão teórica entre as chamadas “*teoria menor*” e “*teoria maior*” da *desconsideração*.

Realmente, ao colocarmos em pauta as hipóteses trazidas acima, notamos que os ordenamentos pontuais que albergam o instituto possuem uma mesma inclinação. Ali, os requisitos postos para a *desconsideração* seriam bastante singelos, procurando ao máximo facilitar a responsabilização. Estaria,

aqui, a chamada “*teoria menor*”¹².

É nesse sentido que, à luz do Código de Defesa do Consumidor, bastaria para a desconsideração que a personalidade jurídica representasse um “*obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores*”. Do mesmo modo, é assim que a Lei de Crimes Ambientais faculta o levantamento caso a personalidade constitua “*obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente*” e que a Lei de Concorrência permite o uso do mecanismo caso a sociedade se mostre insolvente, dispensando-se qualquer outra questão. Nessa medida, a análise de um eventual comportamento fraudulento é irrelevante, não tomando a ordem do dia.

Por outro lado, o cenário muda ao investigarmos a modelagem trazida pelo Código Civil. Isso porque, ali, a desconsideração fica expressamente subordinada ao “*abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial*”. Dessa forma, a mera insolvência não bastaria, exigindo-se um requisito adicional para a *perfurção* da entidade e dando azo àquilo que se costumou chamar (criando antagonismo com a mentalidade antes descrita) de “*teoria maior*”. Ato contínuo, o instituto possui hoje cadeira cativa em nosso direito positivo, assumindo distintas modulações.

¹² Ao descrever essa ideia, Ulhoa Coelho salienta que “ela reflete, na verdade, a crise do princípio da autonomia patrimonial, quando referente às sociedades empresárias. O seu pressuposto é simplesmente o desatendimento de crédito titularizado perante a sociedade, em razão da insolvabilidade ou falência desta. De acordo com a teoria menor da desconsideração, se a sociedade não possui patrimônio, mas o sócio é solvente, isso basta para responsabilizá-lo por obrigações daquela. A formulação menor não se preocupa em distinguir a utilização fraudulenta da regular do instituto, nem indaga se houve ou não abuso na forma. Por outro lado, é-lhe todo irrelevante a natureza negocial do direito creditício oponível a sociedade. Equivale, em outros termos, a simples eliminação do princípio da separação entre a pessoa jurídica e seus integrantes. Se a formulação maior pode ser considerada um aprimoramento da pessoa jurídica, a menor deve ser vista como o questionamento de sua pertinência, enquanto instituto jurídico”. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v.2. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.46.

2.3. A CRÍTICA AO ABUSO – USO EXTENSIVO E FIGURAS ANÁLOGAS

Contudo, da mesma forma que o uso da desconsideração se tornou corriqueiro em nossa prática, também não tardou para que fossem identificados possíveis abusos no seu manejo. Sob esse viés, passou-se a argumentar que o *excesso* na *perforação* da personalidade jurídica tenderia a causar um sensível mal-estar na sua capacidade de atuação, gerando riscos ao próprio papel desempenhado pelas sociedades no arranjo econômico¹³.

Nesse particular, um primeiro ponto em que a possível *banalização* estaria presente seria caracterizado pelo próprio reconhecimento jurídico da citada *teoria menor*. É que, em uma análise macroscópica, esse tipo de hipótese destoaria das razões que historicamente levaram à formação do *disregard*: se a teoria se prestaria a evitar o uso *desviado* ou *abusivo* da personalidade jurídica, com essa lógica mais extensiva esse tipo de premissa seria *irrelevante* para a *ineficácia* da separação patrimonial¹⁴.

¹³ Com efeito, o próprio Rubens Requião, ao trazer o tema para a realidade brasileira, expôs de forma textual que, “quando propugnamos pela divulgação da doutrina da desconsideração da pessoa jurídica em nosso direito, o fazemos invocando aquelas mesmas cautelas e zelos de que a revestem os juízes norte-americanos, pois sua aplicação há de ser feita com extremos cuidados, e apenas em casos excepcionais, que visem a impedir a fraude ou o abuso direito em vias de consumação (...)há, pois, necessidade de se atentar com muita agudeza para a gravidade da decisão que pretender desconsiderar a personalidade jurídica. Que nos sirva de exemplo, oportuno de edificante, a cautela dos juízes norte-americanos na aplicação da “disregard doctrine”, tantas vezes ressaltada em seus julgados, de que tem ela aplicação nos casos efetivamente excepcionais”. REQUIÃO, Rubens. Ob. cit.

¹⁴ Realizando essa crítica, Márcia Carla Pereira Ribeiro e Marcelo Bertoldi destacam, quanto ao §5º do art.28 do Código de Defesa do Consumidor, que “mesmo fazendo ele referência à possibilidade de ser desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade empresária na hipótese em que tal personalidade venha a trazer qualquer espécie de entrave para o ressarcimento de prejuízos experimentados por consumidores, citado parágrafo deve ser interpretado em consonância com o enunciado

De fato, ao analisar o *design* tradicional da ideia de desconsideração, percebe-se que o seu cerne foi atuar em situações nas quais, por determinada conduta, a tutela juridicamente atribuída à entidade deixasse de ser considerada devida. Por mais que haja variações e indefinições quanto aos requisitos inerentes a esse ato, seria a partir dele que a superação da eficácia patrimonial estaria usualmente justificada¹⁵.

Contudo, ao apreciarmos o uso do instituto em diplomas como o Código de Defesa do Consumidor, percebemos que a sua estrutura é substancialmente diversa. É que ali a perda de eficácia decorre *menos* do comportamento adotado na condução da entidade e *mais* da tentativa de proteger alguma relação jurídica especial. Em outros termos, se em sua origem o instituto se desenvolveu em um flerte com a punição, aqui assumiria feição bastante distinta.

Foi procurando cercear essa leitura, aliás, que o Superior Tribunal de Justiça ratificou de forma clara que o pedido de desconsideração lastreado no art.50 do Código Civil pressuporia o preenchimento do *abuso* ali descrito – sendo a mera in-

da teoria a que se refere (teoria da desconsideração da personalidade jurídica) e também em sintonia com o próprio *caput* do art.28, em razão do que aquele dispositivo deve ser aplicado somente diante da conduta do fornecedor que venha a contrariar as normas protetoras dos direitos do consumidor”. BERTOLDI, Marcelo M. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 4 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2008. p.151-152.

¹⁵ Veja-se, contudo, que também em âmbito comparado há considerações quanto à porosidade assumida por esses requisitos (e o conseqüente risco ocasionado à segurança das relações jurídicas). É assim que Macey e Mitts destacam que, “apparently inconsistent with the “limited liability” nature of the corporate enterprise, the list of justifications for piercing the corporate veil is long, imprecise to the point of vagueness, and less than reassuring to investors and other participants in the corporate enterprise interested in knowing with certainty what the limitations are on the scope of shareholders’ personal liability for corporate acts. For example, veil piercing may be done where the corporation is the mere “alter ego” of its shareholders; where the corporation is undercapitalized; where there is a failure to observe corporate formalities; or where the corporate form is used to promote fraud, injustice, or illegalities”. MACEY, Jonathan. MITTS, Joshua. Ob. cit. p.100.

solvência da pessoa jurídica *insuficiente* para esse fim¹⁶. De todo modo, o problema se manteria para as demais hipóteses, colocando-se constantemente em cheque a adequação da dita “*teoria menor*”.

Além desse dado, também se tornou comum caracterizar o uso da desconsideração como *abusivo* por conta de outro aspecto: a fixação dos sujeitos que poderiam ser pessoalmente atingidos pela ineficácia da separação patrimonial. Afinal, a eventual perfuração alcançaria apenas os responsáveis pela prática do ato? Contrariamente, seria cabível que também se estendesse a sujeitos que sequer tomaram parte na gestão da entidade?

Identificando essa questão, tomemos novamente um exemplo. Para tanto, suponhamos que a sociedade limitada “J” possui como cotistas “P”, “B” e “G”, titulares de igual fração do capital social. Imaginemos, porém, que apenas “B” possui poderes de administração na entidade, praticando de maneira isolada todos os atos ínsitos à vida social. Por fim, conjecture-

¹⁶ “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ARTIGO 50, DO CC. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES OU DISSOLUÇÃO IRREGULARES DA SOCIEDADE. INSUFICIÊNCIA. DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. DOLO. NECESSIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ACOLHIMENTO. 1. A criação teórica da pessoa jurídica foi avanço que permitiu o desenvolvimento da atividade econômica, ensejando a limitação dos riscos do empreendedor ao patrimônio destacado para tal fim. Abusos no uso da personalidade jurídica justificaram, em lenta evolução jurisprudencial, posteriormente incorporada ao direito positivo brasileiro, a tipificação de hipóteses em que se autoriza o levantamento do véu da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios que dela dolosamente se prevaleceram para finalidades ilícitas. Tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade institucional ou a confusão patrimonial. 2. O encerramento das atividades ou dissolução, ainda que irregulares, da sociedade não são causas, por si só, para a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do Código Civil. 3. Embargos de divergência acolhidos” (STJ, Emb.de Div. No REsp n. 1.306.553 – SC, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Julg. em 10 de dezembro de 2014).

mos que determinada conduta negocial adotada por “B” é considerada fraudulenta, permitindo-se que a parte contrária *levante* a pessoa jurídica com vistas à satisfação da obrigação.

Nessa circunstância, um leque de questões tenderia a surgir: configurada a desconsideração, poderiam “P” e “G” sofrer os seus efeitos? Por ter agido isoladamente, seria apenas “B” quem deveria arcar com as consequências da ineficácia? Como contornar a situação?

As dúvidas se dão, essencialmente, pelo fato de nosso tratamento positivo não se debruçar sobre esse ponto. Por mais que a possibilidade de perfuração seja expressamente prevista, não se estabelece de maneira unívoca a extensão de seus efeitos - abrindo espaço amplo para a construção jurisprudencial e para a insegurança que precede o seu trabalho de uniformização.

É assim que, uma vez mais, verificamos uma tendência de ampliação gradual da extensão de responsabilidade para as hipóteses encartadas na aludida “*teoria menor*”. Trata-se de postura coerente com os propósitos intrínsecos a esse tipo de previsão, mas possivelmente incongruente com o próprio núcleo teórico que alicerçou a construção do instituto.

De outro lado, também no âmbito do Código Civil (*teoria maior*) esse tipo de indagação ainda recebe respostas cambaleantes, havendo um mar de incertezas na sua fixação. Veja-se, como exemplo, que em determinadas estruturas societárias o Superior Tribunal de Justiça já estabeleceu que o conhecimento e a aceitação da conduta, por parte dos sócios, devem ser presumidos - fazendo com que também eles se sujeitem à suspensão da autonomia patrimonial¹⁷. Em suma, há um hiato

¹⁷ “PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SOCIEDADE LIMITADA. SÓCIA MAJORITÁRIA QUE, DE ACORDO COM O CONTRATO SOCIAL, NÃO EXERCE PODERES DE GERÊNCIA OU ADMINISTRAÇÃO. RESPONSABILIDADE. 1. Possibilidade de a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade limitada atingir os bens de sócios que não exercem função de gerência ou

de insegurança, demandando olhares atentos do jurista.

3. A DESCONSIDERAÇÃO E O PROCESSO CIVIL – O CAMINHO AO IDPJ

3.1. A DESCONSIDERAÇÃO E O PROCESSO CIVIL

Viu-se até aqui que, ao longo das últimas décadas, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica passou a ocupar diferentes ambientes em nosso direito material. Se o raciocínio possuiu suas primeiras manifestações no âmbito doutrinário, é certo que o legislador também esteve atento às necessidades que estão em sua base, conferindo tutela normativa à técnica e tornando a sua recepção na realidade brasileira inequívoca.

Entretanto, em uma rápida análise, constata-se que o processo civil não caminhou na mesma passada. Ao contrário do que se deu em outros diplomas, o Código de 1973 não dedicou, em qualquer momento de sua vigência, tratamento específico à matéria. A partir disso, não faltaram indagações.

Afinal, seria possível que a desconsideração se desse incidentalmente, no curso de determinado processo? Haveria um limite temporal para esse requerimento? Contrariamente, seria necessário que o reconhecimento da perfuração fosse pleiteado por meio de ação autônoma? Como conformar a garantia de defesa a esse tipo de debate?

Colocando as questões em perspectiva, observa-se que o cerne do problema é a relação usualmente feita em nosso

administração. 2. Em virtude da adoção da Teoria Maior da Desconsideração, é necessário comprovar, para fins de desconsideração da personalidade jurídica, a prática de ato abusivo ou fraudulento por gerente ou administrador. 3. Não é possível, contudo, afastar a responsabilidade de sócia majoritária, mormente se for considerado que se trata de sociedade familiar, com apenas duas sócias. 4. Negado provimento ao recurso especial” (STJ, REsp n. 1.315.110 – SE, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julg. em 28 de maio de 2013).

processo civil entre legitimidade da decisão e possibilidade de debate. É que, se os aspectos sempre foram concebidos como umbilicalmente ligados, o instituto em pauta geraria um ponto de tensão a ser solvido: a admissão judicial da *perfuração* faria com que os efeitos da obrigação se estendessem à pessoa física, mas esse sujeito, até ali, seria *estranho* ao debate processual¹⁸; em outros termos, faria com que o processo atingisse frontalmente um *terceiro*, colocando em cheque a sua estrutura elementar.

Procurando elucidar o debate, dois pontos centrais atraíram a atenção dos nossos Tribunais e da nossa doutrina. De um lado, colocou-se em pauta se o *levantamento* da personalidade jurídica deveria ou não ser obrigatoriamente precedido pelo exercício de *contraditório* do sujeito a ser atingido. De outro, ponderou-se se a declaração poderia ocorrer no âmbito de *outro* processo em curso, ou se, diversamente, exigiria a formação de *espaço apartado* para sua cognição. Na resposta a ambos, visões mais *instrumentalistas* ou mais *garantistas* da atuação jurisdicional, em cisão doutrinária percebida por Gilberto Bruschi¹⁹.

¹⁸ Percebendo o desafio trazido por essa estrutura à garantia do contraditório, Fredie Didier Jr. assim pontua: “muito se discute a respeito do problema do cerceamento de defesa e da ofensa ao princípio do contraditório, nas hipóteses em que se busca dar efetividade à desconsideração da personalidade jurídica. O cerne da questão é o seguinte: é possível desconsiderar a existência da pessoa jurídica sem prévia atividade cognitiva do magistrado, de que participem os sócios ou outra sociedade empresária, em contraditório? A resposta é negativa: não se pode admitir aplicação de sanção sem contraditório”. DIDIER JR. Fredie. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica. In. DIDIER JR. Fredie. MAZZEI, Rodrigo (org.). *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: JusPodivm, 2005. p.155.

¹⁹ “Há duas correntes doutrinárias sobre a forma de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica: qual o momento oportuno e como deve o juiz aplicá-la. A primeira corrente defende a idéia de que há necessidade de processo autônomo, uma ação de conhecimento paralela à execução para que nela se possa formar um novo título executivo judicial que permita invadir a esfera patrimonial do sócio ou representante da pessoa jurídica devedora, fazendo com que ele ingresse no pólo passivo da execução. A segunda corrente, à qual nos filiamos, propugna que a

Ao apreciarmos o primeiro ponto, notamos que a questão central se resume à viabilidade ou não de se postergar o espaço de defesa conferido à pessoa física alcançada pela desconsideração; à possibilidade de que, nesse caso, a garantia de contraditório fosse *diferida*, privilegiando-se a efetividade da intervenção.

Igualmente, também ao analisarmos o segundo tópico percebemos um choque entre participação e eficiência, entre celeridade e segurança. Também aqui, os discursos fluiriam para diferentes caminhos, construindo-se ao menos dois lados opostos: em um, a defesa de que a desconsideração poderia ser requerida por mera petição, e acertada no âmbito da própria medida jurisdicional em trâmite; no outro, a exigência de que, devido ao seu gravame a um terceiro, fosse precedida de uma verdadeira demanda autônoma de cognição.

Nesse cenário, marcado pelo silêncio legislativo e pela necessidade concreta de operação do instituto, coube especialmente à jurisprudência delinear os seus principais traços. E o Superior Tribunal de Justiça tomou para si esse escopo, assumindo protagonismo em sua consecução.

De fato, ao se deparar com o instituto, incumbiu à Corte lhe conferir a devida concretização. Nesse particular, assumiu especial importância a posição adotada na análise do REsp nº 1.096.604 - DF, aqui merecedora de transcrição literal:

“A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori”²⁰

desconsideração ocorre, de forma incidental, na própria execução, mercê de simples comprovação da existência de fraude ou má utilização da pessoa jurídica. A partir daí, incidirá a constrição sobre os bens particulares das pessoas físicas ou de outras pessoas jurídicas que, direta ou indiretamente, se acham ligadas à sociedade executada”. BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p.83

²⁰ STJ, REsp n. 1.096.604/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Julg. em 16 de outu-

Dessa forma, adotou-se postura claramente inclinada à efetividade do mecanismo. Afinal, conforme o posicionamento *supra*, ratificado em outras ocasiões pelo órgão²¹: (i) seria possível que, ao reconhecer a ineficácia da separação patrimonial da pessoa jurídica, diferísse-se o contraditório assegurado ao sujeito alcançado; e (ii) além disso, dispensasse-se ação autônoma ou qualquer outra forma de cognição a ser realizada em apartado para a *perfuração*.

A partir disso, por mais que remanescessem lacunas a serem acertadas quanto ao tema (como, por exemplo, a legitimidade da pessoa jurídica para recorrer da decisão de desconconsideração²²), estariam formados os parâmetros mínimos para a sua atuação.

3.2. O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO E A ESTRU-

bro de 2012.

²¹ Ver, por todos, STJ, REsp n. 1.326.201 – RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julg. em 07 de maio de 2013.

²² Ressalta-se, nesse particular, que o Superior Tribunal de Justiça fixou posicionamento assim ementado: “RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. LEGITIMIDADE DA PESSOA JURÍDICA PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. ARTIGOS ANALISADOS: 50, CC/02; 6º E 499, CPC. 1. Cumprimento de sentença apresentado em 02/09/2009, do qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 22/11/2013. 2. Discute-se a legitimidade da pessoa jurídica para impugnar decisão judicial que desconsidera sua personalidade para alcançar o patrimônio de seus sócios ou administradores. 3. Segundo o art. 50 do CC/02, verificado “abuso da personalidade jurídica” poderá o juiz decidir que os efeitos de certas e determinadas relações obrigacionais sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. 4. O interesse na desconconsideração ou, como na espécie, na manutenção do véu protetor, podem partir da própria pessoa jurídica, desde que, à luz dos requisitos autorizadores da medida excepcional, esta seja capaz de demonstrar a pertinência de seu intuito, o qual deve sempre estar relacionado à afirmação de sua autonomia, vale dizer, à proteção de sua personalidade. 5. Assim, é possível, pelo menos em tese, que a pessoa jurídica se valha dos meios próprios de impugnação existentes para defender sua autonomia e regular administração, desde que o faça sem se imiscuir indevidamente na esfera de direitos dos sócios/administradores incluídos no polo passivo por força da desconconsideração. 6. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido”. (STJ, REsp n. 1.421.464 – SP, Rel. Min. Nancy Andrighi. Julg. em 24 de abril de 2014).

TURA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ocorre que, como já diagnosticado em nossa doutrina, o novo Código de Processo Civil inverteu a lógica desse jogo. Se o diploma anterior não dedicava tintas à *desconsideração*, o texto de 2015 instituiu um mecanismo voltado especificamente a regrar o instituto²³. Estaria aqui o chamado “*incidente de desconsideração de personalidade jurídica*”, trazido como modalidade típica de intervenção de terceiro.

Iniciando a abordagem da técnica, a comissão de reforma legislativa, primeiramente, destacou os critérios de legitimidade para suscitar o aludido *incidente*. Para tanto, estabeleceu de forma literal que ele deverá ser “*instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo*” (art.133). Assim, em uma leitura preliminar, torna-se questionável a possibilidade de *perfuração* de ofício, sendo possível encarar o seu requerimento como ônus da parte ou do *parquet*²⁴.

Logo na sequência, ditando os limites temporais da fer-

²³ “Em caso de abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir que os efeitos de certas e determinadas relações obrigacionais sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”, mas que, na vigência do novo Código de Processo Civil, “o terceiro só poderá ser alcançado pela eficácia da decisão judicial se regularmente desconsiderada a personalidade jurídica mediante incidente de desconsideração, que demanda contraditório específico e prova igualmente específica sobre a ocorrência dos pressupostos legais que a autorizam. A única hipótese em que o terceiro pode ser alcançada sem incidente específico é aquela em que a desconsideração já vem desde logo requerida com a petição inicial”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. v.2. São Paulo: Ed. RT, 2015. p.105-106.

²⁴ Investigando o problema, porém, Marinoni, Arenhart e Mitidiero destacam que a possibilidade de perfuração de ofício sob a égide do Código de Defesa do Consumidor estaria preservada. E isso porque, ali, teria ocorrido uma escolha legislativa nessa direção. Nas palavras dos autores, “o incidente de desconsideração da personalidade jurídica depende, em regra, de pedido da parte interessada ou do Ministério Público, quando esse participe do processo. Pode o legislador expressamente excepcionar a necessidade de requerimento para tanto – como o faz, por exemplo, o art. 28, do CDC”. Idem. *ibidem*.

ramenta, salientou-se que “*o incidente de descon sideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial*” (art.134). Contudo, no mesmo dispositivo se introduziu aquela que talvez seja a principal mudança para o uso da técnica em nossa realidade, destacando-se que o incidente seria dispensado “*se a descon sideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica*” (art.134, §2º). O texto diz pouco, mas sua interpretação reflexiva denota uma alteração profunda em nosso atual ambiente jurisprudencial.

De fato, se viu-se anteriormente que o Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo que a descon sideração da personalidade jurídica dispensaria a formação incidental de qualquer cognição apartada, o novo tratamento legislativo do mecanismo segue a rota diversa. Com efeito, de acordo com os seus exatos termos, *ou* bem a *ineficácia* seria requerida já em inicial (o que não parece ser a regra) *ou* a instauração do incidente se tornaria compulsória. A alteração é profunda, trazendo ao caldo um forte tempero garantista.

Em harmonia a essa postura ideológica, o novo Código fixa ainda que “*a instauração do incidente suspenderá o processo*” (art.134, §3º). Do mesmo modo, salienta que, “*instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias*”.

Com esse cenário, percebe-se que o regime trazido pelo diploma realoca as posições do pêndulo previamente descrito. É que, se foi destacado que o debate procedimental relacionado à *superação* da personalidade jurídica oscilaria entre uma lógica mais *eficiente* e outra mais *protetiva*, o Código de 2015 claramente deposita tintas mais vivas sobre essa última posição. Altera-se a figura, tutelando com maior ênfase a possibilidade de debate e de participação do terceiro atingido pela *perfura-*

ção²⁵.

Nesse ponto, é certo que o próprio diploma traz remédios voltados a suprir o desequilíbrio que poderia decorrer dessa opção. É assim que, em princípio, *nada* obsta que a instauração do incidente seja acompanhada de requerimento de tutela de urgência voltada a garantir a frutuosidade da obrigação²⁶. Da mesma forma, é com esse sentido que o Código fixa que, a partir da citação da parte atingida, qualquer ato de disposição patrimonial poderia induzir o reconhecimento de fraude à execução²⁷.

²⁵ Observando o tema, Talamini destaca que, em sua visão, o novo Código teria estabelecido uma leitura intermediária entre os dois pontos extremos afetos à temática. Em seus dizeres, “o mais delicado problema põe-se quando um processo está em curso e apenas então surgem indícios que justificam a desconsideração de personalidade jurídica. Haveria duas soluções extremas. De acordo com uma delas, o juiz determinaria diretamente a desconsideração, cabendo à pessoa por ela afetada promover uma ação para demonstrar que a desconsideração foi indevida. A outra solução seria a de se negar a desconsideração no curso do próprio processo, cumprindo à parte interessada em obtê-la ajuizar ação específica para tanto. Nenhuma dessas soluções é adequada: a primeira viola escancaradamente as garantias constitucionais do processo acima referidas; a segunda tende a inviabilizar o sucesso prático da desconsideração. A solução intermediária é a estabelecida no CPC/2015 (arts. 133 a 137): instaura-se um incidente específico, que suspende o resto do processo até ser decidido, no qual a pessoa que seria afetada pela desconsideração é citada, para poder defender-se. Julgada procedente a demanda de desconsideração objeto do incidente, a ação principal será retomada e poderá atingir a esfera jurídica da pessoa atingida pela desconsideração (como se fosse a própria esfera jurídica da parte originária). Se a demanda de desconsideração for rejeitada, a ação principal prosseguirá podendo apenas atingir e vincular diretamente a esfera jurídica das partes originárias”. TALAMINI, Eduardo. *Incidente de desconsideração de personalidade jurídica*. Disponível em

<https://www.academia.edu/22984548/Incidente_de_desconsidera%C3%A7%C3%A3o_de_personalidade_jur%C3%ADdica>. Acesso em 05 de abril de 2016.

²⁶ Nesse sentido, pontua Daniel Amorim Assumpção Neves ser “preciso registrar que a previsão legal que exige o contraditório tradicional não afasta peremptoriamente o contraditório diferido na desconsideração da personalidade jurídica, apenas tornando-o excepcional. Dessa forma, sendo preenchidos os requisitos típicos da tutela de urgência e do pedido de antecipação dos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica, entendo admissível a prolação de decisão antes da intimação dos sócios e da sociedade”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Método, 2015. p.145.

²⁷ “Com o julgamento de procedência da desconsideração, podem ser considerados

De todo modo, a estrutura certamente confere um maior fardo para quem requer a ineficácia, depositando sobre si o próprio custo temporal do conflito. A escolha legislativa é *legítima*, não se prestando o presente trabalho a arguir os seus méritos ou os seus deméritos. De toda sorte, se a ideia era valorizar o debate e o contraditório, realmente seria esse o caminho mais lógico a ser traçado.

3.3. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO E ABUSO: O PROBLEMA É PROCESSUAL?

Encerrando o trabalho, porém, considera-se que é precisamente quanto a esse aspecto *funcional* que o novo instituto deve ser mais bem problematizado. Isso porque, se o seu propósito foi aprimorar o contraditório, vê-se aí uma opção coerente. Contudo, se o mecanismo é defendido como remédio para combater o *abuso da desconsideração* (o que não tem sido de todo incomum), acredita-se que surge um ponto cego. Para atingir esse alvo, consideramos que ele representa uma *bala de festim*.

Para compreender esse quadro, recordemos que as principais críticas desferidas contra o uso contemporâneo da *perfurção* possuem como cerne o seu *excesso* – tanto no que toca às hipóteses caracterizadoras da ineficácia, quanto no que se refere aos sócios por ela atingidos. Atualmente, esses parecem ser os dois maiores problemas relacionados à técnica. E *ambos*

em fraude à execução (a depender da presença dos demais pressupostos) todos os atos de alienação ou oneração de bens praticados pelo sócio ou sociedade desde sua citação no incidente (...) o art. 792, § 3º, prevê que, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar. A regra visou a assegurar ao terceiro, que adquire o bem de um sujeito atingido pela desconsideração, que só poderia ser considerada em fraude à execução a aquisição feita depois de o sujeito atingido pela desconsideração já estar citado na demanda de desconsideração (principal ou incidental), pois, antes disso, o terceiro não teria como objetivamente conhecer a demanda”. TALAMINI, Eduardo. Ob. cit.

representam questões *típicas de direito material*, de tal modo que, para aprimorá-los, o incidente é absolutamente inidôneo.

Afinal, a lógica que permeia a “*teoria menor*” da desconsideração é compatível com o instituto? Albergando-se esse tipo de hipótese, não haveria um indesejado desestímulo à atividade empresarial? A ampliação é justificada?

As questões certamente poderiam suscitar diferentes debates. Entretanto, *nenhum* deles se relaciona diretamente com o direito processual, razão pela qual a mudança de postura trazida pelo novo Código de Processo Civil não atenua a incerteza: se alguns consideravam que em determinadas hipóteses o uso da *perfuração* era abusivo, esse tipo de circunstância *seguirá* existindo. Trata-se de aresta a ser acertada no direito material, atingindo as próprias hipóteses que autorizam a ineficácia.

Do mesmo modo, a instituição do incidente também é inidônea para suprir a insegurança existente quanto à extensão dos indivíduos que poderiam ser prejudicados pelo levantamento. Igualmente aqui, a nuvem de dúvida seguiria presente: sendo *materialmente* dúbio qual o *status* necessário para que o sujeito seja atingido pela perfuração, debatê-lo antes ou depois da declaração de ineficácia é pouco. A atuação excessiva seguiria presente, deslocando-se apenas o seu espaço temporal.

Enfim, unindo as pontas, o que se vê é que as principais nebulosidades inerentes à desconsideração se situam no âmbito material. E essa porosidade fica ainda mais clara em duas das esferas mais regularmente trazidas como exemplos do seu *abuso*: as demandas trabalhistas e fiscais. Afinal, em *ambas* não há consenso *sequer* quanto ao fato de o atingimento do sócio caracterizar caso de *perfuração*. E, concluindo-se não ser o caso, o incidente *sequer* seria aqui aplicável.

Analisando o imbróglio, percebe-se que o seu núcleo reside nas disposições trazidas pelo art.2º da Consolidação das Leis do Trabalho e pelos arts. 134 e 135 do Código Tributário

Nacional. O primeiro estabelece o que se costuma conceber como uma visão *despersonalizada* da empresa empregadora, permitindo com maior facilidade que também seus sócios respondam pela eventual obrigação²⁸. Os últimos regulam parâmetros de sucessão e de sujeição tributária, estendendo-a para determinados sujeitos na hipótese de constituição e de inadimplimento do crédito²⁹.

Como se sabe, ambas as vias têm sido utilizadas de modo recorrente para permitir a responsabilização de indivíduos pelas dívidas originalmente constituídas em nome da socieda-

²⁸ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

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

²⁹ “Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;

II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;

VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, à de caráter moratório.

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”.

de. É assim que, ao expor a valia do incidente, costuma-se indicar que as duas esferas representam campo fértil para sua aplicação.

Ocorre que, analisando o debate doutrinário ínsito a cada uma, percebe-se inexistir qualquer tipo de consenso quanto ao fato de tais hipóteses serem caso de *desconsideração*. Com efeito, tanto no campo tributário³⁰ quanto na esfera trabalhista³¹ há quem sustente o contrário, afirmando que a responsabilização se operaria sob outro viés. Como consequência, a incerteza já atinge essa justaposição preliminar, em um espaço no qual o processo pouco pode fazer.

Finalizando, considera-se que essa limitação funcional do incidente pode ser bem percebida por um último recurso à via exemplificativa. Para tanto, tomemos uma vez mais como paradigma a situação acima apresentada envolvendo a sociedade “J”, cujo capital social é titularizado em iguais frações por “P”, “B” e “G”, mas cuja administração compete exclusiva e isoladamente a “B”.

Nesse caso, seria crível que alguém considerasse *abusivo* qualquer ato de *perfuração* que atingisse “P” ou “G”. Da mesma forma, haveria quem atacasse toda forma de *desconsideração* que não estivesse lastreada em um uso *desvirtuado* da

³⁰ Veja-se, aqui, a aceção de Alfredo de Assis Gonçalves Neto, que mesmo sem se referir especificamente às hipóteses previstas no CTN cria espaço para o debate ao dispor que o instituto da desconsideração “não abrange casos em relação aos quais a própria lei abre exceções à autonomia da pessoa jurídica, pela óbvia razão de que as exceções integram o regime jurídico a que ela está subordinada (...) isso significa dizer que um dispositivo legal que estabeleça, v. g., a solidariedade do sócio por ato praticado pela sociedade, integra-se ao conjunto de disposições que a regulam. Não se pode falar, aí, em desconsideração da personalidade da sociedade”. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de Direito Societário*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Juarez Oliveira, 2004. p.36.

³¹ Comentando o art.2º, §2º, da CLT, por exemplo, Alexandre Couto Silva reitera que “esse dispositivo não consagra, portanto, a teoria da desconsideração, mas apenas trata da responsabilização civil das sociedades coligadas juntamente com a principal, as quais são responsabilizadas solidariamente”. SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1999. p. 114.

personalidade jurídica.

Ocorre que essas hipóteses, atualmente combatidas na esfera acadêmica, não deixariam o palco pela instauração do incidente. Em verdade, a possibilidade de que “P” e “G” esclarecessem em juízo que não exerciam a administração da entidade não ilidiria o fato de essa vinculação ser materialmente tormentosa. Da mesma forma, ainda que se demonstrasse que inexistiu conduta fraudulenta, seria crível que em dadas circunstâncias (notadamente afetas à “teoria menor”) esse aspecto fosse considerado irrelevante. Se o que se vislumbra com o incidente é combater esse tipo de “*excesso*”, o remédio é insuficiente para a patologia a ser atacada.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sintetizando o atual estudo, viu-se que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica se desenvolveu como uma exigência concreta - impactando nossa doutrina e refletindo em nosso ordenamento positivo. Foi a partir disso que, em diferentes momentos, nosso direito material conferiu estrutura legislativa ao tema. Entretanto, até a edição do Código de Processo Civil de 2015, o movimento não havia sido acompanhado pelo direito processual, deixando espaço para a construção jurisprudencial ao seu respeito.

Com a aprovação do novo diploma, porém, alterou-se essa figura, prevendo-se um mecanismo procedimental específico para a questão. Nesse trabalho, realizou-se ainda uma clara escolha, privilegiando o garantismo e a possibilidade de participação. Como ocorreria com qualquer outro encaminhamento, também essa opção traz ganhos e sacrifícios.

Contudo, o que não nos parece idôneo é sustentar que, por meio dela, pode-se combater de modo efetivo o eventual abuso de *desconsideração*. É que suas causas elementares se situam no campo do direito material. Como consequência, o

incidente pode apenas postergar sua concretização, mas não obstá-lo. Esperar que a ferramenta alcance esse fim é depositar nela uma expectativa infactível, exigindo maior reflexão.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERTOLDI, Marcelo M. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 4 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v.2. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CORDEIRO, António Menezes. *O levantamento da personalidade colectiva*. Coimbra: Almedina, 2000.
- CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- DIDIER JR. Fredie. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica. In. DIDIER JR. Fredie. MAZZEI, Rodrigo (org.). *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: JusPodivm, 2005.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de Direito Societário*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Juarez Oliveira, 2004.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. In. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. v.46. Curitiba:

- UFPR, 2007.
- LIPTON, Phillip. The Mythology of Salomon's Case and The Law Dealing With The Tort Liabilities of Corporate Groups: an Historical Perspective. In. *Monash University Law Review*. n.40. Victoria: Monash University, 2013.
- MACEY, Jonathan. MITTS, Joshua. Finding Order In The Morass: The Three Real Justifications For Piercing The Corporate Veil. In. *Cornell Law Review*. v.100. Ithaca: Cornell Law School, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. v.2. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- PRADO, Viviane Muller. DECCACHE, Antonio. Arbitragem e desconsideração da pessoa jurídica. In: CONPED. (Org.). *Direito Empresarial*. XXI Congresso Nacional do CONPED/UFF. Florianópolis: FUNJAB, 2012.
- REQUIÃO, Rubens. Abuso De Direito E Fraude Através Da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine). In. *Revista dos Tribunais*. v.803. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- SERICK, Rolf. *Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Trad. Jose Puig Brutal. Barcelona: Ariel, 1958.
- SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1999.
- SZTAJN, Rachel. Terá a personificação das sociedades função econômica? In. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v.100. São Paulo: USP, 2005.
- TALAMINI, Eduardo. *Incidente de desconsideração de personalidade jurídica*. Disponível em <https://www.academia.edu/22984548/Incidente_de_desconside-

ra% C3%A7% C3%A3o_de_personalidade_jur% C3%A
Ddica>. Acesso em 05 de abril de 2016.