

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: HISTÓRICO, NATUREZA E ASPECTOS PROCESSUAIS

Arthur Maximus Monteiro*

1. Desconsideração da personalidade jurídica. 1.1 Considerações preliminares e justificação temática. 1.2 Personalidade jurídica e limitação de responsabilidade. 1.3 O caso *Salomon X Salomon Co.* 1.4 Definição e natureza jurídica. 1.5 Histórico da desconsideração no Brasil. 1.6 Desconsideração no Novo Código Civil. 2. Aspectos processuais da desconsideração. 2.1 Efetividade x Devido Processo Legal. 2.2 Momento Processual para a Desconsideração. 2.3 O incidente de desconsideração no novo CPC: solução definitiva ou novos problemas? 3. Conclusão. Referências.

RESUMO

A desconsideração da personalidade jurídica é tema controverso na comunidade jurídica, desde sua concepção, na Inglaterra da common law. Trazida para o Brasil, sua aplicação a casos práticos tem despertado severas discussões acerca de como ela deve ser implementada em violar os direitos do devedor. Ausente no Código de Processo Civil de 1973, a desconsideração agora é tratada em capítulo específico na nova legislação processual. Não se sabe, contudo, se o novo incidente de desconsideração trará maiores soluções ou problemas.

Palavras-chave: Direito Civil. Processo Civil. Desconsideração da Personalidade Jurídica.

1 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

1.1 Considerações preliminares e justificação temática

Aaron Salomon, pacato cidadão do interior da Inglaterra, era um eminente sapateiro. Como quisesse desenvolver seu ofício, achou por bem criar uma sociedade. Deu-lhe o nome de Salomon Company.

O capital da Salomon Company foi integralizado da seguinte forma: 20.000 quotas foram entregues a Salomon, que as integralizou com a entrega de seu fundo de comércio, e 5 cotas foram repartidas entre sua mulher e seus quatro filhos.

Mas isso não era tudo. A Salomon Company, ao receber o fundo de comércio de Mr. Salomon, ainda ficou a lhe dever muitas libras, sobre as quais,

* Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas e mestre em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Processual Civil pela UECE/FESAC. E-mail: arthur.maximus@hotmail.com

graciosamente, recaía garantia real. Salomon, portanto, tornou-se credor com garantia real da própria sociedade que criara.

Por algum tempo, a Salomon Co. prosperou, no entanto, os tempos difíceis chegaram, levando a sociedade à bancarrota. Decretada sua falência, apurou-se que, dentre os credores da companhia, todos eram quirografários, exceto um: Salomon, o sócio, o criador da companhia, cuja garantia real permanecia intacta desde a constituição da sociedade.

No interesse dos demais credores, o síndico explanou a situação ao juiz da falência. Atento à patente confusão patrimonial entre Salomon Co. e Salomon, o magistrado resolveu “desconsiderar a personalidade jurídica” da sociedade e permitir que os demais credores executassem Salomon, pessoa física, pelas dívidas da sociedade.

E assim nasceu a “Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica”.

Em nosso país, não se trata propriamente de um tema novo. Rubens Requião, eminente comercialista nacional, trouxe ao Brasil os novos ventos que já atravessavam a Europa há aproximadamente meio século. Os pretórios nacionais passaram a aplicar essa teoria com fervor, e, com tempo, também a doutrina abraçou a causa.

Restava, contudo, a positivação da matéria.

O Código de Defesa do Consumidor inovou em nosso ordenamento, trazendo, pela primeira vez, uma previsão legal expressa de desconsideração da personalidade jurídica (art. 28). Trata-se, todavia, de um texto confuso, que, interpretado literalmente, permite a conclusão de que, em relações de consumo, simplesmente não existe separação entre o patrimônio de sócios e o da pessoa jurídica.

Tardaram 13 anos, e o Novo Código Civil consolidou definitivamente a questão, em seu artigo 50.

Todavia, nem o Código do Consumidor nem o Novo Código Civil cuidaram da disciplinar a questão processual desse instituto. De que forma deve ser desconsiderada a personalidade jurídica? Qual o momento processual oportuno para aplicação do instituto?

Nada há na lei, e a doutrina pouco atentou para a questão.

O tema é atualíssimo. Vivendo uma reforma processual dirigida sob o signo da “Efetividade”, a comunidade jurídica vê a desconsideração da personalidade jurídica com igual júbilo e receio. De um lado, os que a veem como poderoso instrumento para garantir ao jurisdicionado a satisfação de seu direito; do outro, os que se entrincheiram nas barricadas de antigos dogmas jurídicos, apreensivos com os riscos do desvio desse imenso poder posto à disposição do juiz.

É verdade que a aplicação da *disregard doctrine* em casos práticos permitiu coibir os abusos que eram praticados sob o manto da pessoa jurídica, atingindo

o patrimônio dos sócios que abusavam do direito de personalidade. Todavia, a questão é saber como compatibilizar contraditório e ampla defesa com a efetividade do processo. Mais que isso. A questão não é o *que* fazer, mas *como* fazer.

Essas questões forem objeto de estudo pelo autor em três oportunidades: nos encontros Universitários da Universidade Federal do Ceará, em 2002; e na elaboração de trabalho monográfico como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito pela mesma UFC, sob a orientação do Prof. Dr. João Luis Nogueira Matias. Neste último, que tratava especificamente sobre a nova Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada, o estudo da desconsideração da personalidade jurídica deveria constituir apêndice da monografia. Contudo, a escassez de tempo e a amplitude e riqueza do tema foram decisivos para abandonar essa idéia. Posteriormente, aquilo que nascera como apêndice tornou-se objeto principal de estudo da monografia de pós-graduação em Direito Processual Civil oferecida pela Universidade Estadual do Ceará – UECE em convênio com a Fundação Escola Superior de Advocacia do Ceará – FESAC, sob orientação do Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana.

Já nesta última oportunidade, defendíamos que a legislação processual então vigente tornava impossível a concretização da desconsideração da personalidade jurídica sem colocar em xeque a sistemática idealizada por Alfredo Buzaid (Conhecimento – Cautelar – Execução) e também os direitos do devedor ao contraditório e à ampla defesa. Era necessária uma alteração legislativa que introduzisse um incidente processual destinado a contemplar, processualmente, a desconsideração da personalidade jurídica.

Atento a essa problemática, o legislador pátrio fez introduzir no anteprojeto do novo Código de Processo Civil um incidente processual específico para tratar da matéria. Sem embargo de constituir verdadeira inovação na nossa sistemática processual, o incidente – tal qual estruturado no anteprojeto do novo CPC – deixa ainda em aberto algumas questões fundamentais. Faz-se, necessário, portanto, examiná-lo acuradamente e tentar identificar onde o legislador avançou e onde poderia ter avançado mais.

1.2 Personalidade jurídica e limitação de responsabilidade

Em princípio, é verdade que a personificação é fenômeno que dota uma coletividade (ou uma vontade individual, no caso das fundações ou das sociedades unipessoais) de personalidade. A pessoa jurídica, uma vez constituída, adquire personalidade própria, agindo na qualidade de sujeito de direitos, sendo autônoma em relação aos seus sócios e dotada de subjetivismo semelhante ao das pessoas físicas.

Os pilares fundamentais da Teoria da Pessoa Jurídica foram-nos legados pelos romanos. No entanto, a personificação, de *per si*, não trazia muitos benefícios: os sócios permaneciam responsáveis pelas dívidas da sociedade, ainda que subsidiariamente. Era necessário “purificar” o instituto, ou seja, fazer que

efetivamente as dívidas da sociedade fossem exclusivamente da sociedade, e não pudessem ser repassadas aos seus sócios, mesmo em caso de quebras.

Foi nesse contexto que os bretões criaram as chamadas *private companies*, por volta de meado do século XIX. Por sua sistemática, uma vez integralizado o capital da companhia, não subsistiria aos seus sócios qualquer forma de responsabilidade pelas dívidas da pessoa jurídica, nem mesmo subsidiária. Posteriormente, essa inovação foi positivada na Alemanha sob a alcunha de *Gesellschaft mit bechränkter Haftung*¹.

Desde então, personalidade jurídica e limitação de responsabilidade caminharam juntas. Evidentemente, a prodigalidade da mente humana para subterfúgios cuidou de deturpar esse instituto. Não raro, pessoas jurídicas eram soerguidas somente para encobrir a responsabilidade de um comerciante individual, com o firme propósito de lesar o direito de crédito de terceiros de boa-fé.

Criou-se, portanto, um ponto de inflexão no sistema: a sociedade em geral não aceitava mais a realidade tal qual posta pela ordem jurídica. De que serve o ordenamento se se nega ao detentor de um crédito a satisfação de seu direito simplesmente por que o devedor constituiu regularmente uma sociedade?

E foi na nesse contexto, na Inglaterra revirada pela revolução industrial, que surgiu a chamada *disregard doctrine*.

1.3 O caso Salomon X Salomon Co.

Como seria de se esperar, somente em um país no qual vigorasse o sistema do *common law* seria possível avançar além das fronteiras da pessoa jurídica. Sabe-se que, nessa espécie de sistema jurídica, os juízes não exercem unicamente função jurisdicional, mas também uma função *normativa*, “legislando” a partir de casos concretos, os quais servirão de parâmetro para o julgamento de conflitos de interesses semelhantes.

No célebre caso *Salomon x Salomon Co.*, verdadeiro *leading case* da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, Aaron Salomon, sapateiro, constituiu uma *private company* cujo objeto coincidia com seu ofício. O capital dessa sociedade foi integralizado com o fundo de comércio de Aaron Salomon, que detinha 20.000 quotas da sociedade, e sua mulher e seus quatro filhos detinham, cada um, uma única quota.

Na sua constituição, a Salomon Co. contraiu perante Aaron Salomon uma “dívida”, sobre a qual recaía a garantia real de todo o patrimônio da sociedade. Ao quebrar, o síndico falimentar notou que todos os credores da Salomon Co. eram quirografários, exceto um: Aaron Salomon, gerente da sociedade, seu mentor, seu criador.

Sob a análise fria da lei, pouco se podia fazer: na *par conditio creditorum*, a ordem legal de preferências determina que o crédito com garantia real prefere ao

quirografário. Portanto, Aaron Salomon, que criou, tocou e, ao final, quebrou a Salomon Co., seria o único credor a receber algum dinheiro da sociedade que falira.

Tanto o síndico como o juiz da falência viram-se diante de um dilema: aplicar a letra fria da lei e garantir ao comerciante de má-fé o sucesso em seu ardil; ou, indo além da letra da lei, impedir a consumação de uma injustiça, determinando que o patrimônio de Aaron Salomon respondesse pelas dívidas da sociedade².

Sem pestanejar, o liquidante da Salomon Co. propôs demanda em face de Aaron Salomon, para que este respondesse pelas dívidas da sociedade. O fundamento dessa demanda, evidentemente, era a confusão patrimonial havida entre criador e criatura, pessoa física e pessoa jurídica.

Proposta a ação, seu pedido foi julgado procedente em primeira instância – *High Court* – e em segunda, pela *Court of Appeal*. Estava, então, estabelecido o precedente jurisprudencial da desconsideração. Entretanto, Salomon recorreu à *Earls Court* (Câmara dos Lordes, instância judiciária máxima da Grã-Bretanha). Em 1897, Salomon conseguiu reverter as decisões anteriores e livrar-se da execução das dívidas societárias. Ao final, prevaleceu o dogma de que *universitas distat a singulis*.

Certamente foi um mal essa reforma. Como bem aponta FREITAS³, a reversão do julgamento de primeiro grau no caso Salomon x Salomon Co. repercutiu de forma bastante negativa na utilização da *disregard doctrine*. Tínhamos, verdadeiramente, um precedente às avessas, pois a decisão que ao final prevalecera fora a de total respeito à separação patrimonial entre sócio e pessoa jurídica.

Doutrinariamente, as bases científicas para o estabelecimento da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica foram definidas pelo Prof. ROLF SERICK, da Universidade de Heilberg, Alemanha. Em seu trabalho *Rechtsform und realität juristischer personen: Ein rechtsvergleichender bertray zur frage das durchgriffs aus die personen oder gegestande hinter der juristischen personen*⁴, ROLF SERICK defendeu que, em certos casos, a estrutura jurídica da pessoa jurídica colocava-se como empecilho à efetivação de um direito subjetivo, sendo necessário ir além da forma pura e simples e alcançar o patrimônio de seus membros, que dela se valeram para alcançar fins escusos. O estudo de ROLF SERICK ganha relevo ainda maior quando se considera ter sido ele o primeiro a defender tal teoria em um país que adotasse o sistema do *civil law*.

Uma vez estabelecidos os fundamentos teóricos da desconsideração, era apenas questão de tempo para que essa teoria se espalhasse mundo afora.

1.4 Definição e natureza jurídica

Explicado o surgimento da desconsideração, necessário faz-se estabelecer sua natureza jurídica, para que melhor possamos entender o instituto.

Atentando ao objeto de nosso estudo, procuraremos diferenciar a desconsideração de alguns institutos semelhantes, como a fraude contra credores e a fraude à execução, hipóteses a tangenciar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Na fraude contra credores, há um ato de disposição patrimonial cujo objetivo é reduzir a solvência do devedor de modo a prejudicar os credores⁵. Pretende-se, com isso, reduzir as garantias que os credores teriam para execução forçada de dívidas não pagas, garantias estas que são representadas pelo patrimônio do devedor⁶. Os casos mais comuns dessa prática equivalem a atos de transmissão gratuita de bens ou de remissão de dívidas e o pagamento antecipado de dívidas vincendas.

A fraude contra credores, portanto, constitui um expediente pelo qual o devedor dilapida seu próprio patrimônio a fim de salvaguardá-lo de futuras ações judiciais. Por meio de ação própria, denominada ação *pauliana* ou *revocatória*, é possível invalidar o ato praticado em prejuízo do credor, fazendo que o bem alienado volte a integrar o patrimônio do devedor.

Um exemplo formulado por Rubens Requião elucida bem a questão: imagine-se o caso de uma doação de bens feita pelos pais a uma determinada sociedade, do qual são sócios o pai e alguns de seus filhos, excluindo deliberadamente parte de sua prole. Fá-lo o pai na evidente intenção de fraudar a legítima, pois está a transferir bens de sua propriedade para uma pessoa jurídica, de modo a que não fique caracterizado o adiantamento de herança⁷.

Nesse caso, constata-se que os prejudicados não possuem situação jurídica de credores, embora tenham sido lesados por meio de fraude com o uso do expediente da autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

Essa hipótese afasta por completo aplicação da doutrina da desconsideração.

Na mesma linha da fraude contra credores, costuma-se confundir desconsideração da personalidade jurídica fraude à execução. Não há razão, contudo, para confundir um e outro instituto.

O grande traço distintivo da fraude à execução em relação à fraude contra credores é que aquela “tem por pressuposto que, ao tempo da alienação, ou da oneração, se tenha iniciado o processo condenatório ou executório contra o devedor”⁸. Assim, enquanto na fraude contra credores os atos dilapidatórios do patrimônio *precedem* uma ação judicial movida contra o devedor, na fraude à execução tais atos têm lugar *com uma ação já em curso*. Por isso mesmo, tem-se como presumida a intenção de fraude do devedor, e, desse modo, dispensa-se o credor da prova de tal intenção⁹.

Outro traço distintivo entre fraude contra credores e fraude à execução diz respeito aos *efeitos* que uma e outra operam em relação aos atos de disposição patrimonial praticados pelo devedor. Enquanto na primeira busca-se a *invalidade* (campo da validade) do ato de alienação, invalidade esta a depender de sentença

judicial nesse sentido, na fraude à execução, o ato de alienação é simplesmente *ineficaz* (campo da eficácia), razão pela qual resolve-se no mesmo processo por decisão interlocutória.

Explicitadas as diferenças entre fraude contra credores e fraude à execução, fica evidente que a desconsideração da personalidade jurídica não se confunde com os referidos institutos. A sistemática de invalidação do ato praticado em fraude contra credores obriga que a atividade fraudulenta seja posterior à constituição do débito, mas anterior à propositura da ação. A fraude à execução, por sua vez, limita-se aos casos em que a dilapidação do patrimônio dá-se depois de proposta a demanda, mas é inócua para atingir atos anteriores. Por seu turno, a teoria da desconsideração prescinde de quaisquer desses requisitos. Basta que o juiz, penetrando na pessoa jurídica, descubra que existem atos que, embora aparentemente legais, servem unicamente em benefício do controlador da sociedade, em prejuízo de seus credores. Nesse caso, afastam-se as regras de personalidade, e o controlador passará a responder pelas obrigações societárias.

Em oportunidades anteriores, sustentamos que a desconsideração seria uma *declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum*. Do confronto entre a autonomia patrimonial – com fundamento na individualização das penas (art. 5º, inc. XLV, da CF/88) – e o direito do credor – com fundamento na efetividade do processo (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição) –, prevaleceria a efetividade do processo. Nessa linha, o juiz declararia incidentalmente a inconstitucionalidade das normas de personificação, afastando-as para determinar que o administrador escuso respondesse pelas dívidas da sociedade.

Todavia, como tudo no mundo jurídico, os conceitos variam no tempo e no espaço. A positivação da desconsideração no CDC e no Novo Código Civil enterram, no nosso sentir, a possibilidade de afirmarmos, com absoluta precisão, que a desconsideração é uma espécie de declaração de inconstitucionalidade incidental. O regramento em lei federal espanta essa possibilidade, fulminando, inclusive, a discussão de tal decisão em sede de recurso extraordinário – o que seria razoável, dada a análise de preceito jurídico à luz da Lei Maior.

Dessa forma, rendemo-nos à lição de JUSTEN FILHO, para quem a natureza jurídica da desconsideração é a de uma “declaração incidental e episódica de ineficácia das normas de personificação”¹⁰.

Mas o que se entende por “ineficácia”?

Sabemos que o mundo jurídico distingue os atos em três planos: *existência*, *validade* e *eficácia*. Essas três dimensões relacionam-se, mas não se confundem.

Em suma, podemos dizer que a existência deriva da materialização de um ato e da incidência de uma norma jurídica sobre ele. A validade situa-se em um plano seguinte. Deriva da compatibilidade entre esse ato (existente) e uma previsão normativa abstrata consagrada pelo ordenamento. Por último, a eficácia consiste na aptidão que o ato tem para produzir os efeitos que dele se espera¹¹.

Não há, sobremaneira, correlação intrínseca entre validade e eficácia. Em regra, esta depende daquela, e aquela traz esta consigo. Contudo, não é raro encontrar casos em que a eficácia se encontra completamente dissociada da validade. Tome-se, como exemplo, uma criança de 5 anos que compra uma revista na banca de jornal. O ato existe; a compra e venda se efetua, e sobre ela incidem as normas gerais desse tipo de contrato previstas no ordenamento. O ato é inválido, visto ser praticado por agente absolutamente incapaz. Entretanto, a compra e venda é totalmente eficaz: o dono da banca recebe o preço, e a criança leva a mercadoria, ou seja, toda a cadeia de efeitos esperada de um contrato de compra e venda é perfectibilizada, mesmo inquinada de nulidade absoluta.

Diante disso, não é esforço hercúleo concluirmos que a desconsideração não se situa no plano de validade dos atos que constituíram a sociedade. Estes foram e são perfeitos. A desconsideração não os atinge; apenas *restringe a eficácia* das normas de personificação, afastando-as em um determinado caso, sobre uma determinada obrigação. É, em resumo, uma declaração de ineficácia *stricto sensu*¹².

Concluimos, assim como concluíra JUSTEN FILHO, que a natureza jurídica da desconsideração da personalidade jurídica é o afastamento, em casos concretos, dos efeitos da limitação da responsabilidade reconhecida a uma pessoa jurídica, de maneira a evitar-se resultado ilícito dessa limitação¹³.

1.5 Histórico da desconsideração no Brasil

Como dissemos anteriormente, uma vez lançadas suas bases científicas, a *disregard doctrine* correu o mundo. Primeiramente, nos países de *common law*. Depois, nos de *civil law*. Com algum atraso, esses novos ventos chegaram ao nosso país, e responsável por isso foi o Prof. Rubens Requião.

Em palestra realizada na Universidade Federal do Paraná, nos idos de 1950, REQUIÃO sintetizou os precedentes jurisprudenciais estrangeiros e a doutrina alienígena para defender a necessidade de adoção dessa Teoria no Brasil. Desde então, o tema passou a ser objeto de estudo por diversos doutrinadores¹⁴.

No entanto, restava a positivação da matéria. E ela veio com o Código de Defesa do Consumidor.

Apesar da resistência de alguns doutrinadores¹⁵ e juízes¹⁶ no país, a defender que o Código Tributário Nacional fora o precursor da *disregard doctrine* no país, foi no Código de Defesa do Consumidor que se positivou, pela primeira vez, a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica em nosso ordenamento.

Em verdade, normas contidas no Código Tributário Nacional não estabelecem nem tem qualquer relação com desconsideração da personalidade jurídica. Com efeito, as normas dispostas no CTN estabelecem responsabilidade solidária dos administradores; não cuidam, sobremaneira, de desconsideração da personalidade jurídica. Essa imputação de responsabilidade, embora extraordinária tal qual a desconsideração, decorre necessariamente de violação à lei ou

ao contrato social. Mais que isso. Sendo norma instituidora de solidariedade, a pessoa jurídica permanece incólume. O único efeito dessa imputação reside da possibilidade de o fisco buscar seu crédito diretamente ao sócio ou à pessoa jurídica, à sua escolha¹⁷.

A prevalecer a idéia de que as normas instituidoras de responsabilidade tributária do CTN seriam sinônimo de desconsideração da personalidade jurídica, forçoso seria reconhecer que assim também o seriam as normas da Lei de Sociedades Anônimas¹⁸. Da mesma forma, também o seria a já revogada norma que cuidava do abuso do sócio-gerente da Limitada.¹⁹

Em verdade, conforme já salientamos alhures, a desconsideração prespõe uma fraude – digamos – *intra legem*, e não *contra legem*. O usurpador da função da pessoa jurídica vale-se precisamente das normas que a regulam para escapar a qualquer responsabilidade. Nela, não existem atos *contra a lei* ou *contra o estatuto social*, mas antes a lei lhe serve de escudo. Todos os atos praticados por si e pela sociedade são aparentemente legais. É em sua essência subjetiva que reside a ilegalidade. E é precisamente para ultrapassar os limites da lei que a desconsideração se mostra útil. Não há porque confundir, portanto, os dois institutos.

1.6 A Desconsideração no Novo Código Civil.

Como se sabe, o projeto do atual Código Civil foi elaborado por Miguel Reale, e tramitou no Congresso Nacional por bastantes anos até sua aprovação e sanção.

A despeito das críticas gerais que fizemos ao novo *Codex* em trabalho anterior²⁰, a desconsideração mereceu dele especial esmero e apuro técnico. Ela vem tratada no artigo 50 do Novo Código Civil²¹.

Desde logo, é possível perceber a superioridade técnica dessa redação à do Código de Defesa do Consumidor. Ressurgem os preceitos técnicos da confusão patrimonial e do abuso de direito. E mais. A desconsideração permite apenas que “os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações” atinjam o patrimônio dos administradores ou dos sócios. Resguarda-se, portanto, o instituto da pessoa jurídica, caracterizando a desconsideração como medida excepcional.

Tanto apuro técnico não foi fruto do acaso. A redação inicialmente afirmava que “a pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins que determinaram a sua constituição para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos”. No entanto, segundo essa proposta, nesses casos, caberia “ao juiz, a requerimento do lesado, ou do Ministério Público, decretar-lhe a dissolução”²².

Essa proposta de normatização da teoria da desconsideração, como não poderia deixar de ser, foi alvo de várias e severas críticas por parte de nossos doutrinadores. A principal crítica que se lhe fazia dizia respeito à necessidade de dissolução da sociedade para efetuar-se a desconsideração, ignorando que

esta nada mais é senão uma ineficácia temporária e episódica das normas de limitação da responsabilidade.

Inconformado com o rumo que estava sendo seguido por um tema que lhe era tão caro, Rubens Requião apresentou outra proposta de redação. Segundo essa proposta, “a pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins que determinaram a sua constituição, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos ou abusivos de sócio”. Pela proposta de Rubens Requião, a desconsideração só se efetivaria “a pedido do credor do sócio”²³.

Essa proposta de solução trazia consigo um problema: limitava a desconsideração aos casos de credores particulares dos sócios. Outras hipóteses igualmente relevantes, como o da própria sociedade contra o sócio, não seriam contempladas.

Coube ao senador Josaphat Marinho apresentar a redação ao artigo 50 do Projeto tal como hoje o conhecemos. O texto apresentado pelo falecido senador baiano restabeleceu os preceitos fundamentais da *disregard doctrine*. Primeiramente, a redação atual deixa evidente que a desconsideração é medida excepcional, a ser utilizada segundo o prudente juízo do magistrado. Além disso, situa-se a desconsideração – corretamente – no plano da eficácia, seguindo o entendimento da melhor doutrina sobre a questão. Por fim, possibilita-se a atribuição de responsabilidade não só aos sócios, como também aos administradores, conforme for o caso.

Com a positivação da matéria no Código Civil, naturalmente de abrangência ampla, a Teoria da Desconsideração pode ser utilizada nos mais diversos ramos do Direito. Embora o juiz pudesse anteriormente valer-se das normas constitucionais²⁴, ou, ainda, de uma questionável analogia com a disposição legislativa do CDC, o novo *Codex* consagrou definitivamente a *disregard doctrine* em nosso ordenamento.

A questão, contudo, não é *o que* fazer, mas *como* fazer. A essa pergunta muitos continuam a buscar uma resposta. Quais são as hipóteses de solução? É algo a ser tratado no próximo capítulo.

2 ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO

2.1 Efetividade x Devido Processo Legal

Estabelecidas as premissas lógicas de nosso trabalho, podemos passar ao estudo dos aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica.

Pelo visto no capítulo anterior, não é difícil concluir que a desconsideração é filha da efetividade do processo. Trata-se de instrumento posto à disposição do Poder Judiciário para, nos casos em que assim o reclamam, remover a personalidade quando esta constitua óbice à efetivação do direito do credor.

A questão que se coloca hoje é saber como os princípios e as garantias constitucionais do processo civil podem garantir uma efetiva tutela jurisdicio-

nal aos cidadãos, ou seja, não é o bastante apenas justificar esses princípios e garantias no campo doutrinário. O importante hoje é a realização dos direitos fundamentais e não o seu mero reconhecimento legislativo (positivo).

MOREIRA sintetiza a problemática da efetividade no fato de que “em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento”²⁵.

Afinal, de que adiantaria ao credor possuir um título executivo – judicial ou extrajudicial – e não poder satisfazê-lo em virtude da autonomia existente entre pessoa jurídica e seus administradores ou sócios?

A desconsideração é a resposta para essa pergunta. Afastam-se as normas instituidoras da personificação para alcançar o patrimônio individual dos sócios e, assim, satisfazer o direito do jurisdicionado²⁶.

Que a positivação da desconsideração da personalidade jurídica está umbilicalmente ligada à efetividade do processo, não há qualquer dúvida. No entanto, como desconsiderar a personalidade jurídica sem violar o devido processo legal?

Esse princípio constitucional, baluarte do chamado “Estado Democrático de Direito”, dirige toda a atividade estatal no sentido de respeito absoluto aos direitos individuais. O cidadão não pode sofrer qualquer constrangimento em seu patrimônio jurídico – seja ela material ou imaterial – sem que antes exista um procedimento previsto em lei em que lhe sejam assegurados: a) ciência da demanda que lhe pode atingir; b) oportunidade de defender-se dessa pretensão.

O Constituinte de 1988 alçou essa garantia à condição de direito fundamental²⁷ do indivíduo justamente para impedir arbitrariedades e abusos tão rotineiramente praticados no período do autoritarismo militar. Visou-se, precipuamente, a impedir que cidadãos comuns fossem transformados em indefesos Joseph’s K., submetidos (e condenados) em um processo sem que lhes fosse assegurado o direito a saber sequer de que eram acusados.

E não basta um simples processo formal. São corolários necessários e indispensáveis a esse devido processo legal o direito ao contraditório e à ampla defesa, a serem exercidos de modo efetivo e eficiente. Eis aquilo que a moderna doutrina convencionou chamar de *devido processo legal substancial*²⁸.

Sem dúvida, o resultado é fundamental para termos um processo que atenda às demandas do jurisdicionado. No entanto, a dualidade de partes impõe a paridade de armas. A efetividade do processo não pode, sobremaneira, ser vista unicamente sob a ótica do credor. Em sentido lato, efetividade não é sinônimo somente de resultado. Significa também que as normas processuais – inclusive as garantias da ampla defesa e do contraditório, de matriz constitucional – tenham lugar assegurado no procedimento, tornando *efetivos* aqueles preceitos constitucionais²⁹.

Eis, portanto, o principal dilema que aflige os estudiosos da desconsideração. Deve-se atender ao direito do credor sem, no entanto, violar os direitos fundamentais do devedor³⁰. Como fazê-lo?

2.2 Momento Processual para a Desconsideração

Conforme dito anteriormente, a lei processual civil cala quando o assunto é o processamento da desconsideração da personalidade jurídica. Como operá-la atendendo à necessidade de efetividade movida pelo credor, sem, contudo, atropelar os direitos de ampla defesa e contraditório do devedor?

A resposta a essa questão reside, basicamente, no momento processual em que deve se pedir a desconsideração. Decidido o tempo, passa-se à escolha do meio adequado para efetivá-la.

Antes da reforma promovida pela Lei nº. 11.232/2005, havia fundamentalmente três posicionamentos na doutrina.

A primeira corrente processualista da desconsideração sustentava que o credor, ao propor a ação, deveria chamar os sócios e/ou administradores da empresa para compor o polo passivo da demanda. Estes figurariam como litisconsortes facultativos³¹.

Esse posicionamento era inválido porque, em princípio, não responde – ou antes simplesmente afasta – a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica com fundamento em título executivo extrajudicial, limitando-se a descrevê-la como possível quando o título for judicial. Por ilação lógica, pensamos que os que defendiam tal corrente sustentariam que a desconsideração da personalidade jurídica com fundamento em título executivo extrajudicial dependeria da propositura de outra demanda, de rito ordinário, pelo credor, a fim de possibilitar a incidência dos efeitos da execução sobre o patrimônio dos sócios e/ou administradores. Esse caminho processual, todavia, vai de encontro à efetividade inata à idéia da desconsideração, pois impõe uma verdadeira *via crucis* processual ao exequente.

Na verdade, não se poderia cogitar de litisconsórcio porque, segundo a melhor doutrina, este consiste no “fenômeno de pluralidade de pessoas, em um só ou em ambos os pólos conflitantes da relação jurídica processual”³². Existem diversas qualificações para esse instituto³³. No momento, interessa-nos somente a distinção entre litisconsórcio *necessário* e *facultativo*.

Necessário é o litisconsórcio que demanda pluralidade de pessoas em um determinado polo da demanda, seja por disposição de lei, seja pela natureza da relação jurídica que as une. Seu fundamento é o art. 47 do Código de Processo Civil³⁴. Exemplo recorrente de litisconsórcio necessário é o da usucapião. Não somente o proprietário deve figurar no polo passivo da demanda, mas também, *necessariamente*, todos os confinantes do imóvel. Embora a sentença não seja necessariamente uniforme para todos eles (litisconsórcio simples), a eficácia da

decisão depende da regular formação processual com todos os litisconsortes. Sem isso, a sentença proferida será *inutiliter data*, ou seja, de nenhum valor, nem mesmo para o réu-proprietário devidamente citado.

Chama-se facultativo o litisconsórcio quando a lei não obriga, de forma alguma, a reunião de pessoas em um polo da relação processual. O fundamento legal é o art. 46 do CPC³⁵; o axiológico, o princípio da economia processual.

Pela redação do citado art. 46 da Lei Processual Civil, verifica-se que, para a formação do litisconsórcio facultativo, é crucial a existência de um ponto comum de direito ou de fato entre as pessoas que figurarão como litisconsortes – seja ele hipótese de conexão, continência, ou simples identidade de causas de pedir ou de pedidos. No nosso sentir, nenhuma dessas hipóteses acode aos defensores da corrente que defende a desconsideração em sede de procedimento ordinário.

Com efeito, no ato de propositura da ação, a relação jurídica que une autor e réu somente subsiste entre o sedizente credor e a pessoa jurídica. Não há, em princípio, qualquer relação de direito entre o credor e os sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. Pensar o contrário seria negar o princípio basilar de autonomia dos atos da pessoa jurídica em face de seus sócios e/ou administradores.

Para melhor ilustrar o raciocínio, vejamos o seguinte exemplo: um consumidor compra um determinado produto farmacêutico e, em virtude de equívocos na elaboração de sua fórmula, o remédio provoca efeitos colaterais não previstos na bula. Nesse caso, é evidente que o consumidor do medicamento pode demandar em face da empresa farmacêutica. Todavia, onde se encontra a afinidade de fundamentos para, *initio litis*, o autor requerer a desconsideração da personalidade jurídica e atingir o patrimônio dos sócios e/ou administradores cumulada com a condenação da empresa farmacêutica?

Em lugar algum.

O consumidor tem direito a ser indenizado nas perdas e danos sofridos pela culpa da pessoa jurídica. A relação que legitima os interesses de parte a parte, nesse caso, restringe-se à pessoa física do destinatário final e a pessoa jurídica da indústria farmacêutica. Qual o elo jurídico entre o consumidor e o sócio ou o administrador da empresa?

Nenhum.

O fundamento – ou *causa petendi* – do pedido indenizatório são as normas de responsabilidade dispostas no Código de Defesa do Consumidor. A causa de pedir da desconsideração seria um suposto abuso de direito ou confusão patrimonial entre os sócios e/ou administradores e a pessoa jurídica. Onde está a afinidade entre ambas?

O pedido da demanda indenizatória é o de condenar a empresa farmacêutica em perdas e danos. Já o pedido da desconsideração (declaratório) consiste no

afastamento das normas de limitação de responsabilidade, e a imputação da responsabilidade pelas obrigações aos sócios e/ou administradores. Há ligação entre eles?

Não.

Como se vê, as causas de pedir, os pedidos e a própria relação jurídica que embasa o pedido de condenação em perdas e danos e a desconsideração da personalidade jurídica são diversos entre si. Não há qualquer identidade a albergar a hipótese de litisconsórcio facultativo.

Além disso, a própria diversidade de situações deporia contra a economia processual, pressuposto elementar do litisconsórcio facultativo. Como supor que, em uma mesma demanda, discutíssemos responsabilidade civil e, simultaneamente, a existência de uma das hipóteses autorizadoras da desconsideração? Não é esforço hercúleo concluir que a discussão acerca da desconsideração, além de ser estranha à demanda indenizatória em si, travancaria o andamento do processo.

E vamos além. Não somente não é possível estabelecer litisconsórcio facultativo entre pessoa jurídica como, se assim for feito, fatalmente o processo deverá ser extinto em relação aos sócios e/ou administradores por ilegitimidade passiva *ad causam*.

Tal condição da ação, segundo a melhor doutrina, implica o ônus para o autor de, a cada caso concreto, quando da propositura de sua ação, localizar sempre quem são aqueles que devem figurar nos polos ativo e passivo, respectivamente, da relação processual a se formar³⁶. Em relação ao réu, sua *legitimatio ad causam* somente se manifestará quando ele “seja titular da obrigação correspondente”³⁷.

Ora, se a “obrigação correspondente” à relação jurídica, no exemplo mencionado, é unicamente entre consumidor e empresa farmacêutica, como supor legitimidade passiva *ad causam* de seus sócios e/ou administradores?

Na verdade, “a despersonalização da pessoa jurídica é efeito da ação contra ela proposta; o credor não pode, previamente, despersonalizá-la, endereçando a ação contra os sócios”³⁸.

Entendemos, portanto, que não há identidade de partes, nem afinidade de causa de pedir ou de pedido, pressupostos específicos para entender possível a formação de litisconsórcio passivo facultativo inicial.

Outra hipótese então considerada seria a desconsideração no saneamento do processo³⁹.

Assim como na hipótese anterior, os que defendiam essa posição não explicam satisfatoriamente como proceder à desconsideração quando seu fundamento for um título executivo extrajudicial. Além disso, diversas regras processuais basilares deveriam ser subvertidas para podermos dar guarida a essa tese.

Em princípio, teríamos que desconsiderar o princípio da estabilidade subjetiva da lide, estabelecido no art. 264 da Lei de Rito Civil⁴⁰. Com efeito, uma

vez realizada a citação, o autor não pode alterar o objeto da demanda (pedido) nem seu fundamento (causa de pedir), sem que com isso o réu assinta. É o que chamamos de estabilidade *objetiva* da lide. Todavia, mesmo nos casos em que o demandado concorde com a alteração do panorama objetivo da ação, é vedada a inclusão de novas pessoas no processo, salvo, obviamente, as exceções legais⁴¹.

E essa vedação não é destinada somente às partes. Ao juiz também é *vedado* incluir *ex officio* novas pessoas no feito, não só porque não o permite o art. 264 do CPC, mas como, agindo assim, estaria ele a atentar contra o princípio dispositivo, verdadeiro baluarte do processo civil moderno. Ora, a desconsideração é *pedido*, e, como tal, depende de *iniciativa da parte*⁴². Não pode ser decretada de ofício pelo juiz. A parte interessada deve requerê-la e, conforme o caso, provar a existência dos requisitos autorizadores da medida. Ademais, ainda que isso fosse possível, entendemos que a alteração subjetiva da lide é matéria inteiramente estranha à fase de saneamento do processo (v.g., medidas ordinatórias e medidas instrutórias)⁴³.

Ora, a desconsideração pode ser enquadrada como pressuposto processual? Como condição da ação? Como medida ordinatória? Como medida instrutória?

A resposta a todas essas perguntas é efetivamente não.

De fato, o saneamento é a fase processual adequada para resolução de todas essas questões. É nele que o juiz, caso não extinga o processo⁴⁴, ou o julgue antecipadamente⁴⁵, encerra a discussão sobre questões que prejudiquem ou impeçam o exame do mérito da demanda. Feito isso, o juiz define os pontos controvertidos já visando à instrução do processo, determinando as provas que serão produzidas e distribuindo o respectivo ônus de cada uma delas. A nosso sentir, a desconsideração não encontra espaço nessa fase procedimental.

Em verdade, a desconsideração é um pedido, de índole declaratória, que depende, como dito, de iniciativa da parte. E tal pedido não pode ser deduzido *a posteriori* da propositura da ação, sem que com isso se ofenda a boa técnica processual.

Ademais, a propositura desse pedido em sede de saneamento do processo implica violarmos o princípio da *estabilidade da demanda*, incluindo figura estranha às partes no decorrer do procedimento, além de tumultuar a marcha processual com a cumulação de pedidos (condenatório e declaratório) cuja discussão não possui qualquer pertinência entre um e outro.

Por tais razões é que não entendemos acertada a posição da corrente que defende a possibilidade de desconsideração quando do saneamento do processo.

Por último, tínhamos a corrente que defendia a desconsideração da personalidade jurídica em sede de processo de execução⁴⁶.

Dentre todas, essa era a única corrente que respondia satisfatoriamente à questão de como se desconsiderar a personalidade jurídica quando o crédito

for representado por um título executivo extrajudicial. Uma vez constatado que a pessoa jurídica não dispõe de patrimônio para garantir a execução, o credor poderia requerer ao juiz que afaste, incidentalmente, os efeitos da personificação, para atingir o patrimônio dos sócios ou dos administradores, conforme o caso.

Chega a ser de meridiana clareza que o autor/exeçúente não *necessita* da desconsideração senão quando a pessoa jurídica não dispõe de patrimônio suficiente para honrar a dívida. Antes de constatada essa “insolvência”⁴⁷, não há *interesse processual* para a desconsideração.

Sabe-se que o interesse processual consiste na reunião dos binômios *necessidade-adequação* do provimento jurisdicional invocado⁴⁸.

A necessidade resume-se no interesse prático do autor no futuro provimento jurisdicional a ser proferido. Por seu turno, a adequação deriva da imposição ao autor de escolher o rito correto previsto em lei para requerer o seu direito⁴⁹.

O fato é: convém ao aparato judiciário movimentar-se para afastar os efeitos da personificação jurídica e atingir o patrimônio dos sócios sem, antes, haver um título executivo a amparar o direito de crédito do autor? Não nos parece adequado.

E mais. Não só essa providência não nos parece adequada, como também pode ser considerado deveras temerário afastar-se – ou declarar de antemão ineficazes – os efeitos da personificação sem uma base jurídica e concreta apta para tanto.

A nosso ver, a base jurídica deve ser, sempre, um título dotado *in abstracto* de certeza, liquidez e exigibilidade, ou seja, precedendo-se a desconsideração, deve existir um *título executivo*, seja de natureza judicial ou extrajudicial. Sem isso, a desconsideração ganha ares de açodamento, pois o direito de crédito do autor ainda se situa no campo do *processo de conhecimento* e, portanto, da dúvida. Concretamente, à desconsideração será imprescindível o *estado de insolvência patrimonial da pessoa jurídica*. E, como se percebe, para aferirmos se há ou não falta de patrimônio para honrar os débitos, somente a citação do processo de execução poderá dizer.

Dessa mercê, a “situação de fato objetivamente existente” somente tomará forma quando, citada na execução, a pessoa jurídica não dispuser de patrimônio suficiente para pagar o débito ou nomear bens à penhora⁵⁰. Portanto, a *necessidade* da desconsideração somente surgirá após a citação no processo de execução, sendo irrelevante tratar-se de título executivo judicial ou extrajudicial. Antes disso, declarar-se ineficaz o ato de personificação será, se não atentado à boa técnica processual, açodamento inadequado e incompatível com os princípios basilares do processo civil.

Todavia, a despeito das inúmeras vantagens técnicas e jurídicas que colaboram para adotarmos desconsideração em sede de execução, os defensores dessa corrente não explicavam como operá-la na via estreita do processo executivo.

No Código de Processo Civil, tal qual estruturado por Buzaid, o processo de execução destinava-se tão somente à *concretização*, à *efetivação*, à *satisfação* de um crédito espelhado por um título executivo. Nele não caberiam pontos e contra-

pontos; argumentos e contra-argumentos de parte a parte. Não. Primeiramente, estaríamos abrindo perigoso precedente para desvirtuamento da via estreita da execução. Nela não se admitem maiores conjecturas sobre direito material, pois, como mui bem acentua o Prof. JUVÊNIO VASCONCELOS VIANA, o processo de execução situa-se “em uma seara não mais de acertamento do direito do autor, mas sim de sua realização prática”⁵¹.

Tanto é que, na sistemática anterior, as discussões acerca da certeza, liquidez e exigibilidade do título executivo eram remetidas a *outro processo*: os *embargos à execução*, processo de conhecimento no qual poderia haver ampla dilação probatória.

Em suma: entender que a desconsideração deva ser pedida inicialmente na ação de conhecimento, cumulada com o pedido condenatório, implica três problemas: primeiro, não há qualquer certeza de que o autor efetivamente *possui* o direito alegado (não há certeza, nem mesmo aparente, do direito); segundo, a relação que legitima os interesses de parte a parte deriva da relação entre a pessoa jurídica e o credor⁵² (não há legitimidade passiva dos sócios e/ou administradores); por último, não se sabe ainda se será necessária a desconsideração, pois isso somente poderá ser aferido depois da citação no processo executivo (não há interesse processual para a desconsideração).

A tese esposada por aqueles que defendem a desconsideração no saneamento do processo engloba, além dos inconvenientes da teoria acima mencionada, o enlace de como alterar os limites subjetivos da lide sem desvirtuar a cláusula da *estabilidade da demanda* e o *princípio dispositivo*.

Na verdade, não há como se cogitar de desconsideração senão no processo de execução. Como visto, somente quando presentes os requisitos de aparente certeza jurídica do crédito e necessidade concreta de executarmos o patrimônio individual dos sócios e/ou administradores é que os efeitos da declaração de ineficácia do ato de personificação se mostram adequados.

Portanto, se, para a realização prática do direito do autor, é necessário atingir o patrimônio individual dos sócios, desconsiderar-se a personalidade jurídica da devedora será a resposta. E a execução será o momento processual oportuno para tal medida.

Contudo, duas perguntas permanecem: como proceder à desconsideração na via estreita da execução? Como afastar os efeitos da personificação respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa dos devedores?

Como resposta a essas questões, propusemos, em sede de trabalho monográfico, a necessidade de alteração da legislação processual civil a fim de ser contemplado um *incidente processual específico* para a efetivação da desconsideração da personalidade jurídica.

Na linha que defendemos, instaurado o processo executivo – seja por título judicial ou extrajudicial – este seguiria o rito normal da execução até a citação

da pessoa jurídica executada. Caso não fossem oferecidos bens à penhora ou a nomeação fosse tida como ineficaz⁵³, devolver-se-ia ao credor o direito de indicar bens suficientes para garantir a execução. Constatando o exequente a inexistência destes, o feito executivo seria suspenso⁵⁴. Nessa fase é que surgiria o *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*.

Fugindo das normas vazias da declaração de insolvência, ou mesmo do penoso processo falimentar, o credor poderia propor o incidente declaratório para afastar os efeitos da personificação. É evidente que o pressuposto para propositura deste incidente é a existência de indícios de abuso de direito de personalidade ou confusão patrimonial, a serem provados em sede de instrução.

Como autor do incidente, figuraria, obviamente, o exequente. Na condição de réus do procedimento, a pessoa jurídica executada e o(s) sócio(s) e/ou administrador(es) que tenha se valido da pessoa jurídica para prejudicar o direito de crédito de terceiros.

O recurso contra essa decisão seria o de agravo de instrumento, como em todos os incidentes processuais. Esse posicionamento traria consigo ainda a vantagem adicional de não haver efeito suspensivo *ex lege* no inconformismo. Resguarda-se, todavia, a faculdade de o relator atribuir-lhe esse efeito⁵⁵, mas se trata de suspensividade *ope judicis*, facilitando, de certo modo, a efetividade da decisão de 1º grau.

Procedendo-se dessa forma, resguardaríamos:

- 1 – o princípio dispositivo;
- 2 – o direito à ampla defesa e ao contraditório, tanto da pessoa jurídica como dos seus sócios e/ou administradores;
- 3 – a própria lógica da desconsideração, que somente faz-se necessária quando inviável a expropriação do patrimônio da sociedade.

Ademais, garantiríamos a efetividade da medida, que é a razão mesma da desconsideração. A alternativa processual – a propositura de uma ação autônoma unicamente para discutir a desconsideração dos efeitos da personificação – parece-nos depor contra o direito de satisfação do crédito do exequente. Cuida-se de *via crucis* lenta e desnecessária.

Com efeito, a preservação do contraditório não afasta a possibilidade da decretação incidental da desconsideração. Além disso, preserva-se o credor de uma nova e estéril discussão sobre o direito sobre que se fundou o título executivo, nos casos em que este seja de natureza judicial.

Ademais, abrir, em sede de processo de execução, uma discussão lateral, a fim de saber se estão ou não presentes os requisitos autorizadores da desconsideração, seria transmutar o processo de execução em verdadeiro processo de conhecimento, ignorando sua essência de pura realização do direito do autor.

Com o advento da Lei nº. 11.232/2005, a necessidade do incidente foi mitigada. Na verdade, tornou-se desnecessário mesmo falar-se em um incidente de desconsideração da personalidade jurídica, ao menos quando fosse o caso de título executivo judicial. Isso porque, no âmbito da terceira onda de reforma do CPC, a “pureza processual” imaginada por Alfredo Buzaid foi sumariamente abandonada. Na nova sistemática, a execução por título executivo judicial deixou de ser um processo autônomo e passou a ser uma *fase* do processo. Tanto é assim que se tornou desnecessária a citação do réu; este será apenas *intimado* na pessoa do advogado para pagar ou nomear bens à penhora⁵⁶.

Liberando-se a satisfação do crédito do autor das amarras do antigo processo de execução, nada obstará que a desconsideração tivesse lugar nessa nova fase procedimental. Adotar-se-ia a técnica mandamental – inspiração do próprio *modus operandi* da nova execução – e o credor poderia provar, ali mesmo, a necessidade da desconsideração, sem prejuízo do respeito ao contraditório do devedor. O juiz lançaria mão de decisões interlocutórias, e os inconformismos, acaso existentes, resolver-se-iam por meio de agravo de instrumento.

Todavia, nem mesmo a última reforma do CPC foi capaz de solucionar a questão quanto à desconsideração nos casos de títulos executivos extrajudiciais. Para estes, pendia ainda a necessidade do incidente. Ficamos, pois, em uma zona de penumbra.

Mas tudo isso está destinado a fenecer com o novo Código de Processo Civil.

2.3 O incidente de desconsideração no novo CPC: solução definitiva ou novos problemas?

Como visto, a *solução* da desconsideração da personalidade jurídica é tarefa que atormenta os processualistas já há algum tempo. Talvez por isso mesmo o legislador tenha pensado em suprir essa lacuna contemplando o incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil.

Previsto nos art. 62 a 65 do anteprojeto da nova lei processual civil, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica pretende solver toda a problemática processual existente acerca desse arredo conceito de direito material. Assim está disposto o incidente:

“CAPÍTULO II DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Art. 62 – Em caso de abuso da personalidade jurídica caracterizada, na forma da lei, o juiz pode, em qualquer processo ou procedimento, decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica.

Art. 63 – A desconsideração da personalidade jurídica obedecerá ao procedimento previsto nessa seção.

Parágrafo único. O procedimento desta seção é aplicável também nos casos em que a desconsideração é requerida em virtude de abuso de direito por parte do sócio.

Art. 64 – Requerida a desconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou o terceiro e a pessoa jurídica serão intimados para, no prazo comum de quinze dias, se manifestar e requerer as provas cabíveis.

Art. 65 – Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento”.

Todavia, a proposta apresentada peca, *data maxima venia*, em alguns aspectos.

Primeiramente, a proposta é um tanto avara quanto à procedimentalização mesma do incidente. Vejamos:

O artigo 62 é mera reprodução do disposto no art. 50 do Código Civil. Tratando-se de norma de direito material, a necessidade de sua reprodução na lei processual torna-se bastante discutível⁵⁷. Já o artigo 63 é norma de pura explicitação: aplicar-se-á à desconsideração as normas ali previstas, prevendo seu parágrafo único que o mesmo se aplicará aos casos de abuso de direito por parte do sócio (novamente, norma de direito material).

Ficamos, pois, com apenas dois artigos a tratar da questão processual do incidente.

No primeiro deles, o artigo 64 determina que, proposto o incidente, “o sócio ou o terceiro e a pessoa jurídica serão intimados para, no prazo comum de quinze dias, se manifestar e requerer as provas cabíveis”.

No segundo (artigo 65), já se parte para a definição do incidente – que terá lugar por meio de decisão interlocutória – e para a via recursal da parte inconformada – o agravo de instrumento.

É pouco. Muito pouco. Muitas perguntas continuam em aberto.

De partida, não há indicação na lei acerca do *momentum* da desconsideração. Quando o autor pode requerê-la? Ou, mais especificamente, *em que fase processual* pode requerê-la? Definida a fase, *em quanto tempo* deverá fazê-lo? A partir de que momento se iniciará o prazo? Há *preclusão* para a parte que não proponha o incidente a tempo e modo?

São perguntas para as quais o anteprojeto do novo CPC não nos oferece qualquer resposta.

Pelo que foi exposto no tópico anterior, fica claro que a desconsideração só deve ter lugar na fase *executória da demanda*, e não antes⁵⁸. A pré-existência de título executivo líquido, certo e exigível deve ser tido como *pressuposto* processual do incidente.

De igual, não antes de frustrada a execução dos bens da pessoa jurídica pode-se pensar na propositura do incidente. (Isso, é claro, nos casos de créditos de terceiro, e não quando a própria pessoa jurídica venha a demandar contra o sócio e/ou administrador, como ocorreu no caso *Salomon x Salomon Co.*) Antes disso, é *processualmente* mais eficaz e mais econômico tentar executar antes os bens da pessoa jurídica.

Quanto à preclusão, acreditamos que a propositura do incidente não deve ser sujeita à preclusão. Não raro, o abuso de direito e a confusão patrimonial praticadas pelo sócio e/ou administrador são mantidos em sigilo a todo custo. É deveras difícil para uma pessoa estranha à sociedade obter provas de tais atos. O mais sensato – do ponto de vista da efetividade do direito do credor – é estabelecer a *suspensão* do processo⁵⁹, uma vez não encontrados bens executíveis da pessoa jurídica. Durante o prazo da suspensão, caso o credor reúna as provas necessárias ao pedido de desconsideração, poderá propor o incidente. Resguardar-se-ia, evidentemente, o prazo de prescrição do débito, caso a suspensão se protraia indefinidamente.

Pensamos, assim, que o legislador deveria ter estabelecido claramente que:

1 – a desconsideração só tem lugar quando houver título executivo, judicial ou extrajudicial;

2 – a desconsideração só poderia ser arguida após não serem encontrados bens penhoráveis da pessoa jurídica;

3 – não há preclusão para a arguição da matéria. Caso o credor não disponha, no momento, de indícios suficientes de que estão presentes as hipóteses de desconsideração, poderia pedir a suspensão do processo. Se, posteriormente, viesse a ter provas do abuso de direito ou da confusão patrimonial, poderia requerê-la. Respeitar-se-ia, contudo, o prazo de prescrição do débito.

Ademais, renovando as vênias, há outras incongruências no anteprojeto do novo CPC.

De fato, é deveras discutível a remissão legislativa a “terceiro”, uma vez efetuada a desconsideração⁶⁰. Não há *terceiros* nesse incidente; só *partes*. De um lado, o exequente – requerendo a desconsideração – figurando como *autor*; do outro, os sócios e/ou administradores e a própria pessoa jurídica como *réis*.

Verdadeiramente, como supor que os sócios e/ou administradores, depois de desconsiderada a personalidade jurídica, possam ser considerados *terceiros* no processo?⁶¹ Efetivamente não o são. Uma vez efetuada a desconsideração, os eventuais responsáveis pelo adimplemento da obrigação serão tidos, para todos os efeitos, como *parte*. É justamente nisso que consiste a desconsideração. Afastam-se os efeitos da personificação para entender que aqueles que se escondiam sob seu véu são a própria pessoa jurídica e, por isso mesmo, responsáveis por suas obrigações.

Ademais, como evitar a fraude à execução⁶²?

Se os sócio(s) e/ou administrador(es) da pessoa jurídica têm ciência da demanda proposta contra esta, ou de título executivo extrajudicial em posse do credor, nada obsta que venham a dilapidar seu próprio patrimônio *durante* o curso da demanda proposta contra a pessoa jurídica mas *antes* de efetivada a desconsideração. Nesse caso, afastar-se-ia a possibilidade de decretar-se a fraude à execução, pois os sócios não se teriam reduzido à insolvência no curso da demanda.

No nosso trabalho monográfico, propúnhamos, ao lado da criação do incidente, a necessidade de outra mudança legislativa. Ela poderia advir na forma da adição de um parágrafo ao art. 716 do novo Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

§1º. Desconsiderados os efeitos da personalidade jurídica, o disposto no *caput* deste artigo aplicar-se-á aos atos de disposição patrimonial dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica, assim declarados responsáveis pelo adimplemento da obrigação expressa no título executivo.

Com isso, caso, durante o curso da demanda contra a pessoa jurídica, os sócios e/ou administradores venham a dilapidar seu patrimônio antes de efetiva a desconsideração, também esses atos de alienação serão tidos por ineficazes. Salvar-se-ia, pois, a garantia do crédito do autor.

Outra hipótese não contemplada pelo anteprojeto do novo Código de Processo Civil diz respeito à efetivação da desconsideração quando o caso for de confusão patrimonial. Recordemos o caso de *Salomon x Salomon Co.* A sociedade criada por Salomon já nascera devedora de Salomon, credor com garantia real da companhia. Nesse caso, mesmo desconsiderando-se a personalidade jurídica, como impedir que o sócio recebesse o “crédito” que ele mesmo constituíra contra a sociedade?

Para isso, cogitamos uma hipótese: acrescentar-se outro parágrafo ao mencionado art. 716 do anteprojeto do CPC, nestes termos:

§2º. Provada a confusão patrimonial, os efeitos da desconsideração retroagirão à data de constituição da pessoa jurídica.

Desse modo, encerraríamos praticamente todas as hipóteses possíveis para que inescrupulosos violassem o direito de crédito de terceiros escondendo-se sob o véu da pessoa jurídica. Daríamos ao credor e ao juiz armas suficientes para garantir a satisfação do direito do exequente, sem, com isso, violarmos os princípios basilares do contraditório e da ampla defesa.

3 CONCLUSÃO

A matéria, como se viu ao longo deste trabalho, é extremamente controversa e suscita discussões severas na doutrina e na jurisprudência. Não pretendemos aqui conferir qualquer tratamento dogmático à matéria, muito menos estabelecer

posições ou palavras definitivas. Longe de encerrar o debate, o que se pretendeu na verdade foi o inverso: estimulá-lo e contribuir, ainda que modestamente, para o seu enriquecimento.

De fato, o novo incidente de descon sideração da personalidade jurídica aspira a encerrar a discussão processual da matéria e contribuir, decisivamente, para a satisfação do direito dos credores.

É certo, também, que a comissão de juristas comandada pelo agora Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux caminhou na direção correta ao positiv ar no anteprojeto do novo Código de Processo Civil tal incidente. Todavia, há falhas no projeto, e tais falhas podem converter a esperança de redenção em uma sementeira de decepções.

O Anteprojeto ainda tramita no Congresso Nacional. Exorta-se às casas legislativas, portanto, que cumpram o seu dever constitucional e o aperfeiçoem, de modo a contemplar dignamente na nossa lei processual esse formidável instituto de direito material.

REFERÊNCIAS

ARMELIN, Donald. **Legitimidade para agir no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: RT, 1982.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Análise à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. **Código de Defesa do Consumidor interpretado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999.

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

LA VILLA, Gianlucca. **Società Strumentali e Profili di Responsabilità**. Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Milão: Giuffrè, 1981.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1973.

LOPES, José Batista. Função Social e Efetividade do Processo. **Revista Dialética de Direito Processual**, [s.l.], n. 13, [s.d.].

- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MONTEIRO, Arthur Maximus. **A Nova Sociedade Por Quotas de Responsabilidade Limitada**. Monografia de graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará. [Inédito]: 2002.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Notas sobre o Problema da Efetividade do Processo**. Temas de Direito Processual Civil. 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- OLIVEIRA, Lamartine Correia de. **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Bookseller: Campinas, 2000, t. VII.
- ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Parte Geral**. 25. ed. São Paulo, Saraiva: 1995.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **A efetividade do processo em face da fazenda pública**. Dialética: São Paulo, 2003.
- VIANA, Juvêncio Vasconcelos. A causa de pedir na execução. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil**. São Paulo: RT, 2002.
- WOLFF, Martin. **On the nature of legal person**. The Law Quartely Review. 216:512.

-
- 1 Sociedade com responsabilidade limitada.
 - 2 Rubens Requião, primeiro jurista nacional a cuidar do assunto, sintetizou a resposta a esse dilema em irretocáveis palavras: “Ora, 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 se consagrar a fraude ou abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando no seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos” (OLIVEIRA, Lamartine Correia de. **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 556).
 - 3 FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Análise à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2002, p. 116.
 - 4 Aparência e Realidade nas Sociedades Comerciais: o abuso de direito por meio da pessoa jurídica.
 - 5 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1991, v. 1, p. 367.
 - 6 RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Parte Geral**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 228.

- 7 Cf. Código Civil de 2002, artigo 544.
- 8 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 251.
- 9 *Ibid.*, p. 251.
- 10 JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 1987, p. 83-89.
- 11 Segundo PONTES DE MIRANDA, “a ineficácia pode ser a) por inexistência, e aí é evidentemente inadequado falar-se do que não existe e o conceito de ineficácia, que é interior ao sistema lógico, fica de fora; b) por nulidade, e então se alude ao que ‘é, mas nulamente’; c) por exclusão ou ainda não aparição de efeitos, a despeito de ser e valer, ou ser a apenas poder ser anulado, rescindido, resolvido, etc. Ineficácia compreendendo b) e c) é ineficácia geral, ineficácia em sentido lato; a ineficácia c) é dita em sentido estrito” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Bookseller: Campinas, 2000, t. 7, p. 7). (grifos do autor)
- 12 Com efeito, o problema da desconsideração envolve “a capacidade e possibilidade de ditar uma disciplina apta a proibir ou prevenir desvios patológicos que se manifestam não já em sede de uma apriorística valoração formal do momento genético societário, fundado de resto sobre o reconhecimento da personalidade jurídica ou a autonomia patrimonial garantida pelo ordenamento aos centros de imputação societária, mas em sede de funcionamento da instituição societária, isto é, um momento sucessivo àquele em que a homologação do ordenamento exauriu sua tarefa” (LA VILLA, Gianlucca. **Società Strumentali e Profili di Responsabilità**. Quaderni di Giurisprudenza Commerciale. Milão: Giuffrè, 1981, p. 23).
- 13 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 155.
- 14 Cf. OLIVEIRA, op. cit., p. 57.
- 15 Elizabeth Freitas, por exemplo, afirma que “no direito positivo pátrio, uma das primeiras manifestações normativas que evidenciaram a desconsideração da personalidade jurídica é a norma que está contida no art. 135 do Código Tributário Nacional” (FREITAS, op. cit., p. 73).
- 16 Cf., por todos, o Resp 436012/RS, Rel. Min. Eliana Calmon.
- 17 Em verdade, “o que gera a responsabilidade, nos termos do art. 135, III, do CTN, é a condição de administrador de bens alheios. Por isso a lei fala em administradores, gerentes ou representantes.[...]Também não basta ser diretor, ou gerente, ou representante. É preciso que o débito tributário em questão resulte de ato praticado com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos” (MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 139).
- 18 Cf.. art. 158 da Lei 6.404/76.
- 19 Cf. art. 10 do Decreto 3.708/19.
- 20 Cf. MONTEIRO, Arthur Maximus. **A Nova Sociedade Por Quotas de Responsabilidade Limitada**. Monografia de graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará. [Inédito]: 2002.
- 21 “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”.
- 22 Para a redação anterior, cf. GRINOVER, op. cit., p. 205.
- 23 Cf. GRINOVER, op. cit., p. 205.
- 24 Com fundamento no princípio da proporcionalidade, conferir maior “peso” à efetividade do processo (art. 5º, inc. XXXV) frente ao princípio individualização das penas (art.5º, inc. XLV).
- 25 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o Problema da Efetividade do Processo. In: **Temas de Direito Processual Civil**. 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27-28. Cf., também, VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **A efetividade do processo em face da fazenda pública**. Dialética: São Paulo, 2003, p. 19.
- 26 Importante salientar, contudo, que a desconsideração não surge como contraponto à pessoa jurídica. Na verdade, sua essência é justamente o inverso do que se imagina. A intenção dos defensores da *disregard doctrine* é preservar o instituto da pessoa jurídica – formidável criação jurídica – de seus usurpadores, a partir da definição de balizas para os operadores do Direito. Nesse sentido, Elizabeth Freitas aponta que “a Desconsideração da Personalidade Jurídica, ao contrário do que muitos acreditam, não é de forma alguma instrumento jurídico para acabar com a pessoa jurídica; é, na verdade, mecanismo jurídico para protegê-la contra fraudes e abusos, oferecendo critérios para tanto” (FREITAS, op. cit., p. 57).
- 27 Art. 5º, inc. LIV, da CF/88.
- 28 José Afonso da Silva ensina que “garante-se o processo, e ‘quando se fala em processo, e não em simples procedimento, aludese, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional,

- quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais". (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 433).
- 29 Vem de José Batista Lopes a advertência de que "É inquestionável a importância do resultado para se chegar ao conceito de efetividade, mas ele não é suficiente para fornecer o conceito e elástico desta última. Há que se examinar a efetividade a partir do devido processo legal, do modelo constitucional de processo, de modo que só se poderá considerar efetivo o processo em que forem observadas as garantias constitucionais". Isso porque "Estará comprometida a efetividade se o processo vulnerar os princípios do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, da motivação das decisões, da proibição das provas ilícitas, etc., pouco importando o resultado alcançado". (LOPES, José Batista. *Função Social e Efetividade do Processo*. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 13, p. 33).
- 30 O próprio Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já decidiu que "a desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que só pode ser decretada após o devido processo legal, o que torna a sua ocorrência em sede liminar, mesmo de forma implícita, passível de anulação". (STJ - 1ª Turma. AGRESP 422583/PR. Relator Min. José Delgado, decisão de 20/06/2002, unânime).
- 31 Podemos enquadrar nessa corrente os que defendem a necessidade de uma ação autônoma, independente da ação de conhecimento ou execução, para aplicar a desconsideração da personalidade jurídica. No entanto, essa opção pode ser sumariamente descartada, visto impor ao credor uma dificuldade inominável para a realização de seu direito. Após conseguir um título executivo, este deveria propor uma ação autônoma, sujeita a todos os recursos legais, tão-somente para afastar os efeitos da personificação? Como entender, então, a desconsideração da personalidade jurídica como medida de efetividade do processo?
- 32 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 251.
- 33 A saber: quanto à necessidade de formação - obrigatório e facultativo; quanto ao momento de formação - inicial ou ulterior; quanto ao destino dos litisconsortes no plano do direito material - unitário ou simples; quanto ao pólo da demanda - ativo, passivo ou misto.
- 34 "Art. 47 - Há litisconsórcio necessário quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo."
- 35 "Art. 46 - Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:
I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;
II - os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito;
III - entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir;
IV - ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito".
- 36 ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 198.
- 37 *Ibid.*, p. 218.
- 38 STJ - 3ª Turma. REsp. 282266/RJ. Relator Min. Ari Pargendler, decisão em 18/04/2002, unânime.
- 39 COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 57.
- 40 "Art. 264 - Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, *mantendo-se as mesmas partes*, salvo as substituições permitidas em lei".(g.n)
- 41 De regra, em especial, somente se permitirá a inovação subjetiva da lide quando se tratar de uma das hipóteses de intervenção de terceiros (assistência, oposição, nomeação à autoria, denunciação da lide e chamamento ao processo), ou, ainda, a admissão de litisconsórcio necessário ulterior. Por último, existe a hipótese de sucessão de partes.
- 42 Nos termos do art. 2º do CPC (*Nemo procedat iudex ex officio*).
- 43 Segundo Moacyr Amaral Santos, "O saneamento é a ocasião em que o juiz resolve as questões processuais pendentes (pressupostos processuais e condições da ação) e determina as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário (Cód. Proc. Civil, art. 331, §2º)".(SANTOS, op. cit., p. 272).
- 44 Cf. art. 329 do Código de Processo Civil.
- 45 Cf. art. 330 da Lei Processual Civil.
- 46 Boa parte da jurisprudência já se inclinava nesse sentido. Em vários acórdãos o STJ decidira que: "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 os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros” (STJ – 3ª Turma. ROMS 14168 / SP, Relatora Min. Nancy Andrighi, decisão em 30/04/2002, por unanimidade). No mesmo sentido e com o mesmo teor, vide REsp 332763 / SP.
- 47 Ressalvamos a menção ao termo para não confundirmos descon sideração com declaração de falência ou mesmo a insolvência civil, institutos jurídicos que não são objeto do presente trabalho.
- 48 “O interesse de agir é, pois, um interesse processual, secundário e instrumental que diz respeito ao interesse substancial primário, e é objeto do provimento que se demanda ao magistrado, como meio de se obter a satisfação desse interesse primário, que permanece ligado ao comportamento da outra parte, ou mais genericamente à situação de fato objetivamente existente” (LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manuale di diritto processuale civile**. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1973, p. 41). Cf. também ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: RT, 1982, p. 58.
- 49 ARMELIN, op. cit., p. 230.
- 50 O que acarretaria, em tese, uma execução frustrada.
- 51 VIANA, Juvêncio Vasconcelos. A causa de pedir na execução. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (Orgs). **Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil**. São Paulo: RT, 2002, p. 105.
- 52 Convém destacar que a legitimidade *ad causam*, neste particular, está estritamente ligada à relação de direito material sobre que se funda a lide. Essa relação, por óbvio, não é atingida pela descon sideração. Nem sequer é objeto dela. Conforme já demonstrado, a descon sideração cinge-se a afastar os efeitos da limitação da responsabilidade patrimonial oriunda da personificação de determinados tipos societários, mas não implica a atribuição das relações de direito material da pessoa jurídica aos próprios sócios e/ou administradores.
- 53 Ou seja, especialmente nos casos dos incisos V e VI do art. 655 do Código de Processo Civil. Nos demais casos, a ineficácia da nomeação diz respeito à desobediência da ordem legal ou mesmo a dificuldade operacional para a fase expropriatória da execução.
- 54 Conforme determina o art. 791, inc. III, do CPC.
- 55 Conforme permite o art. 527, inc. III, do CPC.
- 56 Cf. art. 475-J e ss. do CPC.
- 57 Embora tal fato não prejudique a validade da norma que tenha passado pelo processo legislativo regular. Cf. art. 18 da Lei Complementar nº. 95/98.
- 58 Sobre isso, é inquietante perceber que, do ponto de vista puramente *topográfico*, a perspectiva não é nada animadora: a descon sideração vem na Parte Geral do novo CPC, e não na parte relativa ao Cumprimento da Sentença e outras medidas executórias.
- 59 Cf. Art. 842, inc. III, do anteprojeto do novo CPC.
- 60 Confusão, a propósito, que já vem desde antes da reforma da Lei nº. 11.232/2005. FREITAS, por exemplo, defendia que os sócios da pessoa jurídica descon siderada deveriam defender-se por meio da oposição de embargos de terceiro, algo definitivamente insustentável. Cf. *Op. Cit.*, p. 148.
- 61 Na verdade, “o ato de penetração (*Durchgriff*) é descrito de modo emocional e figurado – ‘*the veil of corporate entity may be pierced*’, ‘*the sham of corporate may be brushed aside*’. E, para justificar isso, a pessoa jurídica ‘descon siderada’ é descrita simplesmente como ‘*adjunct, agent, instrumentality, dummy, alter ego, bussines conduit, corporate pocket, etc*’, do sócio dominante ou único”. WOLFF, Martin. In **On the nature of legal person**. *The Law Quarterly Review*. 216:512.
- 62 Cf. artigo 716 do anteprojeto do novo CPC.

LIFTING THE CORPORATE VEIL: HISTORY, NATURE AND PROCEDURE

ABSTRACT

Lifting the corporate veil is controversial in the legal community since its creation in English common law. Brought to Brazil, its application to practical cases has aroused harsh discussions about how it should be implemented without violating the rights of the debtor. Absent in the 1973 Civil Procedure Code, the disregard is now treated in a specific chapter in the new procedural legislation. It is unclear, however, if the incident will bring new solutions or larger problems.

Keywords: Civil Law. Civil Procedure. Lifting the corporate veil.

Submetido: 07 ago. 2015
Aprovado: 15 ago. 2015