



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

DIEGO DA COSTA OLIVEIRA

APLICABILIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
NOS PROCESSOS FALIMENTARES:
DAS SOCIEDADES LIMITADAS

FORTALEZA

2013

DIEGO DA COSTA OLIVEIRA

**APLICABILIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
NOS PROCESSOS FALIMENTARES:
DAS SOCIEDADES LIMITADAS**

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Msc. William Paiva Marques
Júnior.

FORTALEZA

2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- O48a Oliveira, Diego da Costa.
Aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica nos processos falimentares: das sociedades limitadas / Diego da Costa Oliveira. – 2013.
59 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2013.
Área de Concentração: Direito Processual Civil.
Orientação: Prof. Ms. William Paiva Marques Júnior.
1. Processo civil - Brasil. 2. Falência - Brasil. 3. Sociedades limitadas. 4. Desconsideração da personalidade jurídica - Brasil. I. Marques Júnior, William Paiva (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

DIEGO DA COSTA OLIVEIRA
APLICABILIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
NOS PROCESSOS FALIMENTARES:
DAS SOCIEDADES LIMITADAS

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Msc. William Paiva Marques Júnior
(Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^ª. Msc. Fernanda Cláudia Araújo da Silva
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando José Maria McCall Zanocchi
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Aos meus pais, Francisco Laires de Oliveira e
Eva Izabel da Costa Oliveira.

AGRADECIMENTO

Aos meus pais que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida. Também agradeço ao orientador, Prof. William Paiva Marques Júnior, por sua excelente orientação.

“Interpretar a lei é revelar o pensamento que
anima as suas palavras.”

Clóvis Beviláqua

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo o estudo da teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, seu efeito sobre o patrimônio particular dos sócios, administradores e sociedades coligadas, e sua aplicabilidade nos procedimentos falimentares – especificamente em relação às sociedades limitadas - a luz do ordenamento jurídico pátrio. Primeiramente, realçam-se os principais aspectos das sociedades limitadas, e como características intrínsecas às referidas sociedades mostram-se de especial importância quando da análise da desconsideração da personalidade jurídica no procedimento falimentar. Analisa-se as teorias existentes (*teoria maior* e *teoria menor*), os dispositivos legais permissivos (Código de Defesa do Consumidor, Lei Antitruste, Lei de Proteção Ambiental, Consolidação das Leis do Trabalho, Código Tributário Nacional e Código Civil), a observância do princípio do contraditório, e, por fim, a sua aplicabilidade em outros procedimentos especiais.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade jurídica. Processo Falimentar. Sociedade Limitada.

ABSTRACT

This dissertation aims at the Disregard of Legal Entity Doctrine, its effect on the patrimony of partners, directors and affiliates, and their applicability in bankruptcy proceedings - specifically in relation to Limited Liability Companies - in light of the Brazilian legal system. First, to highlight the main aspects of Limited Liability Companies, and how intrinsic characteristics of such companies are particularly important when analyzing the disregard of legal entity procedure in bankruptcy proceedings. The present work also analyses the existent theories (*major theory* and *minor theory*), the permissive legal laws (Brazilian Law's of Customer Defense Code, Antitrust Law, Law on Environment Protection, Consolidation of Labour Laws, National Tax Code and the Civil Code), the observance of the contradictory principles, and, finally, the applicability of the focused doctrine on other special processes.

Keywords: Disregard of Legal Entity. Bankruptcy Proceedings. Limited Liability Companies.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	ASPECTOS RELEVANTES DA SOCIEDADE LIMITADA	14
2.1	Origem histórica	14
2.2	Responsabilidade dos Sócios	18
2.3	Limitação de Responsabilidade	20
3	A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	25
3.1	Aspectos conceituais da teoria da desconsideração da personalidade jurídica	25
3.2	Histórico e influência doutrinária	26
3.3	“Teoria Maior” e “Teoria Menor” da desconsideração da personalidade jurídica	28
3.3.1	<i>Teoria Maior</i>	28
3.3.2	<i>Teoria Menor</i>	29
3.4	Da possibilidade de ser declarada de ofício	32
4	A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO FALIMENTAR	35
4.1	Delimitação conceitual de Falência	35
4.2	Compatibilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica com o Direito Falimentar	38
4.2.1	<i>Do respeito ao princípio da isonomia</i>	42
4.2.2	<i>Do respeito aos aspectos processuais da teoria da desconsideração da personalidade jurídica</i>	44
4.2.3	<i>Extensão dos efeitos da falência aos sócios e sociedades pertencentes ao mesmo grupo econômico</i>	47
4.3	A teoria da desconsideração da personalidade jurídica em outros ramos do Direito	50
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

1 INTRODUÇÃO

Sociedade Limitada é aquela que realiza atividade empresarial, formada por dois ou mais sócios que contribuem com moeda ou bens avaliáveis em dinheiro para formação do capital social. A responsabilidade dos sócios é restrita ao valor do capital social, porém respondem solidariamente pela integralização da totalidade do capital, ou seja, cada sócio tem obrigação com a sua parte no capital social, no entanto poderá ser chamado a integralizar as quotas dos sócios que deixaram de integralizá-las.

O art. 1.052 do Código Civil brasileiro define a extensão da responsabilidade dos sócios, também apresentando uma das situações em que a responsabilidade dos sócios extrapola a limitação conferida por sua parcela do capital social: “Na Sociedade Limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital”.

Contudo, na prática, a limitação de responsabilidade através de uma Sociedade Limitada pode ser utilizada para fraudar credores. Assim, a separação patrimonial dos bens de uma empresa pode ser um “véu” entre os sócios e os credores, que permite uma série de fraudes e de abusos através da ocultação dos sócios. Isso ocorre porque, em virtude da própria característica da limitação da responsabilidade, as Sociedades Limitadas podem ser utilizadas como uma *máscara* para a prática de atos fraudulentos em seu nome, como a contração de empréstimos, financiamentos, a aquisição de bens, etc., quando a intenção real é o enriquecimento dos sócios, não havendo a intenção do pagamento dos credores, os quais deverão executar os bens da empresa - que, na fraude, serão insuficientes para a liquidação das dívidas - de modo que os sócios ficam com os ganhos, e o prejuízo, com os credores, e não restando alternativa a não ser decretar a falência da empresa.

A falência pode ser caracterizada como o procedimento a ser observado quando não há viabilidade de recuperação judicial ou extrajudicial sob a direção do devedor, que se encontra em difícil situação econômico-financeira, que praticou atos proibidos pela lei ou que, sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida superior a quarenta salários-mínimos. A liquidação da empresa só ocorre em último recurso, quando impossibilitada a recuperação da empresa.

No procedimento falimentar, há situações nas quais a utilização da pessoa jurídica é feita ao arrepio dos fins para os quais o Direito albergou o instituto. Em muitos casos, os integrantes de um ente coletivo se ocultam atrás de sua autonomia formal para lesar direitos ou infringir norma legal ou estatutária, valendo-se da pessoa jurídica como

instrumento de fraude ou ilicitude.

Dessa forma, para evitar tal situação, do uso da pessoa jurídica para manipulações ou outros atos enganosos, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica visa impedir a fraude contra credores, levantando o véu corporativo, desconsiderando a personalidade jurídica num dado caso concreto, ou seja, declarando a ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos. Com isso alcançar-se-ão pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos, pois a personalidade jurídica não pode ser um tabu que entrave a ação do órgão julgante.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica consiste na superação da personalidade jurídica com o objetivo exclusivo de atingir o patrimônio particular dos administradores e/ou sócios da sociedade quando indevidamente utilizada. São requisitos fundamentais para sua aplicação: prova substancial de fraude a lei ou a terceiros em relação à sociedade e seus sócios, ou seja, a prova da utilização da personalidade jurídica como instrumento para prática de abusos generalizados.

O objetivo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é exatamente possibilitar a coibição de fraude, sem comprometer o próprio instituto da pessoa jurídica, isto é, sem questionar a regra da separação de sua personalidade e patrimônio em relação a seus membros. Em outros termos, a teoria tem o intuito de preservar a pessoa jurídica e sua autonomia, sem deixar ao desabrigo terceiros vítimas de fraude.

Para o presente estudo, aborda-se a ação fraudulenta do devedor, sócio ou coligado a uma Sociedade Limitada, que pratica atos com o intuito de prejudicar os credores, furtando-lhes a garantia geral que deveria encontrar no patrimônio do devedor. Analisa-se as possibilidades do patrimônio dos sócios de uma Sociedade Limitada ser atingido mediante a aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no procedimento falimentar.

No trabalho ora apresentado, faz-se uma análise histórica da Sociedade Limitada - com enfoque no aspecto da limitação de responsabilidade, e da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e sua compatibilidade com o Direito Falimentar.

Além disso, o presente estudo tem por objeto a análise de pontos objetivos, tais como: os princípios que regem a desconsideração da personalidade jurídica; sua compatibilidade com os diversos ramos do Direito; o modo de sua aplicação ao Direito Falimentar.

Este trabalho foi dividido em três capítulos analíticos. No primeiro capítulo, busca-se tratar das origens históricas da Sociedade Limitada e suas características.

No segundo capítulo, faz-se um estudo acerca da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, abordando suas origens históricas e seu desenvolvimento doutrinário através da *Teoria Maior* e *Teoria Menor* da desconsideração.

Por fim, no terceiro capítulo, aborda-se a aplicação de Teoria da Desconsideração no procedimento falimentar.

No desenvolvimento do presente estudo, utilizou-se as técnicas científicas gerais de pesquisa, predominando as de caráter bibliográfico e documental. As bases de consulta bibliográfica foram livros e produções acadêmicas variadas, como monografias, teses e artigos científicos publicados em revistas impressas ou virtuais ou em anais de congressos.

Portanto, a presente pesquisa se desenvolveu com o objetivo de trazer elementos para a melhor compreensão do instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica e sua aplicabilidade sobre o procedimento falimentar de sociedades limitadas.

2 ASPECTOS RELEVANTES DA SOCIEDADE LIMITADA

A Sociedade Limitada é aquela cujo capital social encontra-se dividido em quotas, as quais podem ser iguais ou desiguais, pertencendo uma ou diversas a cada sócio, cuja responsabilidade é limitada ao valor de suas quotas, respondendo todos solidariamente pela integralização do capital social.

Os sócios adquirem certas liberdades dentro dessa sociedade e no caso de insucesso de seu negócio, ele só pagará pelo valor máximo de sua quota no capital social e seus bens pessoais não serão comprometidos. Apesar de todos esses benefícios, existem exceções à regra e alguns sócios podem responder ilimitadamente pelas obrigações sociais.

A responsabilidade limitada é o elemento principal definidor do tipo societário ora em análise. De acordo com a legislação brasileira, cada sócio é responsável apenas pelo montante que subscreveu, desde que o capital social da sociedade esteja inteiramente integralizado. Caso a dívida contraída seja superior a tal montante, o prejuízo deverá ser suportado pelo credor, uma vez que o mesmo, sabendo do valor do capital social, poderia ter estipulado no preço uma taxa pelo risco de não obter ressarcimento integral de seu crédito.

2.1 Origem histórica

Visando a compreensão das origens da Sociedade Limitada no âmbito mundial, é necessário ter um panorama sobre a divergência que existe acerca de seu surgimento, havendo autores que atribuem a sua origem na Inglaterra e outros na Alemanha. A respeito desse aspecto nos diz Rubens Requião: "O surgimento das sociedades por cota de responsabilidade limitada está envolto em viva controvérsia. Uns consideram-nas de origem britânica e outros, alemã..."¹.

A tese que atribui a origem das Sociedades Limitadas na Inglaterra se constrói pelo fato que em meados do século XX, devido às inúmeras dificuldades encontradas pelos comerciantes ingleses para a criação das sociedades anônimas, as denominadas *public companies*, foi então criada dentro do sistema *common Law* outro tipo de sociedade, denominada de *private companies*. Nesse sentido escreveu Loacir Gschwendtner²:

Em meados do século XX, os pequenos e médios comerciantes ingleses, buscando fugir das dificuldades que existiam para a criação das sociedades anônimas, criaram, em acordo com o que autorizava o direito costumeiro (*common Law*), sociedades diferentes das anônimas, em especial sobre a forma de constituição, capital e

¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.p.476.

² GSCHWENDTNER. Loacir. **A Sociedade Limitada no Código Civil de 2002**. Joinville: Univille, 2004.p.13.

números de sócios. O uso deu o nome de *private companies* a essas sociedades, para distingui-las das grandes empresas, que eram denominadas *public companies*.

Entretanto, dentro da tese de que a Sociedade Limitada teve a sua origem na Inglaterra, ressalta-se outro ponto de vista, com o argumento de alguns juristas no sentido que a divergência de nomenclatura, exposta acima, se deve pelo fato da legislação inglesa ter adotado a denominação de *limited*, a qual foi retirada da legislação francesa, que por sua vez havia atribuído erroneamente tal denominação para uma Sociedade Anônima. Sobre este ponto escreveu Rubens Requião³: “Deve-se essa divergência ao uso que a legislação inglesa fez da expressão *limited*, secundada pela legislação francesa de 1863, que instituiu uma Sociedade Anônima impropriamente de *société à responsabilité limitée*”.

De maneira diversa, encontra-se a hipótese de que a Sociedade Limitada teve a sua origem na Alemanha. Tal tese se ampara no fato de que a Alemanha foi o primeiro país no mundo a instituir legalmente outro tipo de sociedade, onde seus sócios apresentavam responsabilidade limitada à sua participação no capital social.

Em comum com a tese da Inglaterra, a Sociedade Limitada surgiu na Alemanha diante das dificuldades encontradas pelos comerciantes em constituir Sociedades Anônimas e também pela inconstância na economia do país, que ansiava pelo crescimento.

Nesse ponto, José Waldecy Lucena⁴ ressalta o pioneirismo alemão ao legislar sobre o tipo societário em questão:

O comércio medievo -viu-se- fez nascer os tipos de sociedade, que nos séculos seguintes, aperfeiçoar-se-ia: a sociedade em nome coletivo, a sociedade em comandita simples, a sociedade em conta de participação e a Sociedade Anônima. Mas, à medida que tais tipos societários ganhavam contornos definitivos, ressentiam-se o pequeno e o médio comerciantes da inexistência de uma forma não dispendiosa, simples e desburocratizada de criação e funcionamento, características das sociedades em nome coletivo e em comandita.

Coube ao gênio jurídico alemão, interpretando esse anseio dos comerciantes, que não somente alemães, mas de inúmeros outros países, legislar pioneiramente sobre a sociedade de responsabilidade limitada, a “*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*”⁵ [grifo no original], ou abreviadamente “*GmbH*”⁶, como é também conhecida.

De fato, na segunda metade do século XIX, sentia-se na Alemanha que os tipos de sociedade existentes não atendiam aos anseios e preocupações de grande faixa dos comerciantes, que não sendo portadores de vultosos capitais, nem querendo correr os riscos da responsabilidade ilimitada, não podiam, ou não lhes convinha, adotar a forma de Sociedade Anônima, de constituição difícil, dependente de autorização, dispendiosa e extremamente burocratizada. O ideal seria então um tipo social que, embora limitando a responsabilidade dos sócios, tal como a anônima, desta diferiria, no entanto, na vedação da cessibilidade das quotas sociais a estranhos, na forma de constituição mais simplificada e na direção pessoal dos negócios sociais.

³ REQUIÃO, Rubens, *op cite*, p.476.

⁴ LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 5.

⁵ Sociedade de responsabilidade limitada alemã [tradução nossa].

⁶ Ltda. alemã [tradução nossa].

Ainda sobre este aspecto, escreve Marcelo M. Bertoldi⁷:

Esse tipo de sociedade surgiu em 1892 na Alemanha, com a criação da chamada sociedade de responsabilidade limitada. Logo o novo modelo serviu de inspiração para que outros países adotassem aquele formato de sociedade, que tinha como vantagem a simplicidade de sua constituição, se comparada com as sociedades anônimas, além do fato de seus sócios não responderem de forma ilimitada pelas dívidas da sociedade, como ocorria com os demais tipos de sociedades então existentes.

Em análise a ambas as teses, verifica-se que, do ponto de vista legislativo, o mérito de criação da Sociedade Limitada se deve a Alemanha, com a lei de 20 de abril de 1892 denominada de “*Gesellschaft mit Beschränkter Haftung*”, no entanto verifica-se também que o formato de Sociedade Limitada conhecido como *private company* já era anteriormente adotado na Inglaterra, porém somente muito tempo depois veio a ser positivado. Nesse sentido é a lição de Waldirio Bulgarelli⁸:

Na análise da origem histórica da sociedade por quotas de responsabilidade limitada (que em outros países é denominada simplesmente de sociedade de responsabilidade limitada), depara-se a controvérsia entre os autores, uns afirmando que ela proveio da Inglaterra e outros, da Alemanha. Deve-se ter presente, nessa aparente contrariedade de pontos de vista, que legislativamente, sem dúvida, a primazia cabe à Alemanha com a lei de 20 de abril de 1892, mas os elementos básicos conformadores desse tipo de societário surgiram muito tempo antes, na Inglaterra, pela força dos costumes, e o fato de só bem mais tarde ter sido regulada pelo legislador e com evidentes diferenças em relação ao modelo europeu-continental não lhe tira o pioneirismo [...]

Ocorre que, independente de quem tenha criado de fato a Sociedade Limitada ou a positivado, esta se espalhou pelo mundo superando qualquer outro tipo de Sociedade.

A Sociedade Limitada tem como característica principal o fato de seu capital social encontrar-se dividido em quotas, as quais podem ser iguais ou desiguais, pertencendo uma ou diversas a cada sócio, cuja responsabilidade é limitada ao valor de suas quotas, respondendo todos solidariamente pela integralização do capital social.

A Sociedade Limitada apresenta algumas características favoráveis a pequenos e médios empreendedores no momento de sua constituição. Segundo André Luiz Santa Cruz Ramos⁹, a principal razão para sua ampla utilização é a limitação da responsabilidade dos sócios e a contratualidade, os sócios podem limitar as perdas, respondendo tão somente por

⁷ BERTOLDI, Marcelo M. Curso Avançado de Direito Comercial: Teoria geral do direito comercial, direito societário. 2.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.v.1.p.209.

⁸ BULGARELLI, Waldirio, **Sociedades Comerciais**: Sociedades Civas e Sociedades Cooperativas Empresas e Estabelecimento Comercial. 8.ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999.p.116.

⁹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado**. 2ª- edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pág. 248.

sua parcela do capital social, uma vez integralizado totalmente. As relações entre os sócios podem ainda basear-se nas disposições de vontade destes, contidas no Contrato Social, sem os rigores impostos pela lei.

O Código Civil de 2002 trata da Sociedade Limitada em capítulo próprio, do art. 1.052 ao art. 1.087, entretanto, há outros dispositivos aplicáveis a este tipo societário. Conforme dispõe o art. 1.053 do referido *codex*, nas omissões aplicam-se as normas previstas para a sociedade simples, e o parágrafo único dispõe sobre a possibilidade da regência supletiva pelas normas da Sociedade Anônima nas matérias de livre definição contratual dos sócios, quando os sócios assim o desejarem e disporem no contrato social.

Devido à amplitude de aplicação e um detalhamento técnico de maior profundidade, a Lei das Sociedades Anônimas – LSA – é aplicável a todos os tipos societários por analogia. Assim, mesmo não dispondo o contrato social acerca da utilização supletiva da LSA, ela poderá ser aplicada analogicamente quando o Código Civil e as disposições referentes às sociedades simples forem lacunosos¹⁰.

Ricardo Fiúza¹¹ assim leciona:

A Sociedade Limitada é, na atualidade, o tipo mais comum e usual de organização e estruturação da empresa coletiva. Representa a espécie societária adequada à constituição das pequenas e médias empresas, sendo largamente utilizada no âmbito de nosso direito positivo, seja sob a forma de sociedade empresária, de natureza mercantil, seja como modelo de organização de sociedade simples. A Sociedade Limitada prevê, relativamente a seus sócios, a garantia da limitação da responsabilidade, estabelecendo nítida separação entre o patrimônio da sociedade, representado a partir de seu capital, e o patrimônio pessoal dos sócios, que não pode ser alcançado nem executado em razão de dívidas e obrigações sociais. A responsabilidade dos sócios é limitada e não solidária, ou seja, cada sócio somente responde pela parcela do capital que integralizar, tal como ocorre na Sociedade Anônima. Mas, enquanto o capital não for totalmente integralizado, os sócios assumem responsabilidade solidária entre si pelo montante que faltar para a complementação, em dinheiro ou bens, do capital subscrito.

Para constituição e dissolução deste tipo societário, devem ser seguidas as regras previstas nos Arts. 1.033 a 1.038 e 1.102 a 1.112, todos do Código Civil, não podendo ser invocadas as disposições da LSA, ainda que tenham sido eleitas no contrato social para o regime de regência supletiva.

¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. vol. 3, 5ª - edição. São Paulo: Saraiva, 2006, pág 155.

¹¹ FIÚZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**. 1ª- edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2.002, página 947.

2.2 Responsabilidade dos Sócios

No que concerne à responsabilidade dos sócios, na Sociedade Limitada, deve-se atentar para alguns termos e institutos jurídicos típicos do Direto Societário.

O primeiro deles é o termo “capital subscrito”, que é a obrigação que o sócio contrai perante a sociedade no momento de sua formação. De acordo com Fábio Ulhoa Coelho¹², “Capital Subscrito é o montante de recursos que os sócios se comprometem a entregar para a formação da sociedade”.

Relacionado profundamente, e de algum modo “antagonicamente”, o termo “capital integralizado”, que pode ser definido como o *quantum* do capital “prometido” que foi realmente pago à sociedade. De acordo com Fábio Ulhoa Coelho¹³:

Capital integralizado é a parte do capital social que eles efetivamente entregam. [...] Podem fazê-lo à vista, no ato de constituição, hipótese em que o capital integralizado será igual ao subscrito desde o início da sociedade. Mas, podem fazê-lo a prazo.

O art. 1.052 do Código Civil Brasileiro define a extensão da responsabilidade dos sócios, também apresentando uma das situações em que a responsabilidade dos sócios extrapola a limitação conferida por sua parcela do capital social: “Na Sociedade Limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital”.

A análise do dispositivo permite intuir que a responsabilidade dos sócios pelas obrigações contraídas pela sociedade será limitada ao valor do capital integralizado, mas apesar disso, outros tipos de responsabilização podem ser percebidos na Sociedade Limitada.

Abaixo apresenta-se a divisão dos tipos de limitação de responsabilidade:

Responsabilidade Limitada: Elemento que é o principal definidor do tipo societário ora em análise. De acordo com a legislação brasileira, cada sócio é responsável apenas pelo montante que subscreveu, desde que o Capital Social da sociedade esteja inteiramente integralizado. Caso a dívida contraída seja superior a tal montante, o prejuízo deverá ser suportado pelo credor, uma vez que o mesmo, sabendo do valor do capital social, poderia ter estipulado no preço uma taxa pelo risco de não obter ressarcimento integral de seu crédito.

¹² COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003. 14ª ed. p.156.

¹³ idem.

Responsabilidade Solidária: Conforme o art. 1.052 do Código Civil, a responsabilidade solidária é aplicada quando o capital ainda não foi totalmente integralizado. Aplica-se entre os sócios da Limitada, ainda com relação àquele que tenha integralizado a parte que subscreveu, o qual responderá de maneira solidária pelas dívidas da sociedade até o valor do capital não-integralizado, havendo direito de regresso contra os demais sócios. Mas, para tanto, o patrimônio da sociedade deverá ser primeiramente esgotado, uma vez que tal responsabilização é subsidiária.

Quando o sócio não integraliza as quotas dentro do prazo estipulado no contrato é considerado *remisso*, este estado de *sócio remisso* implica em reconhecer que o sócio está em débito para com a sociedade. A própria sociedade declara o estado de remisso através de decisão da assembleia ou reunião dos sócios, sendo desnecessário qualquer procedimento judicial. Neste caso podem os demais sócios tomarem medidas para resguardar seu patrimônio, dentre as quais a expulsão do sócio remisso da sociedade. Em relação ao caráter subsidiário da responsabilização solidária, expõe-se a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho¹⁴:

Já na responsabilização de sócio relacionada ao cumprimento do dever de integralizar o capital social da Limitada, vige a regra da subsidiariedade: enquanto houver patrimônio social, o do sócio não pode ser alcançado, na satisfação dos direitos dos credores (CC, art. 1.024; CPC, art. 596). O benefício de ordem é sempre oponível aos credores negociais da sociedade.

Responsabilidade Ilimitada: Apresenta-se como a exceção ao tipo societário ora em análise, mas como principal característica para a finalidade geral do presente estudo. A responsabilidade pelas dívidas societárias mantém seu caráter subsidiário, mas passa a apresentar um alcance “ilimitado”, ou seja, exauridos os recursos da sociedade, o patrimônio particular dos sócios será atingido até a quitação plena do débito. Esta exceção será aplicada em relação a certos credores, quando da ocorrência de determinadas hipóteses:

Primariamente, serão responsabilizados aqueles sócios que deliberarem contrariamente à lei ou ao contrato social, agindo com excesso de poder. No caso em questão, responderão ilimitadamente pela dívida contraída de forma contrária às determinações legais ou às disposições do contrato social, observado o direito de defesa dos sócios afetados. De acordo com o art. 1.080 do Código Civil, caso exista algum sócio que discorde da decisão que viola as determinações legais ou disposições do contrato social, este deverá formalizar sua posição para isentar-se de responsabilidade a esse respeito.

¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **A Sociedade Limitada no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.11.

É também hipótese de aplicação da responsabilidade ilimitada a constituição de sociedade marital, aquela formada exclusivamente por marido e mulher. Esta forma de sociedade é proibida pelo Código Civil, em seu art. 977, nos casos quando o regime de bens do casamento for o da Comunhão Universal ou o da Separação Obrigatória. É clara a ocorrência da confusão patrimonial quando o regime de bens for o da Comunhão Universal, e, no caso da Separação Obrigatória, nos termos do art. 1.641 do Código Civil, mostra-se a Sociedade Limitada como potencial meio de burlar as disposições legais relacionadas ao referido regime de bens. Caso, mesmo com expressa proibição, uma sociedade com tais características seja registrada na Junta Comercial, estaremos diante de um caso de emprego da responsabilização ilimitada de seus sócios pelas obrigações da sociedade.

Respondem ilimitada e solidariamente os sócios para com o credor fiscal, Seguridade Social e trabalhador, com a intenção central de, respectivamente, garantir a execução fiscal, a execução de créditos previdenciários, e em atenção ao princípio da proteção ao trabalhador, parte hipossuficiente da relação trabalhista, que não permite que o risco da atividade econômica seja transferido para o empregado.

Finalmente, será também o sócio responsabilizado ilimitadamente, através da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, quando se estiver em questão a proteção à concorrência e aos consumidores - Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), a responsabilização por lesão ao meio ambiente - Lei de Proteção Ambiental (Lei 9605/98), por violações à livre concorrência - Lei Antitruste (Lei 8.884/94), e por fraude a credores com base na separação patrimonial, este último caso sendo objeto principal do presente estudo.

2.3 Limitação de Responsabilidade

A limitação da responsabilidade tem sua origem fundada nas necessidades econômicas da sociedade, apresentando-se como um meio de divisão equitativa dos riscos comerciais. Em virtude dos amplos avanços econômicos, iniciando-se no século XIX, tanto na parte da teoria econômica, quanto nos desenvolvimentos técnico-científicos, fez-se necessário uma ampliação dos investimentos em atividades industriais e comerciais. Para garantir um mínimo de proteção aos investidores – e assim possibilitar a realização de investimentos com um risco “calculado – surgiu a figura da limitação de responsabilidade, que, sob evolução constante, levou ao surgimento dos diversos tipos societários existentes hodiernamente, inclusive a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, como definida no tópico anterior.

A limitação da responsabilidade surge como um instrumento opcional que o Direito Comercial pôs à disposição daqueles que se arriscam na atividade empresária. O instrumento utilizado foi a possibilidade da constituição de pessoas jurídicas: sociedades empresárias, nos tipos Sociedade Anônima e Sociedade Limitada (esta última, juntamente ao aspecto do Direito Falimentar, enfoque do presente estudo).

A consideração pelo legislador dos riscos aos quais o empresário se submete se faz necessária pois, excetuando-se um pequeno conjunto de fatores que estão sob controle (e ainda assim trata-se de um controle relativo, sujeito a imprevisibilidade) do empresário no exercício de sua atividade, encontra-se um conjunto quase infinito que fogem de sua capacidade de previsão ou controle, constituindo fatores de risco à atividade comercial, risco este que também é um dos fatores que possibilitam a obtenção de lucro pelas sociedades empresariais, como as questões concernentes à economia em seu aspecto global e as relações macroeconômicas.

Acerca dos aspectos macroeconômicos, diversas situações podem afetar prejudicialmente determinadas atividades ou inteiros setores da economia. Muitas das circunstâncias enfrentadas pelo empresário são de difícil previsibilidade, acarretando um risco desproporcional ao potencial lucrativo da atividade.

Levando-se em conta o importante papel no desenvolvimento socioeconômico de uma nação, há que se adotar medidas de proteção ao investimento particular, pois sem uma proteção efetiva ao investimento realizado corre-se o risco de a falta de confiança impedir a disponibilização de investimentos e créditos, minando o potencial econômico do país.

Em exceção à regra da responsabilização ilimitada das partes nas relações jurídicas interpessoais, o instituto da Sociedade Limitada foi elaborado para dar proteção às pessoas singularmente consideradas (sejam elas de personalidade física ou jurídica), representando a proteção ao patrimônio dos sócios e não do próprio patrimônio da sociedade. A responsabilidade limitada opera através da delimitação de um conjunto de bens, cuja destinação é arcar com as obrigações assumidas, sobre o qual os credores podem agir.

Constata-se assim que a possibilidade de ação dos credores fica restrita a determinados bens, mesmo que os valores devidos sejam superiores ao valor do conjunto patrimonial. A limitação da responsabilidade é a faceta aparente da separação patrimonial, isolando determinados bens dos sócios para disponibilização à sociedade, que responderá

ilimitadamente pelas dívidas contraídas pela sociedade, como explica Sylvio Marcondes Machado¹⁵:

Nas [...] figuras de responsabilidade limitada, existe sempre, como fato concomitante, a formação de um patrimônio separado, pois os bens, aos quais fica circunscrita a responsabilidade por determinadas dívidas, são subtraídos à responsabilidade pelas outras e, como tais, formam, no patrimônio do devedor, grupo subsistente por si, destinado de maneira exclusiva (reservado) a satisfazer certos credores, até a concorrência de seus créditos.

Continua o autor, em relação ao surgimento do tipo societário ora em análise:

Um dos grandes progressos dos sistemas jurídicos internacionais se dá no final do século XIX, quando, na Alemanha, num projeto de simplificação dos tipos societários, a distinção entre o risco da empresa e o risco dos sócios é levada às últimas consequências, separando-se não apenas a pessoa jurídica das pessoas físicas que a compõem, mas também o risco econômico dela e o de seus sócios. Surgiu a sociedade empresarial de responsabilidade limitada, em cuja constituição os sócios limitam seu risco, enquanto pessoas físicas, ao capital comprometido e integralizado na constituição da empresa. Motivação para tanto foi o fato de que muitos detentores de capital preferiam não investi-lo, mas guardá-lo, (...) não desejando que o risco da empresa penetrasse seu patrimônio pessoal. Esta modalidade de empresa deu origem ao maior boom desenvolvimentista conhecido naquele país. O Brasil importou essa idéia em 1919, quando legislou sobre as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, as quais passaram imediatamente a ser preferidas pelo sistema econômico¹⁶.

O instituto da limitação da responsabilidade, tal como se apresenta atualmente, revela que ela foi se transformando gradualmente desde a *societas* do Direito Romano, instituto que se apresentava como espécie de contrato entre duas ou mais pessoas que ajuntavam bens e serviços com objetivo de uma utilidade comum.

Em uma análise superficial, pode parecer injusto o credor suportar o prejuízo face à cláusula de responsabilidade limitada, considerando que ela é instituída pelos próprios sócios sem a participação de potenciais credores.

Entretanto, deve-se ressaltar que a limitação da responsabilidade de uma sociedade – de acordo com o Ordenamento Jurídico pátrio – deve ser precedida obrigatoriamente de certas medidas, tal como o registro do ato constitutivo na Junta Comercial. O registro tem a função precípua de dar publicidade aos atos dos sócios. Por esta razão, é obrigatória a inserção da palavra “limitada” no nome empresarial escolhido pela Sociedade Limitada (art. 1.058 do Código Civil). A publicidade do registro permite aos potenciais credores a ciência

¹⁵ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual**. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 271

¹⁶ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual**. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 272

do capital social da sociedade e de eventuais limitações aos atos praticados pelo administrador da sociedade.

O conhecimento da disponibilidade patrimonial da sociedade dá segurança às relações negociais permitindo que os credores saibam qual é o potencial de quitação de seus créditos face ao patrimônio societário da sociedade devedora, J. M. Othon Sidou¹⁷ assim afirma:

Não lesa virtualmente os credores quem se anuncia antecipadamente como tendo sua responsabilidade determinada. Neste caso, o credor sabe de antemão que o crédito só é coberto limitadamente, (...) tem medida a responsabilidade do devedor e conhece as possibilidades com que vai contar para garantir-se.

Também se deve levar em conta na equação do risco o fato do devedor – a Sociedade Limitada – ter pleno interesse na quitação de suas dívidas independentemente da limitação de responsabilidade, pois a solvência da sociedade é requisito para seu funcionamento empresarial e, em última instância, a geração de dividendos para seus sócios.

A limitação de responsabilidade mostra-se como fator de incentivo ao investimento na atividade empresarial, com repercussões positivas nas relações sociais e econômicas, como a geração de empregos, a circulação de mercadorias e serviços, e toda a ordem de atividades que movem a economia de um país.

Na hipótese da inexistência da limitação de responsabilidade dos sócios, eventuais empreendedores teriam que arriscar a totalidade de seu patrimônio pessoal na execução de empresa. Conforme explicitado no parágrafo anterior, a diminuição dos investimentos e disponibilidade de créditos traria graves danos à economia como um todo, como é ilustrado por Fábio Ulhoa Coelho¹⁸:

Justifica-se a sistemática de submeter as perdas dos sócios ao limite do investimento, transferindo o prejuízo para os credores da sociedade, na medida em que ao direito positivo cabe, por meio do controle dos riscos, motivar os empreendedores na busca de novos negócios. Se todo o patrimônio particular dos sócios pudesse ser comprometido, em razão do insucesso da sociedade empresária, naturalmente os empreendedores adotariam posturas de cautela, e o resultante poderia ser a redução de novas empresas, especialmente as mais arriscadas.

Examinando de modo mais profundo a questão, especialmente em seu campo econômico, revela-se que abolir a limitação da responsabilidade – seja eliminando a

¹⁷ SIDOU, J. M. Othon. **A Revisão Judicial dos Contratos e Outras Figuras Jurídicas**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 245.

¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2, p. 28.

possibilidade do ordenamento jurídico ou aplicando sem critérios a desconsideração da personalidade jurídica – acarretaria perdas significativas para a estrutura social como um todo.

Sem a garantia da manutenção de seu patrimônio particular, o investidor poderia passar a afastar-se de atividades de maior complexidade ou risco, dentre as quais se enquadram as atividades industriais e de prestação de serviços. No caso de ter que se submeter a um ambiente de insegurança jurídica, o investidor possivelmente iria movimentar seu capital para atividades de cunho financeiro, como investimentos especulativos em bolsas de valores, que não necessitam da formação de complexas relações, como ocorre com uma empresa, embora apresentem alto risco.

Considerando a maioria do empresariado nacional, com imenso número de Sociedades Limitadas de micro e pequeno porte, a ausência da limitação de responsabilidade efetivamente limitaria o exercício de quaisquer atividades ou a realização de investimento na economia. Nesse sentido, há que se perceber que o micro empreendedor não possui capital suficiente para a geração de lucros em curto prazo em investimentos financeiros ou bolsa de valores.

Sem os recursos dos pequenos investidores, que em virtude de seu grande número tem grande influência na economia quando considerados em seu conjunto, o crescimento econômico do país ficaria comprometido pela ocorrência de efeitos deletérios em cascata, afetando ultimamente até os investidores especulativos.

A limitação não é um princípio absoluto e que não comporta exceção, afinal, em casos preestabelecidos tal princípio cede a outros que na situação concreta lhe sejam hierarquicamente superiores, como no caso da fraude, abuso, má-fé, infração à lei, e até como forma de conferir maior grau de refinamento à limitação da responsabilidade.

3 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica consiste na superação da personalidade jurídica com o objetivo exclusivo de atingir o patrimônio particular dos administradores e/ou sócios da sociedade quando indevidamente utilizada.

São requisitos fundamentais para sua aplicação: prova substancial de fraude a lei ou a terceiros em relação à sociedade e seus sócios, ou seja, a prova da utilização da personalidade jurídica como instrumento para prática de abusos generalizados.

3.1 Aspectos conceituais da teoria da desconsideração da personalidade jurídica

O instrumento da desconsideração da personalidade jurídica é utilizado para coibir fraudes a terceiros, conforme explica Fábio Ulhoa Coelho¹⁹:

O objetivo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é exatamente possibilitar a coibição de fraude, sem comprometer o próprio instituto da pessoa jurídica, isto é, sem questionar a regra da separação de sua personalidade e patrimônio em relação a seus membros. Em outros termos, a teoria tem o intuito de preservar a pessoa jurídica e sua autonomia [...], sem deixar ao desabrigo terceiros vítimas de fraude.

Ainda segundo supracitado autor²⁰:

a fraude que enseja a aplicação do superamento da pessoa jurídica pode ser definida como 'o artifício malicioso para prejudicar terceiro', não se limitando este terceiro aos credores, mas abrangendo qualquer sujeito de direito lesado em seus interesses jurídicos.

Ou seja, a desconsideração da personalidade jurídica não pode ser vista em oposição ao princípio da autonomia da separação patrimonial da pessoa jurídica – ao contrário disso – ela deve ser vista como o instrumento jurídico que serve para fortalecer o princípio da autonomia, mesmo porque o seu objetivo é evitar o abuso do direito e coibir fraude a terceiros de boa-fé.

Não raramente indivíduos inescrupulosos se valem da proteção da limitação da responsabilidade da pessoa jurídica para a prática de fraudes, como a contratação de empréstimos e aquisição de bens financiados cujo valor é incompatível com a realidade fática financeira do ente moral, com a clara intenção do desvio desses recursos e bens para benefício pessoal dos sócios, o que deixaria a pessoa jurídica sem patrimônio suficiente para solver as

¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2, p. 34

²⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 58.

dívidas, prejudicando intencionalmente seus credores.²¹

Com base no contexto da manutenção da credibilidade das pessoas jurídicas atuantes no mercado, surge a teoria da desconsideração da personalidade jurídica: um mecanismo que objetiva a tutela da boa-fé das relações jurídicas desenvolvidas através das pessoas jurídicas.

Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²² assinalam que:

A doutrina da desconsideração pretende o superamento episódico da personalidade jurídica da sociedade, em caso de fraude, abuso, ou simples desvio de função, objetivando a satisfação do terceiro lesado junto ao patrimônio dos próprios sócios, que passam a ter responsabilidade pessoal pelo ilícito causado.

O objetivo do instituto da desconsideração não é a extinção da pessoa jurídica, mas sim a sua superação episódica com vistas a atingir o patrimônio pessoal dos sócios, ou seja, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não tem como objetivo atacar o plano da validade da pessoa jurídica, mas sim a eficácia relativa desta, mais especificamente no que diz respeito à sua autonomia patrimonial, como bem explica Maria Helena Diniz²³:

[...] esteja autorizado a desconsiderar, episodicamente, a personalidade jurídica, para coibir fraudes de sócios que dela se valeram como escudo sem importar essa medida numa dissolução da pessoa jurídica. Com isso subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios; tal distinção, no entanto, é afastada, provisoriamente, para um dado caso concreto, estendendo a responsabilidade negocial aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

O requisito para a desconsideração da personalidade jurídica é o abuso da personalidade jurídica da empresa que ocasione a confusão patrimonial e o desvio da finalidade da sociedade empresária, isto é, se há confusão patrimonial que impossibilite a distinção e separação patrimonial da empresa, conseqüentemente tornará inviável a manutenção do princípio da autonomia da personalidade jurídica, posto que não faz sentido a separação patrimonial da pessoa jurídica se ela na prática tornou-se inexistente.

3.2 Histórico e influência doutrinária

A doutrina é praticamente unânime em nomear como a primeira manifestação da

²¹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário**. São Paulo : Atlas, 2008, p. 226, V 1.

²² GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral**. 8a ed. Rev., atual e reform. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 228, V. 1.

²³ DINIZ, Maria Helena *in* FIÚZA, Ricardo (organizador). **Novo Código Civil Comentado**. 1ª- edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2.002, página 65

Teoria da Desconsideração da Personalidade jurídica o caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, julgado pela *House of Lords* inglesa, em última instância, no ano de 1897. Na oportunidade, Aaron Salomon constituiu uma sociedade empresarial de produção de couros e calçados, adquirindo a maioria do capital e constituindo seus familiares como sócios minoritários.

Utilizando-se da proteção da personalidade jurídica da sociedade, ele praticou uma série de atos visando fraudar seus credores. Isso porque, além de incorrer em confusão patrimonial de seus bens com os da sociedade, na qualidade de administrador, emitiu e adquiriu títulos privilegiados diante da iminente quebra da empresa.

Dessa forma, quando da dissolução da empresa, recebeu todo o seu crédito em detrimento dos demais credores, fazendo valer seu privilégio, demonstrando cabalmente abuso de direito na direção da pessoa jurídica.²⁴

Embora o julgamento tenha sido favorável a Salomon, ou seja, não atingindo o patrimônio pessoal dos sócios, o julgamento demonstrou-se essencial para o desenvolvimento da matéria, despertando interesse em uma solução para o problema em evidência.²⁵

No Brasil, Rubens Requião é o pioneiro no trato da matéria através do trabalho denominado “Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica”, tendo como referência o alemão Rolf Serick, autor de um artigo com o título de “*Aparência y realidad en las Sociedades Mercantiles – El Abuso de Derecho por medio de la Persona Jurídica*”.

A positivação da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil ocorreu em 1990, com o Código de Defesa do Consumidor, embora outros dispositivos legais já houvessem previsto medidas cujo objetivo era atacar a limitação patrimonial das pessoas jurídicas, especificamente em casos de violação à lei ou ao contrato social. São hipóteses de responsabilização pessoal dos sócios os art. 66, parágrafo único, da Lei 4.591/64, e o art. 135, do Código Tributário Nacional²⁶.

Há que se destacar a previsão da desconsideração conforme preceitua o art. 82 da nova Lei de Falências, sendo um dispositivo com enfoque à responsabilização pessoal dos sócios, mas que poderá ser utilizado, por analogia, para a desconsideração da personalidade jurídica, conforme será amplamente exposto em momento oportuno.

²⁴ FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo, 8a ed. Rev., atual, e ampl. Belo Horizonte : Del Rey, 2004, p. 143; GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 8a ed. Rev., atual e reform. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 228, V. 1; ROSENVALD, Nelson, CHAVES, Cristiano. **Direito Civil**: Teoria Geral. 4a ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008, p. 278-279, V. 1.

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 8a ed. Rev., atual e reform. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 228, V. 1; ROSENVALD, Nelson, CHAVES, Cristiano. **Direito Civil**: Teoria Geral. 4a ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008, p. 278-279, V. 1

²⁶ ROSENVALD, Nelson, CHAVES, Cristiano. **Direito Civil**: Teoria Geral. 4a ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008, p. 284, V 1.

3.3 “Teoria Maior” e “Teoria Menor” da desconsideração da personalidade jurídica

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, conforme visto, consiste na possibilidade de o magistrado, nas circunstâncias legais previstas, deixar de aplicar a tradicional regra da separação entre a sociedade e seus sócios, para responsabilizar os integrantes da pessoa jurídica pelas obrigações por ela contraídas²⁷.

No Direito Brasileiro se observa a existência de duas correntes acerca da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, Fábio Ulhoa Coelho²⁸ assim expõe:

Há no direito brasileiro, na verdade, duas teorias da desconsideração. De um lado, a teoria mais elaborada, de maior consistência e abstração, que condiciona o afastamento episódico da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas à caracterização da manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto. Nesse caso, distinguem-se com clareza a desconsideração da personalidade jurídica e outros institutos jurídicos que também importam a afetação de patrimônio de sócio por obrigação da sociedade (p. ex., a responsabilização por ato de má gestão, a extensão da responsabilidade tributária ao administrador etc.). Ela será chamada, aqui, de teoria maior. De outro lado, a teoria menos elaborada, que se refere à desconsideração em toda e qualquer hipótese de execução do patrimônio de sócio por obrigação social, cuja tendência é condicionar o afastamento do princípio da autonomia à simples insatisfação de crédito perante a sociedade. Trata-se da teoria menor, que se contenta com a demonstração pelo credor da inexistência de bens sociais e da solvência de qualquer sócio, para atribuir a este a obrigação da pessoa jurídica.

3.3.1 Teoria Maior

A “Teoria Maior” consagra a valorização da boa-fé na condução da pessoa jurídica. É chamada de teoria maior porquanto mais bem elaborada, uma vez que exige como requisito para a desconsideração da personalidade jurídica a ocorrência de fraude ou abuso de direito.

Fábio Ulhoa Coelho remete ao trabalho de Rolf Serick, que expõe em sua obra os seguintes princípios referentes à aplicação da teoria maior:

O primeiro afirma que o juiz, diante de abuso da forma da pessoa jurídica, pode, para impedir a realização do ilícito, desconsiderar o princípio da separação entre sócio e pessoa jurídica. Entende Serick por abuso da forma qualquer ato que, por meio do instrumento da pessoa jurídica, vise frustrar a aplicação da lei ou o cumprimento de obrigação contratual, ou, ainda, prejudicar terceiros de modo fraudulento. Ressalta, também, que não se admite a desconsideração sem a presença desse abuso, mesmo que para a proteção da boa-fé. O segundo princípio da teoria da

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 213.

²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 36. V 2.

desconsideração circunscreve, com mais precisão, as hipóteses em que a autonomia deve ser preservada. Afirmar que não é possível desconsiderar a autonomia subjetiva da pessoa jurídica apenas porque o objetivo de uma norma ou a causa de um negócio não foram atendidos. Em outros termos, não basta a simples prova da insatisfação de direito de credor da sociedade para justificar a desconsideração. De acordo com o terceiro princípio, aplicam-se a pessoa jurídica as normas sobre a capacidade ou valor humano, senão houver contradição entre os objetivos desta e a função daquela. Em tal hipótese, para atendimento dos pressupostos da norma, levam-se em conta as pessoas físicas que agiram pela pessoa jurídica. É este o critério recomendado para resolver questões com a nacionalidade ou raça de sociedades empresárias. O derradeiro princípio sustenta que, se as partes de um negócio jurídico não podem ser consideradas um único sujeito apenas em razão da forma da pessoa jurídica, cabe desconsiderá-la para aplicação de norma cujo pressuposto seja diferenciação real entre aquelas partes. Quer dizer, se a lei prevê determinada disciplina para os negócios entre dois sujeitos distintos, cabe desconsiderar a autonomia da pessoa jurídica que o realiza com um de seus membros para afastar essa disciplina.²⁹

O Código Civil de 2002 adota a teoria maior da desconsideração, conforme exposto em seu art. 50, onde determina que em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica.

3.3.2 Teoria Menor

A “Teoria Menor” tem sua origem com o advento do Código de Defesa do Consumidor (art. 28, §5º, da Lei 8.078/90), da Lei Antitruste (art. 18, da Lei 8.884/94) e da Lei de Proteção Ambiental (art. 4º, da Lei 9.605/98). Segundo a “Teoria Menor”, o pressuposto da desconsideração “é simplesmente o desatendimento de crédito titularizado perante a sociedade, em razão da insolvabilidade ou falência desta.”³⁰

Considerada por Fábio Ulhôa como menos elaborada, defende a desconsideração em todas as hipóteses em que necessitar a execução do patrimônio do sócio condicionada ao afastamento do princípio da autonomia por simples insatisfação do crédito perante a sociedade.³¹No que se refere a aplicação as sociedades empresárias, assim explica:

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

²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 36-37. V 2.

³⁰ Ibidem, p. 43.

³¹ Ibidem, p.47.

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.³²

Alexandre Silva³³, acerca do alcance da “Teoria Menor”, realça as ameaças ao instituto da personalidade jurídica enquanto usada de boa-fé, pois amplia as situações nas quais caberia a desconsideração para além da fraude ou abuso, podendo ser aplicada em casos simples de prejuízo do credor – que constitui um risco inerente à atividade empresarial. Desta forma não pode a teoria menor ser aplicada indiscriminadamente sob pena de se extinguir o instituto da pessoa jurídica.

Nesta acepção, sobre o prejuízo para o direito na aplicação da teoria menor, destaca-se a opinião de Ada Pellegrini Grinover, ressaltando que o entendimento majoritário dos doutrinadores tende a afastar a aplicação da teoria menor, dando interpretação aos dispositivos em comento conforme a doutrina clássica da desconsideração. Confira-se:

Mesmo nos casos em que a legislação - como no caso da tutela do consumidor e mesmo do meio ambiente - sugere que a desconsideração possa ser feita pela simples insuficiência do patrimônio daquele que, no plano do direito material, ostenta a qualidade de devedor (titular passivo da obrigação), ainda nesses casos a mais autorizada doutrina salienta que a interpretação de tais dispositivos só pode e deve ser feita à luz de todo o arcabouço doutrinário que preparou a incorporação da regra pelo sistema positivo e, assim e de volta ao início, a desconsideração deve ser vista como medida excepcional.³⁴

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou admitindo a incidência da teoria menor, na hipótese do §5º do art. 28, do Código de Defesa do Consumidor. Foi admitida, no julgamento do REsp 279.273-SP, a desnecessidade de comprovação da fraude ou abuso de direito para a ocorrência da desconsideração, concluindo, *in verbis*:

[...] A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). - A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito

³² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 36-37. V 2. p.46.

³³ SILVA, Alexandre Couto. **A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 139.

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Da desconsideração da personalidade jurídica: aspectos de direito material e processual**. In: Revista Forense comemorativa, 100 anos: tomo III, direito civil. Coordenador: Sylvio Capanema de Souza. Rio de Janeiro : Forense, 2007, p. 1047.

Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. - Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. - A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. [...]³⁵

Ainda acerca de qual teoria da desconsideração da personalidade jurídica se mostra mais adequada, Fábio Ulhoa Coelho, apesar de não refutar completamente a utilidade da Teoria Menor, demonstra de maneira clara não considerar essa formulação adequada ao direito pátrio:

Cabe falar em formulação menor, e não em desconhecimento dos exatos pressupostos da teoria da desconsideração, por uma questão de método. Em outros termos, não seria propositado apenas dizer que os juízes brasileiros, em momentos de descuido, não se dedicaram ao prévio e suficiente estudo da matéria e passaram a fazer apressado e inadequado uso da expressão “desconsideração”. De fato, como a teoria maior nasce do esforço doutrinário, realizado a partir das decisões judiciais, o mesmo método, adotado em vista da jurisprudência brasileira, conduziria ao resultado de uma formulação diferente da teoria. Conforme já assinalado, o objetivo da investigação de Serick era a identificação do critério a partir do qual os juízes norte-americanos consideravam-se autorizados a ignorar a separação patrimonial entre sociedade e sócios. Assim, valendo-se do mesmo argumento, a doutrina brasileira, ao se debruçar sobre os julgados relativos ao assunto proferidos pela Justiça nacional, deve concluir que alguns juízes brasileiros se entendem autorizados a desconsiderar o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica tendo por pressuposto unicamente a frustração do credor da sociedade.³⁶

Considera, ainda, que a melhor interpretação judicial dos artigos de lei sobre a desconsideração é a “Teoria Maior”, que prestigia a contribuição doutrinária, respeita o instituto da pessoa jurídica, reconhece a sua importância para o desenvolvimento das atividades econômicas e apenas admite a superação do princípio da autonomia patrimonial quando necessário à repressão de fraudes e à coibição do mau uso da forma da pessoa jurídica.³⁷

³⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 3a Turma. REsp 279273/SP. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, DF, 04 dez. 2003. DJ de 29.3.03, p. 230.

³⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**: direito de empresa. 10 ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 47. V 2.

³⁷ Ibidem, p. 55.

3.4 Da possibilidade de ser declarada de ofício

Na linguagem forense, a expressão “de ofício”, ou “por ofício”, entende-se como o que se faz ou se executa por iniciativa própria, sem pedido de alguém, somente por que se está a obrigação ou no dever legal de assim proceder.³⁸

O tema da aplicação *ex officio* da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é abordado, distintamente, nos arts. 28 do Código de Defesa do Consumidor e 50 do Código Civil de 2002, neste somente se admitindo a aplicação da teoria quando houver requerimento do interessado ou do Ministério Público nas hipóteses de cabimento de sua intervenção no processo. No campo das relações de consumo não há a mesma exigência em razão das normas constantes do CDC serem de ordem pública, portanto o juiz poderá aplicar a teoria da desconsideração mesmo quando não houver requerimento do interessado ou do Ministério Público.³⁹

De acordo com a Teoria Maior, para a desconsideração da personalidade jurídica e posterior execução de bens de sócios, é necessária ação própria de conhecimento, não sendo a desconsideração admitida por despacho judicial em execução de sentença. Portanto, se o título é apenas em desfavor, da pessoa jurídica haveria a necessidade de manejar ação própria contra os sócios para demonstrar a fraude ou abuso da personalidade jurídica.

Nesse sentido Fábio Ulhoa Coelho explica:

[...] simples despachos em processos de execução movidos contra a sociedade, determinando a penhora de bens dos sócios importam flagrante desobediência ao direito constitucional ao devido processo legal. Desta forma, com base no direito constitucional ao devido processo legal do sócio da Sociedade Limitada, deverá o credor social, promover a prévia ação de conhecimento, cita-lo, provar o pressuposto de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (fraude ou abuso de direito), obter sentença condenatória transitada em julgado para, somente depois, postular a penhora dos bens do patrimônio do membro da pessoa jurídica.⁴⁰

Ainda, o autor defende que o Judiciário não pode simplesmente dispensar o prévio título executivo judicial para fins de tornar efetivo qualquer tipo de responsabilização contra sócio ou administrador de sociedade empresária. Ainda que se admita que o pressuposto da

³⁸ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**, 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 572.

³⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Desconsideração da personalidade jurídica: visão crítica da jurisprudência*, São Paulo: Atlas, 2009, p. 25.

⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o devido processo legal**. *Repertório IOB de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial*. São Paulo. n° 2, jan. 2000, p.45

teoria da desconsideração não fosse a fraude, mas a mera insatisfação do credor social, isso não alteraria em nada a discussão dos aspectos processuais da aplicação da teoria.⁴¹

Muito embora, há ampla corrente doutrinária no sentido de que a desconsideração da personalidade jurídica dispensa o ajuizamento de uma nova ação. Isso não quer dizer, todavia, que o contraditório daquele em detrimento do qual houve a desconsideração não deva ser exercido.⁴²

Segundo esta corrente, caso demonstre-se a existência de fraude ou abuso por parte de sócios, administradores ou diretores de uma sociedade, deveria o magistrado desconsiderar a personalidade jurídica no próprio processo, por intermédio de uma decisão interlocutória simples.

Como exemplo, a exposição de Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

[...] não se deve restringir a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ao processo de conhecimento. Deve-se, obviamente, dar oportunidade ao possível atingido pela aplicação da teoria da desconsideração, de produzir sua defesa com os recursos a ela inerentes, assegurando o contraditório. Assim, o raciocínio deve ser muito parecido com o tratamento normativo dado à fraude à execução, inclusive em razão da natureza jurídica de ambas ser idêntica no que tange à atuação no plano da eficácia.⁴³

Para o doutrinador Amador Paes de Almeida, a desconsideração da personalidade jurídica assume o caráter de natureza incidente e, como tal, é resolvida por decisão interlocutória. Essa característica não implica, por si só, desrespeito aos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal, mas a sua aplicação prática demanda estrita obediência a tais princípios.⁴⁴

A desconsideração da personalidade pode, ainda, ser aplicada como incidente na execução. Cuida-se de incidente no curso do processo, resguardando o devido processo legal em defesa da segurança jurídica e sem desrespeitar, da mesma forma, os princípios processuais da celeridade e instrumentalidade.⁴⁵

Em uma análise prática, o pressuposto da fraude pode não ser conhecido pelo credor no momento da propositura da ação de conhecimento, deste modo, é razoável considerar que somente com o desenvolvimento do processo seja descoberta a fraude ou o

⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 58.

⁴² ALVIM, Eduardo Pellegrini Arruda; GRANADO, Daniel Willian. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. Revista Forense. Rio de Janeiro. vol. 412, dez. 2010, p. 76

⁴³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Desconsideração da personalidade jurídica: visão crítica da jurisprudência**, São Paulo: Atlas, 2009, p. 26.

⁴⁴ ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de Bens dos Sócios**, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p.215.

⁴⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Desconsideração da personalidade jurídica: visão crítica da jurisprudência**, São Paulo: Atlas, 2009, p. 27

abuso praticado, momento em que deve ser admitido o pedido para aplicação da teoria da desconsideração. Para tanto, será imprescindível a citação do sócio ou do administrador responsável pela fraude ou pelo abuso, seja em processo cognitivo autônomo ou em incidente processual no interior da fase de execução, assegurando-lhe a ampla defesa com todos os meios a ela inerentes.⁴⁶

Não há, até agora, regulação processual da matéria, resultando portanto, em muitos casos, violação do princípio do devido processo, com determinação, às vezes de ofício, de “redirecionamento” da execução contra o sócio, chamado a opor os seus embargos, sobre ele recaindo o ônus da prova. Não raro, principalmente ocorrendo na seara trabalhista, desconsideraram-se os pressupostos legais e doutrinários da desconsideração, decretada pela simples constatação de não haver a sociedade indicado bens à penhora.⁴⁷

⁴⁶ Idem, p. 26.

⁴⁷ CALVO, Adriana Carrera. **Desconsideração da Pessoa Jurídica no Direito do Trabalho**. In: *Ciência Jurídica do Trabalho*, vol. 8, n. 53/05

4 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDA NO PROCESSO FALIMENTAR

A palavra "falência" vem do latim *fallere*, que significa "faltar", "enganar", no sentido de deixar alguém de cumprir uma obrigação. Introdutoriamente, vamos anotar alguns dos diversos conceitos de falência.

4.1 Delimitação conceitual de Falência

Primeiramente, na ideia de Amador Paes de Almeida, pode-se conceituar falência como “processo de execução coletiva contra devedor insolvente”⁴⁸.

Outro pensamento sobre falência, agora do autor Gladston Mamede, é aquele que a define como:

O procedimento pelo qual se declara a insolvência empresarial (insolvência do empresário ou sociedade empresária) e se dá solução à mesma, liquidando o patrimônio ativo e saldando, nos limites da força deste, o patrimônio do falido.⁴⁹

Nas palavras de Pedro Marco Brandão Carvalho:

A falência é a execução coletiva criada como meio de solução jurídica para o insolvente empresário ou sociedade empresária, devendo-se observar os princípios da equidade entre os credores (*par conditio creditorum*) e do respeito à classificação dos créditos, e que visa a arrecadação dos bens e créditos do devedor, realização do ativo e pagamento dos credores - sendo este através do devido rateio entre as respectivas classes apurando, por fim, a eventual prática de crimes falimentares.⁵⁰

Em adição aos conceitos acima expostos, pode-se definir a falência como o procedimento a ser observado quando não há viabilidade de recuperação judicial ou extrajudicial sob a direção do devedor, que se encontra em difícil situação econômico-financeira, praticou atos proibidos pela lei ou, sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida superior a 40 (quarenta) salários-mínimos (art. 94, Lei 11.101/2005). Ressalte-se que a liquidação da empresa só ocorre em último recurso, quando impossibilitada a recuperação da empresa.

⁴⁸ PAES DE ALMEIDA, Amador. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**, 25ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18.

⁴⁹ GLADSTON MAMEDE. **Direito Empresarial Brasileiro: falência e recuperação de empresas**, vol. IV, São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 309.

⁵⁰ CARVALHO, Pedro Marco Brandão. **Princípio da Unidade do Crime Falimentar: a sua aplicabilidade em face da evolução do direito penal falimentar**. Brasília, UniCEUB, 2008, p. 17.

A falência ocorrerá, tão somente, quando for inviável do ponto de vista econômico e jurídico a utilização dos institutos da recuperação judicial e extrajudicial que, por permitirem a continuação da atividade econômica, a manutenção dos empregos e a circulação de mercadoria e serviços, constitui saída mais vantajosa para toda a sociedade. Segundo análise de Morais Pitombo e Souza Junior:

A falência não é mais vista como portadora de um fim em si mesmo, mas como meio posto a serviço da preservação da empresa, aqui entendida em seu sentido objetivo, como unidade produtiva capaz de assegurar a geração de empregos e riquezas.⁵¹

Existem dois sistemas preponderantes de falência. O sistema ampliativo, que diz que tanto os civis, quanto os empresários individuais, quanto a sociedade empresária podem falir. O sistema chamado de restritivo, que só permite a falência de empresário individual ou de sociedade empresária, para os civis, caberia apenas a insolvência civil. O atual sistema, da lei 11.101/2005, adota, de acordo com o seu art. 1º, o sistema restritivo. Senão, veja-se:

Art. 1º. Esta lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

Na antiga lei falava-se em “comerciante”, conceito ainda bastante ligado à teoria dos atos de comércio, figura ultrapassada, que não mais se coaduna com as novas atividades econômicas relevantes surgidas ao longo dos últimos tempos. O Código Civil é considerado preciso para restringir o âmbito de incidência da lei aos empresários e às sociedades empresárias, vez que, conforme o mesmo, “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (art. 966, Código Civil).

Quanto às suas finalidades, a falência serve inicialmente, de acordo com o *par conditio creditorum*, para assegurar a igualdade de condições entre os credores. Segundo tal princípio, os credores do devedor falido – que não possui condições de saldar, na integralidade, todas as suas obrigações – devem receber um tratamento distinto do ordenamento jurídico, dando-se aos que integram uma mesma categoria de créditos iguais chances de efetivação dos mesmos. Além disso, busca defender, também, o próprio devedor falido, porque este tem interesse em ver cumprido o seu processo de falência, podendo, após

⁵¹ SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro, e MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio A., **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 332.

esse cumprimento, voltar à atividade empresarial que, sem o auxílio do Estado, ele jamais poderia realizar.

Apresenta também como objetivo a eliminação das sociedades empresariais financeira, econômica e patrimonialmente arruinadas, pois empresas nessas situações acabam por prejudicar o fluxo de riquezas na economia. Outra finalidade seria o consequente saneamento do meio empresarial - art. 75 da lei 11.101/2005⁵².

Segundo leciona Luiz Tzirulnik:

O instituto da falência vem funcionar como uma defesa para o comércio e, conseqüentemente, para o crédito, privando do comércio aquele que, não fazendo bom uso de suas prerrogativas creditícias, ferem os direitos de seus credores, inadimplindo obrigações assumidas quer através de contratos ou através de títulos de crédito retromencionados.⁵³

Neste sentido, insta destacar que a garantia dos credores é o patrimônio dos devedores. No estado capitalista contemporâneo, se alguém não cumpriu a obrigação legal ou contratual de pagar o que deve, a pessoa que possui esse crédito de recebimento pode executar, perante o Poder Judiciário, tantos bens do patrimônio do devedor quantos necessários a fim de saldar o valor devido.

O juiz identifica o título apresentado pelo credor e verifica a inexistência do pagamento, determinando a partir daí o pagamento ou penhora de algum bem do devedor para o pagamento do título de crédito.

Porém quando o patrimônio do devedor é menor que a totalidade de suas dívidas é realizada uma execução única, envolvendo todos os credores e com a abrangência de todos os bens do patrimônio do devedor, através do processo falimentar.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho: “a falência é assim o processo judicial de execução concursal do patrimônio do devedor empresário, que, normalmente, é uma pessoa jurídica revestida da forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada ou anônima.”⁵⁴

Deve-se ter em mente que a finalidade da nova Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005) é de preservar a atividade da empresa, separando-a do sujeito que a exerce e priorizando a alienação do negócio no mesmo bloco, de acordo com o art. 140 do citado *codex*. A manutenção da sociedade, livre do sócio ou administrador que não foi capaz de

⁵² “Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.”

⁵³ TZIRULNIK, Luiz. **Direito Falimentar**. 5.ed. São Paulo: RT, 1999, p.35.

⁵⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de empresas: (Lei n. 11.101, de 9-2-2005)**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 192

manter a higidez financeira da empresa, passa a ser o objeto principal da legislação falimentar.

Tendo exposto os conceitos básicos sobre a falência, passa-se ao objeto desse capítulo: um estudo sobre a adequação das normas de cunho material e procedimental do Direito Falimentar com as premissas básicas da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

4.2 Compatibilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica com o Direito Falimentar

Considerando o acima preliminarmente exposto, passa-se a análise da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dentro do Processo Falimentar, com um exame da doutrina acerca da matéria, sua compatibilidade com os princípios que regem o Processo Falimentar, a jurisprudência dos Tribunais – especialmente o Superior Tribunal Federal, e as disposições legais pertinentes.

Com efeito, existem instrumentos legais que indicam pela existência do instituto, embora não sejam expressos nesse sentido. Exemplo disso é o art. 82, da Lei de Falências e Recuperação de Empresas – LRF – (Lei 11.101/05), que assinala a possibilidade de verificação de responsabilidade pessoal dos sócios da sociedade falida, no próprio juízo falimentar. Apesar de dizer respeito à ação de responsabilização pessoal dos sócios, é necessário interpretação mediante analogia para suprir a omissão legislativa relativa à desconsideração da personalidade jurídica. Transcreve-se o mencionado dispositivo:

Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

§ 1- Prescreverá em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, a ação de responsabilização prevista no caput deste artigo.

§ 2^o O juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização.

Segundo Luiz Fernando Valente Paiva⁵⁵, “A *desconsideração da personalidade jurídica não deverá ser utilizada para apuração de responsabilidade dos sócios para o que há previsão expressa na lei falimentar*” (arts. 81 e 82 da LRF).

Por ora, vislumbra-se que a desconsideração da personalidade jurídica é admissível no processo falimentar, uma vez preenchidos os requisitos legais (art. 50 do CC), podendo tal ato ser deferido de forma incidental no processo de falência, desde que sejam respeitados os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, conforme previstos no art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal, dado que se tratam de direitos fundamentais com caráter instrumental no processo cível.⁵⁶

A ação de responsabilidade do art. 82 da LRF não pode ser confundida com a desconsideração da personalidade, isto porque, embora existam entendimentos contrários, na primeira hipótese não seria correto dizer que há extensão dos efeitos da falência, considerando que, na verdade, ocorre apenas o dever de indenização com o ressarcimento do prejuízo causado à massa falida, enquanto na segunda hipótese (desconsideração da personalidade jurídica), há a extensão dos efeitos da falência para atingir os bens dos sócios. Carlos Henrique Abrão entende que:

A ação de responsabilidade não se trata de responsabilidade derivada da desconsideração da personalidade jurídica ou de matéria que pudesse ensejar conotação objetiva, mas sim de exteriorizar procedimento com o fim específico de se buscar dos administradores, gerente e controladores o aspecto culposo dos atos ruinosos ou prejudiciais que impliquem o ressarcimento, entrando o numerário para o ativo da empresa.⁵⁷

Outro dispositivo legal que indica pela aplicação da teoria da desconsideração é o art. 22, III, e, da Lei 11.101/05. Pela sua redação verifica-se que uma das funções do administrador judicial é a elaboração do relatório circunstanciado, devendo “*apresentar, no prazo de 40 (quarenta) dias, contado da assinatura do termo de compromisso, prorrogável por igual período, relatório sobre as causas e circunstâncias que conduziram à situação de*

⁵⁵ PAIVA, Luiz Fernando Valente. **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo. Quartier Latin. 2005. Pág 393.

⁵⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]”

⁵⁷ ABRÃO, Carlos Henrique. **Comentários de Recuperação de Empresas e Falência**. Saraiva. São Paulo.SP. 2007. Pag 239, 2ª Ed.

falência, no qual apontará a responsabilidade civil e penal dos envolvidos, observado o disposto no art. 186 desta Lei”.

Ao prever a necessidade de apuração da eventual condução indevida da pessoa jurídica falida dentro do processo falimentar, é possível observar a preocupação na apuração de desvios na condução da empresa, o que, eventualmente, poderá constituir indícios suficientes para a satisfação dos requisitos autorizativos do deferimento da teoria da desconsideração. Nesse sentido são as lições de Gladston Mamede:

Embora o referido artigo 186 tenha se referido apenas a atos que possam constituir crime, o relatório circunstanciado tem, a bem da verdade, uma dimensão maior, como fica claro do artigo 22, III, e, da mesma lei, servindo também para apuração de atos ilícitos civis que possam determinar a responsabilidade civil de seus agentes (empresário, administrador societário, sócios ou terceiros), eventuais fraudes que deem margem à anulação do ato (aplicado o artigo 166 do Código Civil, a exemplo do ato que, não obstante tenha objeto lícito, tem motivo determinante ilícito, comum a ambas as partes, ou do ato que tenha por objeto fraudar lei imperativa), simulações (conferir o artigo 167 do Código Civil) etc. Particular atenção se deve ter para as hipóteses que, mesmo sem caracterizar ilícito penal, justifiquem a desconsideração da personalidade jurídica, conforme previsão anotada no artigo 50 do Código Civil.⁵⁸

Destarte, fazendo uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro, é forçoso concluir pela aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em sede de Direito Falimentar⁵⁹. É de se ressaltar, contudo, que algumas reflexões induzirão à mitigação da teoria em casos específicos, como corolário da própria disciplina da pessoa jurídica.

Conforme exposto, a verificação da incidência da teoria da desconsideração passa pela análise de seus necessários pressupostos. A aplicabilidade da teoria dentro do Direito Falimentar exige a presença de três requisitos essenciais, quais sejam: *a)* a existência de ente dotado de personalidade jurídica autônoma; *b)* a existência de fraude ou abuso de direito (teoria maior subjetiva); *c)* a imputação dos atos fraudulentos ou abusivos à pessoa jurídica.

Sobre a existência da personalidade jurídica da pessoa jurídica, esta permanece incólume mesmo após o decreto falimentar, conforme se extrai da interpretação dos dispositivos legais pertinentes. Nesse sentido, destaque-se o art. 51 do Código Civil, que assinala que a pessoa jurídica só será dissolvida após a sua regular liquidação:

Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua.

⁵⁸ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. São Paulo Atlas, 2006, p. 115-116, V 4.

⁵⁹ Idem, p. 400-403, V. 4.

§ 1- Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução.

§ 2- As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado.

§ 3- Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica.

Corroborando com isso, o art. 75 da Lei de Falências e Recuperação de Empresas (Lei 11.101/05) indica como efeito imediato do decreto falimentar o afastamento do devedor de suas atividades, tarefa que incumbirá ao administrador judicial. *Contrario sensu*, a pessoa jurídica devedora continuará existindo, podendo, inclusive, participar do processo, intervindo quando for necessário, já que possui capacidade processual para tanto⁶⁰. Confira-se das lições de Gladston Mamede:

O falido é uma das partes do processo falimentar, viu-se. Em fato, desde a decretação da falência ou do sequestro de seus bens, prevê o artigo 103 da Lei 11.101/05, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor. O parágrafo único deste artigo, no entanto, realça que o falido poderá fiscalizar a administração da falência, requerer as providências necessárias para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados e intervir nos processos em que a massa falida seja parte ou interessada, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis. Assim, mesmo afastado da administração do seu patrimônio - a massa falida, faz-se presente em juízo, devendo constituir advogado para a sua representação judicial, respeitados o artigo 1º, I, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), bem como o artigo 36 do Código de Processo Civil. O empresário falido detém ampla faculdade processual: pode requerer medidas processuais e responder a medidas que sejam requeridas, impugnar atos do administrador judicial, recorrer de decisões judiciais etc. O decreto falimentar, portanto, não tem como efeito desconstituir a pessoa jurídica; esta continua existindo. Assim, o primeiro requisito para a desconconsideração da personalidade jurídica não encontra óbices no processo falimentar, mesmo com o decreto da falência.⁶¹

No entanto, quando se passa para a análise do segundo requisito - a existência de ato fraudatário ou abusivo - constata-se a impossibilidade de configuração após a sentença constitutiva da falência. Isso porque o art. 75 não prejudica a existência da pessoa jurídica, ao afastar o administrador da condução da sociedade, impossibilitando que façam uso da empresa de forma indevida, mediante atos fraudatários ou abusivos.

Também corolário disso é que uma eventual intervenção dos credores na sociedade falida após o decreto falimentar seria um ato ilegal, não podendo, destarte, ser imputado à pessoa jurídica, sendo caso de responsabilidade pessoal do sócio.

Conclui-se, portanto, que a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica se

⁶⁰ AQUINO, Diva Carvalho. **Dos efeitos da decretação da falência em relação aos bens e pessoas do devedor e administradores.** In: Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas. Coordenador: Luiz Fernando Valente de Paiva. São Paulo : Quartier Latin, 2005, p. 385.

⁶¹ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas.** São Paulo:Atlas, 2006, p. 406-407, V. 4.

faz presente efetivamente dentro Direito Falimentar, por ser instrumento relativo à Teoria Geral do Direito, mais especificamente às normas conferidas à pessoa jurídica e à todas as relações em que elas estejam presentes. No entanto, este entendimento não deve ser extensivo aos atos praticados após a sentença constitutiva da falência, por razões óbvias, já que o sócio não poderia mais agir em nome da sociedade para o cometimento de atos desvirtuados.

4.2.1 Do respeito ao princípio da isonomia

Necessária a análise da compatibilidade da desconsideração da personalidade jurídica com o princípio da isonomia na relação entre os credores, também denominada *par conditio creditorum*. A falência, enquanto processo de execução coletiva, exige a observância de dois critérios fundamentais, quais sejam, o interesse público de que determinados créditos sejam solvidos com preferência - e nesse sentido vide a classificação dos créditos, disposta nos arts. 83 e 84 da Lei de Falências e Recuperação de Empresas, e a observância do referido princípio, que confere a necessária igualdade entre os credores de uma mesma classe.⁶²

Portanto, levando-se em consideração que, mediante a desconsideração da personalidade jurídica, um credor poderá ter seus créditos satisfeitos independentemente da ordem da classificação de créditos no Quadro Geral de Credores, poder-se-ia argumentar que o deferimento da medida da superação da personalidade jurídica da pessoa jurídica no curso de um processo de falência poderia acarretar ofensa ao princípio do *par conditio creditorum*.

Nesse sentido Gladston Mamede adverte que a medida somente aproveitará ao credor requerente, senão veja-se:

[...] Desconsiderada a personalidade, a relação jurídica originária, havida entre credor e sociedade, passa a ter outra configuração: entende-se, por decisão judicial, havida entre credor e, como devedor(es), sócio(s) e/ou administrador(es), conforme especificação da sentença. Todas as demais relações jurídicas da sociedade não são afetadas pelo deferimento da desconsideração da personalidade jurídica em relação a uma ou mais obrigações; daí a indispensável necessidade de precisão dessas. Não há falar, portanto, em arrecadação para a massa falida do valor daquela obrigação. Haverá arrecadação para a massa falida somente quando for ela, a massa, a credora. Por exemplo, se o administrador judicial alegar, demonstrar e provar que, em relações jurídicas que tinham a sociedade como credora e foram por elas adimplidas, deveria haver desconsideração da personalidade jurídica para responsabilizar pessoalmente sócio ou administrador.⁶³

Contudo, uma análise mais profunda afasta os argumentos apresentados contra a

⁶² CARVALHO, Pedro Marco Brandão. **Princípio da Unidade do Crime Falimentar**: a sua aplicabilidade em face da evolução do direito penal falimentar. Brasília, UniCEUB, 2008, p. 13.

⁶³ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: falência e recuperação de empresas. São Paulo : Atlas, 2006, p. 403, V 4.

aplicação da teoria no Direito Falimentar, por manifesta falta de interesse. A desconsideração da personalidade jurídica, antes de caracterizar um prejuízo a eventuais credores com crédito privilegiado, vem a beneficiá-los.

Marlon Tomazette define a desconsideração da personalidade jurídica como:

[...] a retirada episódica, momentânea e excepcional da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a fim de estender os efeitos de suas obrigações à pessoa de seus sócios ou administradores, com o fim de coibir o desvio de função da pessoa jurídica, perpetrado por estes.⁶⁴

Infere-se da definição acima, portanto, que o credor requerente da medida de superação da autonomia patrimonial não seria solvido com ativo da massa falida, senão com o próprio patrimônio do sócio fraudador. A incidência da desconsideração, em uma análise finalística, pode ser considerada analogicamente como a transferência de uma obrigação da massa falida para o sócio da sociedade. Assim, na hipótese em questão, há a diminuição do passivo sem a oneração do ativo da massa falida, com efeitos positivos para o concurso de credores, não havendo que se falar em qualquer ofensa ao princípio do *par conditio creditorum*.

Igualmente, o simples fato de receber o crédito antes dos demais credores, por si só, não indica ofensa ao tratamento paritário entre os credores. Fábio Ulhoa Coelho assim sustenta:

Tratamento paritário não significa dispensar a todos os credores iguais chances de recebimento de seu crédito na falência da sociedade devedora. Significa distingui-los segundo a natureza do crédito. O tratamento paritário não é igualitário, em suma. Por essa razão, os credores são hierarquizados: uns receberão seus créditos antes de outros, em atenção à ordem de classificação e preferências disposta na lei.⁶⁵

Seguindo este entendimento, o STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO TRABALHISTA. FALÊNCIA DA EXECUTADA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CONSTRIÇÃO. BENS DOS SÓCIOS. CONFLITO POSITIVO. INEXISTÊNCIA.

- Se a execução promovida contra pessoa jurídica foi direcionada para atingir um dos sócios, não mais se justifica a remessa dos autos ao juízo falimentar, pois o patrimônio da falida ficou livre de constrição. Precedentes.

- Considerando que os recursos a serem utilizados para satisfação do crédito trabalhista não desfalcarão o patrimônio da massa falida, não há de se falar em burla à ordem de pagamento dos credores na falência.

⁶⁴ TOMAZETTE, Marlon. **Direito Societário**. 2ª ed. São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 70.

⁶⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. T ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 326. V. 3.

Agravo a que se nega provimento.⁶⁶

A desconsideração da personalidade jurídica é, sem dúvida, uma situação excepcional que oportuniza ao credor prejudicado por atos fraudatórios ou abusivos pleitear a solvência de seu crédito perante o sócio da pessoa jurídica devedora. Dessa forma, principalmente por não haver qualquer prejuízo aos demais credores, mas também por se tratar de uma situação que demanda um tratamento especial pelo ordenamento jurídico, não há que se falar em ofensa ao princípio do *par conditio creditorum*.

4.2.2 Do respeito aos aspectos processuais da teoria da desconsideração da personalidade jurídica

Confirmada a compatibilidade do instituto da desconsideração da personalidade jurídica com o Direito Falimentar, faz-se imprescindível instrumentalizar a sua aplicação nos moldes exigidos pelo Direito Processual e pelos princípios de Direito Constitucional, notadamente no que diz respeito à observância ao princípio do contraditório e à efetividade das tutelas jurisdicionais, sem malferir desproporcionalmente o direito de propriedade do sócio da pessoa jurídica devedora, o que, na prática, não pode ser aferido meramente através de critérios objetivos.

Dessa forma, se por um lado o procedimento a ser adotado deve assegurar a possibilidade de manifestação do sócio da sociedade falida sobre as acusações de fraude ou abuso de direito, por outro, também deve clamar por sua efetividade, admitindo-se que se faça mediante um incidente ao processo de execução, por meio de uma simples petição, ou seja, 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*.⁶⁷

Embora seja reconhecida a dificuldade na solução da problemática no caso concreto, cabe reiterar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consagrou entendimento firme no sentido da desnecessidade de ação autônoma para o deferimento da

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2º Seção. Agravo Regimental no Conflito de Competência 109.256/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 23/4/2010.

⁶⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.096.604/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16/10/2012.

desconsideração da personalidade jurídica⁶⁸.

Com efeito, é correto o posicionamento acerca da desnecessidade de ação autônoma, o que corrobora com o entendimento de que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica pode ser realizado em via incidental ao processo falimentar, em prestígio à efetividade das tutelas jurisdicionais. Essa via incidental tem que representar instrumento idôneo para o exercício do contraditório, o que, na particularidade da maioria dos casos analisados, não vem acontecendo.

Visualiza-se, entretanto, a possibilidade de uma normatização efetiva do mecanismo de desconsideração de personalidade jurídica através das disposições contidas no projeto do *Novo Código Civil* – Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, mediante a criação do *incidente de desconsideração da pessoa jurídica*.⁶⁹

Ainda sobre a desnecessidade de ação autônoma, adote-se, por exemplo, a análise do julgamento do REsp 786.345-SP, onde a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça seguiu o voto do Ministro relator Humberto Gomes de Barros, para confirmar decisão liminar de desconsideração da personalidade jurídica em processo falimentar. Assim, o magistrado inicialmente relata a decisão do juízo *a quo* da seguinte forma:

O caso dos autos me chamou a atenção pela facilidade com que o juiz, em primeiro grau, acolheu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica. A falência foi decretada, quatro dias depois o síndico assumiu suas funções e, na mesma data, fez o pedido cujo deferimento deu origem a este recurso.

A decisão se baseou em dois fatos: o primeiro, uma declaração escrita do Sr. Pedro Hungria dirigida a um estabelecimento bancário, em que afirma ter assumido a presidência do “Grupo Enco-Zolcsák” e lista as empresas que fariam parte do referido grupo; o segundo, as petições apresentadas pela ora recorrente, informando a existência de caixa-único entre três das empresas mencionadas na declaração do

⁶⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.034.536, Quarta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 16 de dezembro de 2008. Lex: DJe de 03 de fevereiro de 2008; RMDCCPC, vol. 28, p. 109; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça; Recurso Especial nº 920.602, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 27 de maio de 2008. Lex: DJe de 23 de junho de 2008; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 14.168, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 30 de abril de 2002. Lex: DJ de 05 de agosto de 2002, p. 323; REVOR, vol. 366, p. 220; RSTJ, vol. 160, p. 253.

⁶⁹ “Art. 77 Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado 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 ou aos bens de empresa do mesmo grupo econômico.

Parágrafo único. O incidente da desconsideração da personalidade jurídica:

I – pode ser suscitado nos casos de abuso de direito por parte do sócio;

II – é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e também na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Art. 78. Requerida a desconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou o terceiro e a pessoa jurídica serão citados para, no prazo comum de quinze dias, se manifestar e requerer as provas cabíveis.

Art. 79. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento.”

Sr. Pedro Hungria e excluindo expressamente a empresa Agropecuária Pedro Hungria Ltda. do chamado Grupo Zolcsák, por sua finalidade e objeto absolutamente diversos das demais empresas.

E foi só. O Síndico, em um único parágrafo de sua primeira manifestação no processo da falência, requereu a desconsideração da personalidade jurídica de todas as empresas mencionadas até então nos autos, mesmo aquelas cujo contrato social não se fazia presente, bem como a extensão dos efeitos da quebra a todos os quotistas ou acionistas, dirigentes ou não, das empresas atingidas.

Não havia outras provas de abuso de direito, fraude aos credores ou ofensa à lei. Havia única e exclusivamente a prova, pré-constituída, de que algumas das empresas trabalhavam em regime de caixa único. Este, aliás, o suporte de fatos em que se basearam tanto o juiz em 1º grau como o TJSP e que, evidentemente, adoto neste julgamento.

Ou seja, o próprio relator do processo destaca que o exame da matéria foi feito de forma superficial, sem a devida discussão acerca da existência da fraude ou abuso de poder pelo sócio da empresa falida. Nesse caso, demonstra-se franca violação ao direito do contraditório, eis que o sócio não pôde sequer se defender da imputação dos atos fraudulentos à sua pessoa.

No entanto, verifica-se que na sequência do voto do relator, o magistrado assinala a desnecessidade de participação do sócio da sociedade falida no processo de execução, quando esteja patente a confusão patrimonial no processo de conhecimento:

Como bem afirmou a eminente Ministra Nancy, a lógica do instituto da desconsideração resolve a questão: se as pessoas dos sócios se confundem com a da sociedade, a participação desta última no processo é suficiente para fazer presumir que aquelas outras estão também presentes. Por isso, desnecessária a propositura de ação autônoma, sem que isso venha a ofender o devido processo legal.

Como afirmei no início desta exposição, me pareceram um tanto açodados o pedido de desconsideração feito pelo síndico e o seu deferimento pelo juiz. Isso, contudo, não me autoriza a reabrir o exame das provas produzidas para verificar se eram ou não suficientes para a decretação da medida.⁷⁰

Em conformidade com o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho⁷¹, o ônus da prova incumbe ao credor que, para constituir um título executivo contra o sócio da pessoa jurídica falida, deverá fazer prova das alegações de ocorrência de fraude ou abuso de direito. Ainda que se admita a confusão patrimonial como uma hipótese objetiva de verificação da desconsideração, esta deve ser formalmente deduzida e comprovada em juízo, perante o sócio administrador da sociedade, sob pena de ferir o princípio do contraditório.

Por consequente, adotar essa interpretação significa confrontar os fundamentos básicos da desconsideração da personalidade jurídica já expostos anteriormente. Inicialmente,

⁷⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 786.345, Terceira Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, 21 de agosto de 2008. DJe de 26 de novembro de 2008.

⁷¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 56. Volume 2.

porque a medida da desconsideração da personalidade jurídica não pode ser utilizada de maneira negativista da existência da personalidade jurídica, de modo a ensejar a total desconsideração da personalidade jurídica, senão de forma episódica, momentânea. Em segundo plano, porque não pode beneficiar toda a classe de credores, senão aqueles que requererem a medida, conforme as já mencionadas lições de Gladston Mamede.⁷²

4.2.3 Extensão dos efeitos da falência aos sócios e sociedades pertencentes ao mesmo grupo econômico

Em processos envolvendo grupos econômicos – empresas que estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica – segue-se ainda o entendimento que a desconsideração da personalidade jurídica pode ser realizada em via incidental ao processo falimentar, visto que os grupos econômicos potencializam a ocorrência da confusão patrimonial.

Esse entendimento tem sido acompanhado pelos Tribunais Estaduais, conforme se depreende do julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Neste caso, a Segunda Turma Cível admitiu a extensão do decreto falimentar a outras pessoas jurídicas, por entender comprovada a confusão patrimonial no curso da ação de falência. Senão veja-se do trecho do voto do relator:

A decisão agravada, diversamente do que alega o agravante, resguardou o direito dos credores sem sacrificar o do recorrente, pois este terá a oportunidade de exercer o contraditório e a ampla defesa em momento posterior, de modo que não sofreu qualquer prejuízo. Nesse sentido, inclusive, este Relator já se manifestou por ocasião da decisão de fls. 96/101, in verbis:

“[...] deve-se admitir que a técnica do contraditório diferido ou adiado, apontada nas informações prestadas pelo juízo singular - prevista, aliás, pelo próprio Código de Processo Civil em várias outras situações em que a citação se dá após a adoção de alguma medida judicial (exemplos: a liminar nas ações possessórias - art. 928; a liminar no processo cautelar - art. 804; a liminar nas ações que tenham por objeto a condenação do réu ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer - art. 461, §3º, entre outras) - é jurídica, constitucional e afasta, só por isso, a argumentação no sentido de que teria havia atuação jurisdicional á margem da Constituição e da lei. Entre a opção pelo alegado direito individual do agravante - que ainda será objeto de análise - e o direito coletivo dos credores da empresa falida - já reconhecida no processo falimentar que tramita no primeiro grau de jurisdição -, há de se dar prestígio ao direito de todos. [...]”⁷³

⁷² MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. São Paulo : Atlas, 2006, p. 403, V 4.

⁷³ DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Agravamento de Instrumento nº 2008002009225-9, Segunda Turma Cível, Relator Des. Arnaldo Camanho de Assis. Brasília, 04 de março de 2009. DJe de 15 de agosto de 2009.

Ressalte-se que em caso semelhante a Terceira Turma do STJ decidiu que não viola o contraditório, ampla defesa ou devido processo legal, a decisão do magistrado que, incidentalmente ao processo falimentar, estende o decreto de falência a outra pessoa jurídica por motivo de confusão patrimonial com a empresa falida. Abaixo a ementa do referido julgado:

Processo civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Falência. Grupo de sociedades. Estrutura meramente formal. Administração sob unidade gerencial, laboral e patrimonial. Desconsideração da personalidade jurídica da falida. Extensão do decreto falencial a outra sociedade do grupo. Possibilidade. Terceiros alcançados pelos efeitos da falência. Legitimidade recursal.

- Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando as diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo.

- Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores.

- A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentalmente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros.⁷⁴

No mesmo sentido o seguinte aresto da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

DIREITO COMERCIAL. QUEBRA. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (DOCTRINE OF DISREGARD OF LEGAL ENTITY). A promiscuidade existente entre as sociedades empresárias - com o desvio ou consumo de ativo, transferência irregular de numerários, tentativa de fraude contra os credores, entre outras práticas - pode ser punida, dessa forma, com o afastamento temporário do véu da personalidade jurídica. A esse respeito, há entendimento firme no c. STJ no sentido de ser admissível a extensão dos efeitos do decreto de falência a outras sociedades empresárias do mesmo grupo econômico, com amparo na mencionada Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, prescindindo de ajuizamento de ação autônoma. Não há que se falar em violação do contraditório e da ampla defesa em face da ausência de citação ou de pedido de recuperação judicial. É certo que os terceiros alcançados pela decisão poderão expor seu inconformismo por meio dos recursos cabíveis. Assim, a aplicação daqueles postulados constitucionais, corolários do devido processo de direito, é tão somente postergada.⁷⁵

Decisão recente do STJ confirma o entendimento apresentado acima:

⁷⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 12.872/SP, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 24/06/2002. Lex:DJ 16 de dezembro de 2002 p. 306.

⁷⁵ DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Agravo de Instrumento nº 20080020117170, Segunda Turma Cível, Relator Des. Waldir Leônico Júnior. Brasília, julgado em 19 de novembro de 2008, Publicação DJ 04/12/2008 p. 66.

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SUMULA 211/STJ. INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. AUSENTE. SUMULA 284/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO INCIDENTAL DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE EXECUTADA. POSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS. INTERPRETAÇÃO DE CLAUSULAS CONTRATUAL. INADMISSIBILIDADE.

[...]

7- Da desconsideração da personalidade jurídica: desnecessidade de ajuizamento de ação autônoma.

De acordo com o entendimento consolidado neste Superior Tribunal de Justiça, a desconsideração da personalidade jurídica, embora constitua medida de caráter excepcional, é admitida quando ficar caracterizado desvio de finalidade, confusão patrimonial - hipótese dos autos - ou dissolução irregular da sociedade. É o que evidenciam os seguintes precedentes: AgRg no Ag 668.190/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 16/09/2011, e REsp 907.915/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 27/06/2011.

É igualmente certo que, verificados os pressupostos necessários à desconsideração da personalidade jurídica (uso abusivo da personificação societária para fraudar a lei ou prejudicar terceiros), poderá o juiz, incidentalmente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que os atos expropriatórios alcancem bens de terceiros (pessoas físicas ou jurídicas).

Vale dizer, a adoção de tal medida prescinde da propositura de ação autônoma com essa finalidade: "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* " (REsp 1.096.604/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16/10/2012, sem destaque no original). Em sentido idêntico: REsp 920.602/DF, minha relatoria, Terceira Turma, DJe 23/06/2008.

Releva destacar, também, que esta Corte já se manifestou em diversas ocasiões acerca do cabimento da desconsideração da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sociedades integrantes do mesmo grupo econômico quando evidenciado, como no particular, que sua estrutura é meramente formal (REsp 1.071.643/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, 13/04/2009, e RMS 12.872/SP, minha relatoria, Terceira Turma, DJ 16/12/2002).⁷⁶

Para tanto, os magistrados sustentam que o princípio do contraditório estaria respeitado de forma diferida, atendendo às peculiaridades do caso concreto. Consideram que, por se tratar de processo falimentar e estando evidenciado que as sociedades atuavam em confusão patrimonial, a desconsideração da personalidade jurídica se fez necessária sem a citação da sociedade que era sócia da empresa falida.

Recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, especialmente aquelas proferidas pela Terceira e Quarta Turmas, têm estendido os efeitos da falência a sociedades empresárias coligadas, consolidando-se a posição daquela Corte quanto a dois pontos de relevo: (I) desnecessidade de ação autônoma para que se dê a extensão dos efeitos da falência

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.326.201/RJ. Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 07/05/2013. Lex:DJ 16 de maio de 2013 p. 1253.

às demais; (II) posicionamento acerca da relação entre o grupo de empresas para que se dê a possibilidade da extensão dos efeitos.

Ambas as questões foram enfrentadas pela Ministra Nancy Andrighi, nos autos do REsp 1.259.020/SP, acórdão publicado em 28.10.2011:

É importante frisar que a jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido de dispensar a propositura de ação autônoma para que se defira a extensão dos efeitos da falência de uma sociedade a empresas coligadas, consoante se vê nos seguintes precedentes: REsp 1.034.536/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe de 16/2/2009; REsp 228.357/SP, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 19/12/2003; entre outros. Assim, em princípio, caracterizada a coligação de empresas, a exigência de processo autônomo não se justificaria.

A caracterização de coligação de empresas, por sua vez, é, antes de mais nada, uma questão fática. Portanto, o que tiver decidido o Tribunal a esse respeito não pode ser revisto nesta sede por força do óbice da Súmula 7/STJ.

De todo modo, trata-se de um conceito societário. A coligação se caracteriza, essencialmente, na influência que uma sociedade pode ter nas decisões de políticas financeiras ou operacionais da outra, sem controlá-la.[...]

Na prática, contudo, independentemente de um percentual fixo, o conceito de coligação está muito mais ligado a atitudes efetivas que caracterizem a influência de uma sociedade sobre a outra. Há coligação, por exemplo, sempre que se verifica o exercício de influência por força de uma relação contratual ou legal, e em muitas situações até mesmo o controle societário é passível de ser exercitado sem que o controlador detenha a maioria do capital social. Basta pensar, nesse sentido, na hipótese de uma empresa com significativa emissão de ações preferenciais sem direito a voto.⁷⁷

O que se vislumbra, portanto, dos recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça é o posicionamento quanto à desnecessidade de propositura de ação autônoma para que se dê a extensão dos efeitos da falência, bem assim análise fundada nas circunstâncias fáticas da coligação do grupo de empresas, já delineadas nos autos, pautada na influência efetiva de uma sociedade sobre outra, não necessariamente exercitada através de relação contratual ou legal.

Privilegia-se a instrumentalidade do processo e, ao mesmo tempo, a existência do desvio de finalidade ou confusão patrimonial no intuito de fraudar credores, inviabilizando a satisfação do direito de crédito. O elemento primordial, para além da formalidade, é a intenção do abuso da autonomia da personalidade jurídica para a consecução de fraude.

4.3 A teoria da desconsideração da personalidade jurídica em outros ramos do Direito

Complementarmente à verificação da aplicação da teoria da desconsideração no Direito Falimentar, analisa-se a aplicabilidade da Teoria da Desconsideração da

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1.259.020/SP (2010/0134557-7). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 2011. Publicação DJe 28.10.2011.

Personalidade Jurídica em outros ramos do Direito, o que, segundo grande parte da doutrina, é possível, inobstante a falta de previsão legal.⁷⁸

Diósgenes Gasparini ressalta o alcance da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para concluir pela sua possibilidade de incidência dentro da disciplina de Direito Administrativo com a justificativa de se tratar de instituto da Teoria Geral do Direito. Veja-se:

[...] Não é, ainda que possa parecer, por essa razão e pela sua frequente utilização nos processos de cunho comercial, instituto exclusivo desse ramo do Direito Privado. É instituto que se afeiçoa a qualquer ramo do Direito, pois o abuso pode ser praticado pela pessoa jurídica com vista a lesar credores, a prejudicar o Fisco, a ludibriar direitos dos familiares dos sócios, a escapar de sanções administrativas, fazer tábula rasa do interesse público, a ignorar os direitos do consumidor, a vilipendiar os direitos dos trabalhadores e a burlar a lei, por exemplo, tendo como objetivo favorecer seus sócios. É instituto, pode-se afirmar, da Teoria Geral do Direito.⁷⁹

A posição adotada pelo doutrinador tem como fundamento as próprias origens da teoria, uma vez que teve gênese em interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, antes mesmo de qualquer aparição legal nesse sentido. Mesmo no Brasil, verifica-se que muito antes de seu surgimento no ordenamento jurídico pátrio - Código de Defesa do Consumidor, em 1990, já se vislumbrava a sua crescente aplicação na jurisprudência brasileira.

A teoria menor, com aplicação prevista no art. 28, § 5º do Código de Defesa do Consumidor, é questionada na medida em que permite a desconsideração da personalidade jurídica independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial, conforme exigido na teoria maior (art. 50 do Código Civil e art. 28 *caput* do Código de Defesa do Consumidor⁸⁰).

Nesse sentido, de acordo com a teoria menor, bastaria ao magistrado constatar que a personalidade jurídica tornou-se, de alguma forma, um obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao consumidor para que a desconsideração pudesse ser realizada.

Em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça confirma o entendimento da corte no sentido da ampla aplicação da teoria menor, nos termos do art. 28, § 5º do CDC, *in verbis*:

⁷⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**: direito de empresa. 10 ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 38. Volume 2;

⁷⁹ GASPARINI, Diósgenes. **Desconsideração administrativa da pessoa jurídica**. In: Revista JML de licitações e contratos, v. 1, n. 2, março de 2007, p. 5-6.

⁸⁰ “Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL PROPOSTA CONTRA A CONSTRUTORA E SEUS SÓCIOS. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ART. 28, CAPUT E § 5º, DO CDC. PREJUÍZO A CONSUMIDORES. INATIVIDADE DA EMPRESA POR MÁ ADMINISTRAÇÃO.

1. Ação de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel movida contra a construtora e seus sócios. 2. Reconhecimento pelas instâncias ordinárias de que, em detrimento das consumidoras demandantes, houve inatividade da pessoa jurídica, decorrente da má administração, circunstância apta, de per si, a ensejar a desconsideração, com fundamento no art. 28, caput, do CDC. 3. No contexto das relações de consumo, em atenção ao art. 28, § 5º, do CDC, os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, mediante a aplicação da disregard doctrine, bastando a caracterização da dificuldade de reparação dos prejuízos sofridos em face da insolvência da sociedade empresária. 4. Precedente específico desta Corte acerca do tema (REsp. nº 279.273/SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJ de 29.03.2004). 5. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.⁸¹

Importante destacar o caso paradigma que consolidou o referido entendimento do STJ, que foi o RESP 279273 / SP. O caso tratou da explosão ocorrida no Shopping Center de Osasco-SP, circunstância na qual os lojistas questionaram a aplicabilidade da teoria menor e defenderam a limitação da responsabilidade dos sócios. Os ministros do STJ resolveram desconsiderar a personalidade jurídica dos sócios que mantinham lojas no referido Shopping, de modo que estes deveriam responder com seu patrimônio pessoal de modo a proporcionar o ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores.

Outro dispositivo que trata da desconsideração da personalidade jurídica no direito positivo brasileiro é a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, regulamentada pelo Decreto nº 3.179, de 21 de setembro de 1999, que se refere à tutela do meio ambiente, e, em seu art. 4º dispõe: “Art. 4 Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”

Desta feita, na composição dos danos à qualidade do meio ambiente, a manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial não poderá impedir a responsabilização de seus agentes. Se determinada sociedade empresária provocar sério dano ambiental, mas, para tentar escapar à responsabilidade, os seus controladores constituírem nova sociedade, com sede, recursos e pessoal diversos, na qual passem a concentrar seus esforços e investimentos, deixando a primeira minguar paulatinamente, será possível, por meio da desconsideração das

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3º Turma. REsp 737000 / MG – Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino - Publicada em 12.09.2011.

autonomias patrimoniais, a execução do crédito ressarcitório do patrimônio das duas sociedades.⁸²

No mesmo sentido da Legislação Ambiental, a Lei Antitruste - Lei nº 8.884/94 – em seu art. 18⁸³, prevê, praticamente utilizando-se da mesma redação da legislação ambiental, a desconsideração da personalidade jurídica de maneira ampla, claramente seguindo os preceitos de aplicação da teoria menor.

O Código Tributário Nacional - CTN, instituído pela Lei 5.172, de 25 de outubro de 2010, recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com *status* de Lei Complementar, em seu art. 135⁸⁴, dispõe sobre a possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração no Direito Tributário. A responsabilidade tributária pelos débitos da empresa passa aos sócios quando estes incorrem em uma das hipóteses descritas no *caput* do referido artigo. Nesse sentido, tem-se o seguinte julgado:

Ementa: Tributário e Processual Civil. Execução Fiscal. Responsabilidade de Sócio-Gerente. Limites. Art. 135, III, Do CTN. Precedentes.

1. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.

2. Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou lei (art. 158, I e II, da Lei nº 6.404/76).

3. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN

4. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio.

5. Precedentes desta Corte Superior.

⁸² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2007, p.55-56.

⁸³ “Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

⁸⁴ “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.”

6 .Embargos de Divergência rejeitados.⁸⁵

Posição interessante é a da Justiça do Trabalho: basta a inadimplência para que se determine a desconsideração, de tal modo que a personalidade jurídica não é por ela reconhecida. Esse posicionamento equivale à adoção de doutrina negativista da personalidade jurídica, ou seja, não haveria um ente, sujeito de direito, mas, sim, uma coletividade de pessoas naturais, que têm a tendência natural de associarem-se, possuidoras de um patrimônio em comum, objeto de direito. Assim, a parte ideal de cada pessoa natural no patrimônio coletivo integraria o seu patrimônio pessoal, sem possibilidade de separação.

As teorias negativistas da personalidade estão superadas, se não no mundo todo, em grande parte dele, posto que não há mais como negar a existência formal e real da pessoa jurídica. O Código Civil reconhece existência à pessoa jurídica (arts. 40, 45 e 985) e a legislação trabalhista não deveria ter o poder de alterar esse fato.

A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, em seu art. 2º, § 2º⁸⁶, no qual é prevista a responsabilidade solidária, para efeitos de relação empregatícia, da empresa principal e subordinadas, quando constituam um grupo econômico, mas, como há previsão específica na lei, trata-se de responsabilização. Muito embora o grupo de sociedades dependa de formalização entre as integrantes do grupo e posterior arquivamento na Junta Comercial, a legislação trabalhista, no artigo citado, se refere a grupo econômico, o que, tecnicamente, pode ser entendido de modo diverso do termo grupo de sociedades. Entende-se portanto que, mesmo que não haja convenção registrada formalizando o grupo, nos termos do art. 265 e seguintes da lei 6.404/76, a solidariedade na responsabilização por dívidas trabalhistas seria legítima. Não se exige a prova da fraude ou do abuso, desde que provada a lesão ao direito do empregado.

Desse modo, a postura da Justiça do Trabalho deve se adaptar ao novo regramento a respeito da questão. Todos os requisitos para se aplicar a desconsideração, segundo o que prescreve o art. 50 do Código Civil, devem estar presentes para autorizar a entrada no patrimônio pessoal dos sócios ou administradores.

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial EREsp 174.532/pr, Relator Min. José Delgado, DJ de 20.08.01

⁸⁶ “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

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

Segundo o comando do art. 8º, parágrafo único, da CLT, o direito comum deve ser utilizado em caso de lacuna da legislação especializada. A legislação trabalhista não trata da personalidade jurídica nem de sua desconsideração – e nem deveria –, o que nos leva de volta ao Código Civil, o direito comum, e seu art. 50. Esse, agora, por imperativo legal da própria CLT, deve ser o rumo a ser seguido pela Justiça do Trabalho.

Portanto, mesmo considerando a inexistência de normas expressas no sentido da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, nada impede que esta seja usada em procedimentos especiais, contanto que guarde compatibilidade com suas premissas básicas. Para tanto, o parâmetro a ser observado é o uso indevido da personalidade jurídica, nos moldes da teoria menor da desconsideração.

Em termos práticos, deve-se verificar se o ramo do Direito comporta a utilização da pessoa jurídica com todas as suas características, para, em fase posterior, aferir se a pessoa jurídica foi utilizada de forma indevida, com o intuito de cometimento de fraudes ou abuso de direito. Em sendo afirmativa tais premissas, a parte interessada ou o Ministério Público - nos casos em que atua - poderá requerer a superação da personalidade jurídica, seguindo a disciplina do art. 50, do Código Civil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista que a presente análise se trata do caso específico da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no procedimento falimentar, compartilha-se a opinião dos autores citados quando indicam que a aplicação da desconsideração deve se dar de acordo com a teoria maior ou da desconsideração mínima, ou seja, na presença de mau uso da pessoa jurídica, para autorizar a entrada no patrimônio pessoal dos sócios. A definição de mau uso deve ser aquela contida nos critérios objetivos contidos no Código Civil em seu art. 50: desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Aplicar a teoria para que o alcance de bens pessoais dos sócios por dívidas sociais leve em consideração, apenas, a existência de obrigação descumprida pela sociedade e a carência patrimonial do ente personalizado (teoria menor ou desconsideração máxima), é praticamente fazer cessar a existência da limitação de responsabilidade, removendo do plano de existência a segurança aos investidores, potencialmente causando danos à estrutura econômica, com consequentes danos sociais em geral.

Uma análise superficial dos pressupostos de aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica mostra que a mesma não merece guarida por ser frontalmente ofensiva à disciplina da pessoa jurídica, principalmente no que diz respeito à característica da autonomia patrimonial.

Tendo em mente que um dos princípios que norteiam o novo Código Civil é o da socialidade, isto é, a função social que todo bem ou sujeito deve cumprir, o ataque direto à limitação da responsabilidade, representado pelo alargamento exagerado da aplicação da desconsideração, tem efeito frontalmente contrário.

A redução do rigor na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica muitas vezes acaba apenas por atender à mera satisfação de créditos, havendo-se de se levar em conta o fato que, embora o credor deva ter seu crédito satisfeito e as fraudes coibidas, há que se manter critérios razoáveis para que a balança não penda constantemente contra o falido.

O uso desenfreado da teoria ora em análise muito provavelmente seria causa de abalo na segurança jurídica nas relações empresariais, causando, em última instância, prejuízos à própria liquidação falimentar, pois sem a segurança jurídica um investidor não se arriscaria a arrematar em bloco a empresa falida para a continuação das atividades comerciais exercidas anteriormente. A segurança jurídica advém da existência de critérios pré-definidos e claros, aplicados nos casos concretos, o que a lei atual atende.

A despeito disso, observa-se que a jurisprudência majoritária vem se firmando no sentido da admissibilidade da teoria menor, sob o pretexto de conferir maior proteção e eficácia a outros direitos tutelados, acabam por distanciar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica de seus pressupostos teóricos, transformando-a em uma *panacéia* na busca pela satisfação, de forma absoluta, do crédito dos credores protegidos.

Inicialmente, cabe reiterar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consagrou entendimento firme no sentido da desnecessidade de ação autônoma para o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica. Dessa forma, é de se entender como salutar a citação do sócio da pessoa jurídica falida para integrar à lide e responder às acusações de condução fraudulenta ou abusiva, na esteira do devido processo legal, ainda que em prejuízo à celeridade do rito. Ressaltando-se a possibilidade da extensão da falência a coligadas e sócios quando os efeitos dessa medida não sejam imediatos, possibilitando a posterior defesa das pessoas afetadas.

Em virtude do potencial dano ao patrimônio do sócio, deve-se tratar prioritariamente o interesse de resguardar o patrimônio que não havia sido destacado para a atividade empresarial. Constitui verdadeira aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade, de modo a não prejudicar demasiadamente as garantias de defesa dos sócios da pessoa jurídica insolvente.

Apesar de não se tratar especificamente de sócios, as sociedades coligadas, mesmo que sem vínculo direto com a sociedade falida, podem ser incluídas no procedimento falimentar por extensão, quando respeitados os critérios objetivos do Código Civil e os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, ficar provado sua participação em atos fraudulentos, mais especificamente aqueles que objetivam o desvio de patrimônio como meio de reduzir o ativo a ser liquidado na falência.

Finalizando, é de se destacar a possibilidade de incidência da teoria da desconsideração amplamente no Direito Falimentar, sendo necessário, como nos demais ramos do Direito, ter a consciência da necessidade de interpretação e aplicação das normas à luz da Constituição e consideradas sistematicamente com os demais ramos do Ordenamento Jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Carlos Henrique. **Comentários de Recuperação de Empresas e Falência**. Saraiva. São Paulo.SP. 2007. 2ª Ed;

ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de Bens dos Sócios**, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008;

_____. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**, 25ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009;

ALVIM, Eduardo Pellegrini Arruda; GRANADO, Daniel Willian. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. Revista Forense. Rio de Janeiro. v. 412, dez. 2010;

AQUINO, Diva Carvalho. **Dos efeitos da decretação da falência em relação aos bens e pessoas do devedor e administradores**. In: Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas. Coordenador: Luiz Fernando Valente de Paiva. São Paulo : Quartier Latin, 2005;

BERTOLDI, Marcelo M. **Curso Avançado de Direito Comercial: Teoria geral do direito comercial, direito societário**. 2.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.v.1;

BULGARELLI, Waldirio, **Sociedades Comerciais: Sociedades Civas e Sociedades Cooperativas Empresas e Estabelecimento Comercial**. 8.ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999;

CALVO, Adriana Carrera. **Desconsideração da Pessoa Jurídica no Direito do Trabalho**. In: Ciência Jurídica do Trabalho, vol. 8, n. 53/05;

CARVALHO, Pedro Marco Brandão. **Princípio da Unidade do Crime Falimentar: a sua aplicabilidade em face da evolução do direito penal falimentar**. Brasília, UniCEUB, 2008;

COELHO, Fábio Ulhoa. **A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o devido processo legal**. Repertório IOB de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial. São Paulo. nº 2, jan. 2000;

_____. **A Sociedade Limitada no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003;

_____. **Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de empresas: (Lei n. 11.101, de 9-2-2005)**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009;

_____. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. 10º ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2007;

_____. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003. 14ª Ed;

DINIZ, Maria Helena *in* FIÚZA, Ricardo (organizador). **Novo Código Civil Comentado**. 1ª-edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002;

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo, 8a ed. Rev., atual, e ampl. Belo Horizonte : Del Rey, 2004;

_____. **Novo Código Civil Comentado**. 1^a- edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2.002;

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 8a ed. Rev., atual e reform. São Paulo : Saraiva, 2006, v. 1;

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Desconsideração da personalidade jurídica: visão crítica da jurisprudência**, São Paulo: Atlas, 2009;

GASPARINI, Diósgenes. **Desconsideração administrativa da pessoa jurídica**. In: Revista JML de licitações e contratos, v. 1, n. 2, março de 2007;

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Da desconsideração da personalidade jurídica: aspectos de direito material e processual**. In: Revista Forense comemorativa, 100 anos: tomo III, direito civil. Coordenador: Sylvio Capanema de Souza. Rio de Janeiro : Forense, 2007;

GSCHWENDTNER. Loacir. **A Sociedade Limitada no Código Civil de 2002**. Joinville: Univille, 2004;

LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005;

MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual**. São Paulo: Max Limonad, 1956;

MAMEDE. **Direito Empresarial Brasileiro: falência e recuperação de empresas**, São Paulo: Editora Atlas, 2006;

PAIVA, Luiz Fernando Valente. **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo. Quartier Latin. 2005;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004;

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado**. 2^a- edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012;

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005;

ROSENVALD, Nelson , CHAVES, Cristiano. **Direito Civil**: Teoria Geral. 4a ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008, V. 1;

SIDOU, J. M. Othon. **A Revisão Judicial dos Contratos e Outras Figuras Jurídicas**. Rio de Janeiro: Forense, 1978;

SILVA, Alexandre Couto. **A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009;

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro, e MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio A.,
Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005;

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial:** teoria geral e direito societário. São Paulo : Atlas, 2008, v. 1;

_____. **Direito Societário.** 2^a ed. São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 2004,

TZIRULNIK, Luiz. **Direito Falimentar.** 5.ed. São Paulo: RT, 1999