

Coleção
PRÁTICA e ESTRATÉGIA

GILBERTO GOMES BRUSCHI

2

RECUPERAÇÃO DE
CRÉDITO

Prefácio

ARAKEN DE ASSIS



THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS**

Coleção
PRÁTICA e ESTRATÉGIA

GILBERTO GOMES BRUSCHI

2

RECUPERAÇÃO DE
CRÉDITO

Prefácio

ARAKEN DE ASSIS



THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

quando caracterizada a fraude a execução. Na hipótese de fraude a credores, entretanto, o gravame requisita o reconhecimento de nulidade da transmissão do bem pela via ordinária. – Circunstância dos autos em que se impõe manter a decisão que indeferiu penhora de veículo em nome de terceiro. Recurso desprovido”.

TJMG, Apelação 1.0439.10.012127-6/001, 17ª Câmara Cível, rel. Des. Leite Praça, j. 04.09.2014: “Ação pauliana – Requisitos – Fraude contra credores – Caracterização – Venda de bens para parentes próximos – Como sabido, a fraude contra credores decorre de um ato praticado pelo devedor, com a intenção de prejudicar o credor em sua tentativa de receber o seu crédito. A fraude se caracteriza pela má-fé. – Doutrinariamente, o conceito de fraude contra credores abrange dois elementos fundamentais, o *eventus damni* e o *consilium fraudis*. – Ocorre o *consilium fraudis* quando, no caso concreto, a venda de bens de propriedade do devedor a parentes próximos termina por levá-lo à insolvência. – Pela inteligência ao disposto no art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil, incumbe ao devedor o ônus de provar a sua solvência. VV. Apelação cível. Ação pauliana. Fraude contra credores. Não comprovação de seus requisitos. Improcedência. Recurso desprovido. – A caracterização da fraude contra credores pressupõe, além da anterioridade do crédito, o ato prejudicial ao credor (*eventus damni*) e a má-fé do devedor (*consilium fraudis*). – Ausente a prova do dano efetivo ao credor, ou seja, que o ato do devedor tenha em realidade prejudicado o direito de garantia patrimonial daquele, impõe-se a improcedência do pedido formulado na ação pauliana”.

TJSP, Apelação 192.268.4/4-00, 10ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. João Carlos Saletti, j. 24.10.2006: “Ação pauliana – Decadência – Ação de caráter anulatório e não meramente declaratório – Aplicação do prazo de quatro anos do art. 178, § 9º, V, b, do CC/1916, contado da data do registro do ato fraudulento no registro de imóveis – Prazo que, por decadencial, não se suspende nem se interrompe, seja em virtude da menoridade dos beneficiários do ato lesivo (donatários menores, filhos dos devedores doadores), seja em virtude da citação e falta de nomeação de bens à penhora na execução – Decadência configurada – Extinção do processo mantida – Recurso não provido”.

TJSP, Apelação 137.987-4/2, 1ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Guimarães e Souza, j. 20.03.2003: “Revocatória – Preliminar de ilegitimidade passiva afastada – Doação de imóvel realizada por devedor, posteriormente à emissão de cheque para pagamento de dívida – Inexistência de comprovação de solvabilidade do devedor – Fraude contra credores caracterizada – Recursos desprovidos”.

6.3. Desconsideração da personalidade jurídica (art. 790, VII)

A desconsideração da personalidade jurídica é fruto de construção jurisprudencial que foi desenvolvida pela doutrina em todo o mundo. A evolução dessa teoria também aconteceu no Brasil e hoje está inserida nos textos legais pátrios,

principalmente no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor e no art. 50 do Código Civil.

A desconsideração da personalidade jurídica, na verdade, não visa a acabar com a autonomia da pessoa jurídica prevista anteriormente no art. 20 do Código Civil de 1916, mas, sim, tornar mais eficaz essa autonomia em relação aos membros que a constituem.

A teoria da desconsideração foi criada exatamente para aprimorar a separação dos patrimônios, visando impedir a perpetração de fraudes e abusos de direito que se consumam sob a proteção da figura da pessoa jurídica, sendo que ela, simultaneamente, tem a intenção de “preservar o instituto da pessoa jurídica, ao mostrar que o problema não reside no próprio instituto, mas no mau uso que se pode fazer dele”,²³ e de “resguardar a própria pessoa jurídica que foi utilizada na realização da fraude, ao atingir nunca a validade de seu ato constitutivo, mas apenas a sua eficácia episódica”.²⁴

A *disregard* é o instrumento hábil que possibilita ao credor o direito de livrar-se da fraude e do abuso praticado, obscuramente, por aquele que gere a pessoa jurídica, mantendo-a, entretanto, íntegra, o que também ocorre com sua autonomia patrimonial.

A personalidade jurídica, apesar de desconsiderada, permanecerá intacta, pois será esquecida apenas no caso específico.

Significa dizer que, se a pessoa jurídica seguir todos os parâmetros legais de constituição e de funcionamento, atendendo aos requisitos previstos em seu estatuto ou contrato social, e não ocultar atos ilícitos nem aspectos fraudulentos praticados pelos responsáveis, sua autonomia permanecerá intocada, ficando impossibilitada a invasão da esfera patrimonial de quaisquer dos componentes de seu quadro societário, ainda que haja a insolvência.

É fato incontestado que as sociedades têm personalidade distinta da de seus sócios.

Entretanto, a partir do momento em que a personalidade jurídica é desvirtuada, para pôr cobro a situações antijurídicas praticadas pelos seus sócios ou acionistas, abusivamente, em prejuízo de terceiros, pode e deve ser desconsiderada sua personalidade jurídica, de forma a penetrá-la, responsabilizando os sócios que a compõem.

Ainda que, em regra, os patrimônios da sociedade e de seus sócios sejam considerados distintos, consoante dispõe o art. 50 do Código Civil, sua personalidade é superada, mercê do ato abusivo praticado, havendo manifesta ruptura entre a

23. Fábio Ulhoa Coelho. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 13.

24. Idem.

realidade e a forma jurídica, alcançando o sócio, pois foi ele quem praticou o ato e não a sociedade em si.

Em se verificando o abuso da forma da pessoa jurídica, é facultado ao juiz a possibilidade de afastar o princípio que estabelece a distinção entre a pessoa jurídica e os seus sócios, impedindo, assim, que seja alcançado o objetivo ilícito pretendido.

Tendo em vista essas funções para as quais se criou a pessoa jurídica, e os atos contrários ao exercício dessas funções, quando praticados pelos membros do ente jurídico, é que se utiliza a desconsideração da personalidade jurídica, que deve ser

(...) operada como consequência de um desvio de função, ou disfunção, resultante sem dúvida, as mais das vezes, de abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui um ato ilícito. Daí por que não se deve cogitar da sanção de invalidade, pela inadequação de sua excessiva amplitude, e sim da ineficácia relativa.²⁵

Deve ser aplicada sempre que se perceber que as pessoas físicas agem sob a forma de pessoas jurídicas, com a intenção de lesar outrem.

Para J. M. Carvalho Santos, “embora não se chegue a anular ou ter como nula a pessoa jurídica, esta pode ser considerada ineficaz, se usada para o encobrimento de atividades ilícitas, caso em que se pode falar de abuso de direito da personalidade jurídica”.²⁶

Teori Albino Zavascki,²⁷ ao comentar o art. 592, II, do CPC/1973,²⁸ enfatizava que a utilização da personalidade jurídica pelos sócios, em fraude à lei para obter benefícios à custa de terceiros, propicia a desconsideração da personalidade jurídica, permitindo ao juiz “erguer o véu” para desnudar o jogo de interesses que proliferou em seu interior.

Como se disse, deve haver a má utilização da pessoa jurídica para aplicação da desconsideração, não podendo ser utilizada apenas por estarem caracterizadas a insolvabilidade e a impontualidade, salvo quando se tratar de relação de consumo ou direito ambiental, com a aplicação da teoria menor, aquela baseada no § 5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, apesar de haver um desvirtuamento do instituto.

25. Fábio Konder Comparato. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 286.

26. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982, v. XXXIV, p. 15.

27. *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 566 a 645)*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, v. 8, p. 254.

28. Correspondente ao art. 790, II, do CPC/2015 que agora não deve mais ser aplicado quando se falar em desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que há previsão expressa em relação ao tema no art. 790, VII.

Após a conceituação formulada e o enfoque dado de que mesmo com a desconsideração a pessoa jurídica continua a existir, passaremos a abordar a natureza jurídica desse instituto.

6.3.1. Natureza jurídica da desconsideração da personalidade jurídica

A desconsideração caracteriza-se pela não aplicação do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, em determinados casos concretos e, na verdade, o que se busca ao utilizar a teoria da desconsideração é a ineficácia da pessoa jurídica para aquele determinado caso, e não a invalidade daquela sociedade.

A ineficácia que se pretende ver configurada ao desconsiderar a personalidade jurídica é a relativa, pois somente ocorre a desconsideração quando o negócio jurídico for ineficaz para determinada pessoa e eficaz para as demais. Deve-se ter em vista também que “a ineficácia relativa não se confunde com a anulabilidade, porquanto o ato anulável é dotado de eficácia até o instante em que for desconstituído (com efeitos *ex tunc*)”.²⁹ Na ineficácia relativa, o ato jurídico produz seus efeitos, “mas não são efeitos que se produzam perante terceiros, ilimitadamente. O direito estatui a validade do ato, mas sua eficácia subjetiva é delimitada”.³⁰

Como regra, a autonomia da pessoa jurídica deve ser preservada, mas se estiverem presentes os requisitos da *disregard* deverá ser superada, para desconsiderar a pessoa jurídica no que diz respeito às pessoas e aos bens utilizados para a perpetração de irregularidades em detrimento dos credores.

A desconsideração está intimamente ligada à fraude à execução (abordada anteriormente), pelo menos no que diz respeito aos seus fins e à forma de sua aplicação.

Traduz-se na declaração de ineficácia da personalidade jurídica, para certos efeitos, conservando-se o ente coletivo absolutamente apto a prosseguir em suas atividades, desde que lícitas.³¹

Ernesto Lopes Ramos³² classifica a desconsideração no campo da eficácia do negócio jurídico, demonstrando ser inquestionável a existência da pessoa moral, regular e validamente constituída, mas sua eficácia será discutida caso seja aplicada a

29. Marçal Justen Filho. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 85.

30. Idem, mesma página.

31. Alexandre Couto Silva. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1999, p. 27.

32. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1995, p. 222.

teoria da superação da pessoa jurídica, tornando o ato constitutivo personificatório “episodicamente ineficaz e relativamente apenas, parte no episódio sobre o qual recai o julgamento sem se questionar, fora do caso concreto, a existência, a validade, ou sequer a eficácia do ato constitutivo societário relativamente a todos os demais”. A concessão do pedido formulado pelo credor para desconsiderar a personalidade jurídica da devedora “se traduz, na seara da teoria geral dos atos jurídicos num fenômeno final de ineficácia relativa do contrato ou estatuto societário”.

A desconsideração ocorre em razão de um defeito de funcionalidade na forma de uma pessoa agir no mundo concreto, e esse defeito decorre da atividade funcional do indivíduo que praticou o ato reputado como ilegítimo, e não da estrutura do ato jurídico em si, tendo em vista que a sociedade alvo da medida praticava atos funcionais que em muito se distanciavam da norma jurídica.

A desconsideração faz com que os efeitos da personificação societária sejam ignorados, mas limitando-se ao afastamento desses efeitos, permanecendo eficazes perante terceiros e os demais atos praticados pela empresa.

Rubens Requião, ao definir sua natureza jurídica, esclarece que a desconsideração “não visa anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem. É o caso da declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, incólume para seus outros fins legítimos”.³³

Devemos interpretar a natureza jurídica da desconsideração como forma de recusa aos efeitos do ato constitutivo societário, para aquele caso concreto especificamente, mantendo-se, no mais e ante aqueles que não têm relação com o fato, perfeitamente válido e plenamente eficaz, tendo em vista que somente irá tornar relativamente ineficaz a pessoa jurídica.

6.3.2. Análise da desconsideração no âmbito do direito civil

Com a entrada em vigor do Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002), foi adotada também pela legislação civil a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, fazendo com que se estendesse sua aplicabilidade.

Essa norma civil está prevista no art. 50, que dispõe:

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no

33. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 410, dez. 1969, p. 14.

processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

O Código Civil, em seu art. 50, criou a possibilidade de o juiz desconsiderar a personalidade jurídica, desde que preenchidos os pressupostos legais, coibindo dessa forma, eventuais fraudes praticadas por seus sócios, que se utilizam indevidamente da pessoa jurídica, ocultando-se sob seu “manto” deliberadamente, como um escudo protetor.

O patrimônio da pessoa jurídica não se confunde com o dos sócios, e isso significa dizer que os bens dos sócios, na eventualidade de haver dívidas da sociedade, somente poderão ser penhorados depois de não mais existirem bens da pessoa jurídica e ainda que estejam preenchidos os requisitos autorizadores para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

A desconsideração da personalidade jurídica prevista no art. 50 do Código Civil não acarreta a dissolução da sociedade que foi objeto da desconsideração, apenas estenderá os efeitos de determinadas obrigações aos sócios e administradores, subsistindo dessa forma, “o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios, mas tal distinção é afastada, provisoriamente, para dado caso concreto, estendendo a responsabilidade negocial aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”,³⁴ operando-se, assim a suspensão transitória da autonomia da pessoa jurídica.

Destaque-se que o modelo de desconsideração da personalidade jurídica adotado pelo art. 50 do Código Civil prevê o abuso da personalidade jurídica, que poderá ser comprovado pela confusão patrimonial ou pelo desvio de finalidade.

O dispositivo invocado não acolhe a concepção objetiva da teoria, já que a confusão patrimonial não é, por si só, suficiente para configurar a desconsideração, sendo necessária também a insolvência por parte da empresa executada.

Releva trazer algumas observações a respeito da confusão patrimonial, como forma de caracterização do abuso da personalidade jurídica, ensejando dessa forma a aplicação do disposto no art. 50 do Código Civil, feitas por José Tadeu Neves Xavier.³⁵

Ele se posiciona no sentido de que houve inovação ao se incluir a confusão patrimonial como motivo para desconsiderar a personalidade jurídica, “a confusão

34. Maria Helena Diniz. *Código Civil anotado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 65-66.

35. A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 10, abr./jun. 2002, p. 69-85.

patrimonial verifica-se quando, por inobservância das regras societárias, ou mesmo por qualquer decorrência objetiva, não fique clara, na prática, a separação entre o patrimônio social e o do sócio ou sócios”.

Como se sabe, existe uma distinção entre o patrimônio da sociedade e o de cada um dos sócios que a compõem, que é feita em prol dos próprios sócios, que deverão concretizá-la formalmente, fazendo com que se torne efetiva, sob pena de ser desconsiderada essa separação.

José Tadeu Neves Xavier chama-nos a atenção que, de forma até comum, ocorre de os sócios não darem importância “à separação patrimonial estabelecida formalmente pela legislação, originando uma confusão entre os seus bens pessoais e os pertencentes ao patrimônio social”.³⁶

E ainda preleciona sobre as misturas de patrimônios, que ocorrem quando não se podem notar as “fronteiras” entre a autonomia patrimonial da sociedade e a de seus sócios, fazendo com que se torne ilimitada a responsabilidade de quem lhe dá causa, e argumenta que

(...) tal situação pode apresentar-se em várias configurações, desde a inexistência de separação patrimonial adequada na escrituração social até a situação em que, na prática, os patrimônios de ambos não forem suficientemente diferenciados. Nessas situações, os membros da sociedade não poderão invocar, perante os credores sociais, a sua propriedade sobre os objetos que eles próprios classificam alternadamente como seus ou da sociedade.³⁷

Cita ainda as ponderações sobre o assunto, do jurista argentino Daniel Moeremans,³⁸ para quem os membros de uma pessoa jurídica somente poderão alegar a responsabilidade limitada, baseada no princípio da divisão do patrimônio, quando respeitarem essa divisão.

Na verdade, a aplicação da desconsideração independia e continua independentemente de fundamentação legal.

Entretanto, em homenagem à tradição do direito brasileiro, sempre ligada à positivação da regra, de qualquer forma, veio facilitar e ratificar sua aplicação, eis

36. A teoria da desconsideração da pessoa jurídica..., cit., p. 76.

37. Idem, p. 77-78.

38. Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital en virtud del disregard of legal entity. *Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones*, p. 720: “Los miembros de una persona jurídica sólo pueden alegar la limitación de responsabilidad que tiene su base en el principio de división de patrimonios, cuando los mismos respectan dicha división”.

que agora dispõe de fundamentação legal específica, o que de certo fará com que diminuam as discussões sobre a possibilidade ou não de desconsiderar a personalidade jurídica.

Como se pôde notar, o princípio da autonomia da pessoa jurídica em relação aos seus membros continua a existir, mas “sob determinadas situações não é possível manter a clássica distinção entre pessoa jurídica e pessoa natural”.³⁹

O disposto no art. 50 do Código Civil faz referência ao abuso da personalidade jurídica, ao desvio de finalidade e à confusão patrimonial, não abordando de maneira explícita a prática do ato fraudulento.

Devemos pensar que os três requisitos relacionados no novo *Codex* abrangem implicitamente a fraude praticada em detrimento dos credores.

Na pior das hipóteses, no desvio de finalidade está implícita a noção de que a prática de fraude consiste numa das várias espécies caracterizadoras desse referido desvio, já que é indispensável imaginar que a pessoa jurídica venha a constituir-se para, entre as suas finalidades, poder praticar atos fraudulentos em detrimento dos seus credores. Como não há autorização para tal prática em seu objeto social, constitui-se em razão pela qual tal fraude se configura em desvio de finalidade.

O art. 1.024 do Código Civil trata, também, da desconsideração e prevê que “os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”.

A combinação dos arts. 50 e 1.024 do Código Civil torna clara e visível a intenção do legislador de ver honrados os compromissos assumidos pelas empresas. No caso de ocorrer inadimplemento e insolvabilidade e, ainda, se houver prova de administração irregular, com o cometimento de atos fraudatórios ou com abuso de direito, como o encerramento irregular da sociedade em detrimento dos credores, deverá o magistrado consentir em que se desconsidere a personalidade da executada, desde que viabilizado o contraditório.

39. Silvio de Salvo Venosa. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 1, p. 300, que ainda esclarece: “Assim, quando a pessoa jurídica, ou melhor, a personalidade jurídica for utilizada para fugir a suas finalidades, para lesar terceiros, deve ser desconsiderada, isto é, não deve ser levada em conta a personalidade técnica, não deve ser tomada em consideração sua existência, decidindo o julgador como se o ato ou negócio houvesse sido praticado pela pessoa natural (ou outra pessoa jurídica). Na realidade, nessas hipóteses, a pessoa natural procura um escudo de legitimidade na realidade técnica da pessoa jurídica, mas o ato é fraudulento e ilegítimo. Imputa-se responsabilidade aos sócios e membros integrantes da pessoa jurídica que procuram burlar a lei ou lesar terceiros. Não se trata de considerar sistematicamente nula a pessoa jurídica, mas, em caso específico e determinado, não levar em consideração. Tal não implica, como regra geral, negar validade à existência da pessoa jurídica”.

De acordo com o que foi exposto, ao tratarmos do conceito da desconsideração, há que afirmar que ela tem por escopo a manutenção da pessoa jurídica, declarando sua ineficácia episódica apenas para ver satisfeito o direito do terceiro (credor) que a requereu, desde que preenchidos seus requisitos.

Isso significa dizer que a mera insolvência não é capaz de, por si só, ensejar a desconsideração da pessoa jurídica executada e viabilizar a invasão da esfera patrimonial dos sócios,⁴⁰ salvo nas relações de consumo, onde a regra é um pouco diferente, em virtude da aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica.⁴¹

O procedimento para ser requerida a desconsideração será tratado mais adiante, porém, quando se estiver em meio à execução, seja ela de sentença ou fundada em título extrajudicial, para instruir o requerimento deve o exequente seguir alguns critérios a seguir descritos.

Caso, em meio à execução, após ter sido citado, o executado não pagar o débito exequendo no prazo de três dias (art. 829, *caput*) ou após o decurso dos 15 dias para o cumprimento espontâneo da obrigação de pagar (art. 523) e não tiverem sido encontrados quaisquer dos bens sujeitos à penhora, nem mesmo mediante bloqueio (*on-line*), bem como não haja por parte do executado a nomeação de bens à penhora depois de intimado para esse fim (art. 774, V, do CPC), pode, perfeitamente, o exe-

40. STJ, REsp 279.273/SP, 3ª T., rel. para o acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 04.12.2003, DJ 29.03.2004, de onde se destaca o seguinte trecho da ementa: “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)”.

41. Do mesmo acórdão citado na nota anterior, destacamos trecho da ementa acerca da aplicação da teoria menor da desconsideração nas relações de consumo e direito ambiental: “A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. – Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. – A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do 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”.

quente requerer que se proceda à instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, desde que preenchidos seus pressupostos, e após seu acolhimento proceder à penhora dos bens do sócio, ou, ainda, dos bens da sociedade, quando se tratar de desconconsideração inversa (que será estudada posteriormente).

Várias são as hipóteses e os casos práticos onde se pode aplicar a desconconsideração da personalidade jurídica, em meio à ação executiva que visa ao recebimento de quantia certa.

Exemplo típico de má utilização da pessoa jurídica, na qual se torna inteiramente aplicável a desconconsideração da personalidade jurídica, é a criação de nova empresa com o objetivo de dar continuidade às operações que outrora eram realizadas por empresa totalmente insolvente e em estado pré-falimentar, com passivo que ultrapassa em muito os ativos, com dívidas tributárias impagáveis, passivo trabalhista de monta, cujo patrimônio se acha inteiramente comprometido e gravado com ônus reais.

Com a clara intenção de não honrar suas dívidas, protelando ao máximo o pagamento de seus débitos e contando com a morosidade e a pouca eficiência das fazendas públicas na cobrança de débitos tributários e previdenciários, a empresa insolvente dá lugar a uma interposta empresa que em tudo lhe sucede e dá continuidade às operações industriais, sem, contudo, enfrentar o equacionamento do passivo da empresa que lhe antecedeu.

Constatada a fraude, o credor pode perfeitamente, por meio do incidente previsto nos arts. 133 a 137 do CPC, nos autos de alguma execução, ante a ausência de bens penhoráveis, requerer a desconconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista que se confundem a sucessora e a antecessora para que a primeira passe a responder pelas dívidas da segunda, ou para que seus sócios honrem com o débito da sociedade desconconsiderada.

A responsabilidade patrimonial, na execução, admite perfeitamente a sujeição dos bens de terceiro à constrição judicial, mercê da responsabilidade patrimonial secundária, nos limites da previsão legal, sendo exatamente o que ocorre com os bens do sócio em razão da desconconsideração – art. 790, VII, do CPC.

Nos arts. 50 e 1.024 do Código Civil há a previsão legal de que os bens dos sócios poderão ser executados após terem se esgotado os bens da sociedade e, ainda, que poderá ocorrer a constrição, tendo em vista a confusão patrimonial ou desvio de finalidade, que caracterizam o abuso da personalidade jurídica.

Estando configurada a confusão patrimonial de se aplicar a desconconsideração, o que também poderia ter sido feito independentemente de previsão legal, antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, como bem assevera Fábio Konder Comparato:

A confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada é, portanto, o critério fundamental para a desconconsideração da personalidade jurídica *externa corporis*. E compreende-se, facilmente, que seja, pois, em matéria empresarial, a pessoa jurídica nada mais é do que uma técnica de separação patrimonial. Se o controlador, que é o maior interessado na manutenção desse princípio, descumpre-o na prática, não se vê bem por que os juízes haveriam de respeitá-lo, transformando-o, destarte, numa regra puramente unilateral.⁴²

6.3.3. Aplicação nas relações de consumo

Sendo o CDC o primeiro texto legal a incorporar, direta e expressamente, a teoria da desconconsideração no direito positivo brasileiro, deveria ter sido mais fiel à teoria, mas preferiu uni-la à teoria da *ultra vires societatis*, protegendo o consumidor, permitindo que se aplique o disposto no seu art. 28 de forma ampla, geral e irrestrita, chegando por vezes ao exagero.

Há quem sustente que houve uma “canetada presidencial” por ocasião da sanção e que por engano vetou o § 1º, considerado imprescindível à interpretação do art. 28 do CDC,⁴³ quando na verdade a pretensão de veto seria ao § 5º, em que pese a sua redação genérica, abrangente, elástica, ilimitada e absurda, que, se aplicada em interpretação literal, dispensaria a existência do próprio *caput*, tão vasto o campo para sua aplicação.

É bem verdade que os institutos jurídicos estão aí para facilitar a vida das pessoas, sem que, contudo, esses mesmos institutos não sirvam de obstáculos à obtenção das vantagens de seu uso, que não poderiam ser alcançados de outra forma.

À evidência, pois, que o § 5º do art. 28 do CDC não pode ser interpretado da forma ampla que lhe quis empreender o legislador, a ponto de tornar inócuo o próprio *caput*, em detrimento dos pressupostos teóricos da desconconsideração.

De acordo com o previsto no *caput* do art. 28 do CDC e com o disposto no art. 50 do CC, devemos concluir que o § 5º do art. 28 do CDC não deve ser interpretado de forma tão abrangente, tal qual se acha redigido, já que o simples fato de o comerciante não ter sido bem sucedido em sua atividade comercial ou empresarial,

42. O poder de controle na sociedade anônima. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 343-344.

43. Zelmo Denari. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 239: “(...) resta considerar que o reconhecimento da valia e eficácia normativa do § 5º do art. 28 está condicionado à interpretação que se der às razões de veto opostas pelo presidente da República ao seu § 1º. (...) pois as razões do veto foram direcionadas ao § 5º do art. 28, não se pode deixar de reconhecer o comprometimento da eficácia deste parágrafo, no plano das relações de consumo”.

em decorrência apenas de má administração, sem que se tenha comprovado nos autos, ao menos por indícios, a presença dos requisitos autorizadores da desconconsideração, não torna possível a superação da pessoa jurídica e a consequente invasão do patrimônio do sócio.

6.3.4. A desconconsideração inversa

A desconconsideração da personalidade jurídica foi criada pela doutrina com a clara intenção de responsabilizar os sócios das empresas devedoras, com a penhora de bens particulares, quando ocorrerem fraudes perpetradas mediante o abuso da autonomia da pessoa jurídica.

Porém, também se pode usar a desconconsideração de maneira invertida, afastando o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade.

Ocorre a possibilidade de utilizar a desconconsideração inversa quando existir dívida (executável) por parte de um dos sócios e houver transferência patrimonial indevida à sociedade, consistindo em ato lesivo aos credores particulares desse sócio, ou seja, quando ocorrer a chamada confusão patrimonial.

Pode-se suscitar uma dúvida a respeito da aplicação da desconconsideração inversa nesse tipo de execução civil, pois existe a plausibilidade de se concluir que ocorre certa preferência do crédito particular em detrimento dos credores sociais.

A resposta para essa dúvida é simples e usaremos as sábias palavras de Calixto Salomão Filho para dirimir a questão:

(...) a transferência indevida de recursos à sociedade, simples devolução da contrapartida dessa transferência ao credor (devolução essa evidentemente limitada ao valor da transferência) não representaria qualquer diminuição da garantia. Nem mesmo qualquer agressão, direta ou indireta, ao capital da sociedade (...) Não há, assim, qualquer lesão aos credores sociais.⁴⁴

Outro trecho da mesma passagem da obra de Calixto Salomão Filho é relevante para explicar a importância da desconconsideração inversa, na execução ajuizada contra um dos membros do quadro societário:

Os efeitos da aplicação da teoria da desconconsideração são benéficos não apenas para o credor. Podem sê-lo também para o devedor. A desconconsideração não apenas torna a execução mais efetiva para o credor. Em certos casos, pode fazer com que a execução seja menos gravosa para o devedor. A desconconsideração,

44. A sociedade unipessoal. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 134.

ao evitar a alienação compulsória das quotas, impede a interferência judicial na sociedade, evitando em certos casos a apuração de haveres relativamente às quotas penhoradas e a consequente sangria patrimonial da sociedade ou impedindo que os demais sócios se vejam obrigados a adquirir as quotas para impedir a entrada de terceiros adquirentes (caso o estatuto da sociedade preveja qualquer uma das hipóteses).⁴⁵

6.3.5. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica

A desconconsideração da personalidade jurídica vem sendo aplicada no Brasil já há várias décadas, mesmo antes de estar positivada.

Muito se discutiu no plano processual, sob a égide do CPC/1973, sobre qual deveria ser o procedimento da desconconsideração, se seria instaurada uma ação autônoma para esse fim⁴⁶ ou se bastava um requerimento por parte do credor ou do Ministério Público em meio ao processo em que se descobriu estarem presentes os requisitos ensejadores da superação do véu que separa os patrimônios da empresa e de seus sócios e administradores.⁴⁷

Outra discussão que existia sob a égide do CPC/1973 era sobre qual a posição processual do sócio após a decretação da desconconsideração da personalidade jurídica, surgindo daí duas indagações óbvias: *Deve ser incluído como parte ou apenas intimado da decisão que desconsidere a personalidade jurídica e posteriormente da penhora? Ingressa no feito como terceiro embargante ou como executado?*

45. Idem, p. 136.

46. Cf. por todos: Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito comercial – direito de empresa*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 2, cap. 17, n. 6, p. 75-77.

47. Cf. Gilberto Gomes Bruschi, *Aspectos processuais da desconconsideração da personalidade jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Na jurisprudência, do Superior Tribunal de Justiça: REsp 881.330/SP, 4ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 19.08.2008, DJe 10.11.2008, assim ementado: “5. No âmbito civil, cabe ao magistrado, a teor de diretriz jurisprudencial desta Corte, desconsidere a personalidade jurídica da empresa por simples decisão interlocutória nos próprios autos da falência, sendo, pois, desnecessário o ajuizamento de ação autônoma para esse fim. 6. Decretada a desconconsideração da personalidade jurídica da falida, com a consequente propagação dos seus efeitos aos bens patrimoniais dos sócios, não ocorre desrespeito aos postulados do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, nem maltrato a direito líquido e certo de terceiros prejudicados, quando patente sua legitimidade para defesa dos seus direitos, mediante a interposição perante o juízo falimentar dos recursos cabíveis. Precedentes: REsp 228.357/SP, 3ª Turma, rel. Min. Castro Filho, DJ 02/02/2004; REsp 418.385/SP, 4ª Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 03/09/2007”.

Em rápida incursão pela jurisprudência,⁴⁸⁻⁴⁹ encontramos precedentes nos dois sentidos, o que torna o instituto ainda mais polêmico, fazendo com que a criação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, como uma das figuras de intervenção de terceiros, digna de aplausos.

O incidente não é aplicado apenas no processo civil.

Enunciado 124 do FPPC. (art. 133; art. 15) A desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho deve ser processada na forma dos arts. 133 a 137, podendo o incidente ser resolvido em decisão interlocutória ou na sentença. (Grupo: Impacto do CPC no Processo do Trabalho).

Enunciado 247 do FPPC. (Art. 133) Aplica-se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo falimentar (Grupo: Impactos do CPC nos Juizados e nos procedimentos especiais de legislação extravagante).

Bastante louvável a iniciativa do legislador em incluir no CPC/2015 o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

De acordo com o que estabelecem o *caput* e o § 1º do art. 133, o incidente obrigatório para deliberação acerca do requerimento de desconsideração será instaurado pelos legitimados, ou seja, o credor ou o Ministério Público (nas hipóteses em que atuar como guardião da ordem jurídica), desde que preenchidos os requisitos previstos em lei, conforme determinado pelo direito material.

Além da desconsideração tradicional, também é possível que ocorra de maneira inversa ou invertida, isto é, a dívida é do sócio e responsabiliza-se a empresa (art. 133, § 2º).

Outra inovação salutar é a possibilidade expressamente prevista em lei de se requerer a desconsideração da personalidade jurídica em meio ao processo de conhecimento e até mesmo na petição inicial.

Caso seja requerida na inicial, não será instaurado o incidente de desconsideração, visto que além do próprio pedido, o autor requererá também a descon-

sideração, sendo citados: o réu para contestar o pedido e o responsável que, além do pedido, também contestará o requerimento.

Será na contestação que o responsável poderá se defender contra a desconsideração, sendo, portanto, desnecessário o incidente, e não suspendendo o processo.

A decisão acerca da desconsideração, nesse caso, ocorrerá na sentença, quando também o juiz julgar o pedido formulado pelo autor, cabendo dessa decisão apelação (ver art. 136).

Não reputamos interessante ao credor requerer a desconsideração já na petição inicial, conforme já tivemos a oportunidade de sustentar em outra obra,⁵⁰ pois o procedimento será bem mais lento do que aquele formulado via incidente.⁵¹

Enunciado 125 do FPPC. (Art. 134) Há litisconsórcio passivo facultativo quando requerida a desconsideração da personalidade jurídica, juntamente com outro pedido formulado na petição inicial ou incidentemente no processo em curso (Grupo: Litisconsórcio e Intervenção de Terceiros).

Enunciado 248 do FPPC. (Art. 134, § 2º; art. 336) Quando a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, incumbe ao sócio ou a pessoa jurídica, na contestação, impugnar não somente a própria desconsideração, mas também os demais pontos da causa (Grupo: Petição inicial, resposta do réu e saneamento).

Caso seja requerida em fase posterior à inicial, obrigatoriamente será instaurado o incidente, suspendendo-se o processo originário até que seja decidido se é ou não o caso de desconsideração.

O incidente de desconsideração nada mais é do que a manifestação expressa do princípio do contraditório estabelecido nos arts. 9º e 10 do CPC/2015, bem como no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Assim que requerida a desconsideração será instaurado o incidente e será citado aquele eventual responsável, conforme estabelece o art. 790, VII (“São sujeitos à execução os bens: [...] VII – do responsável, nos casos de desconsideração

48. Entendendo tratar-se de terceiro embargante: RMS 19.633/SP, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 6.10.2005, DJ 24.10.2005, p. 305; TJSP, Ap 591.022.4/1-00, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 19.02.2009; TJSP, Ag 0134648-97.2012.8.26.0000, 20ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Álvaro Torres Júnior, j. 10.12.2012; TJSP, Ap 9080770-12.2009.8.26.0000, 25ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Edgard Rosa, j. 15.05.2013; TJSP, Ap 785.413-0/5, 34ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Cristina Zucchi, j. 01.02.2006.

49. Entendendo que se torna parte: TJSP, Ag 2043578-57.2015.8.26.0000, 18ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Helio Faria, j. 01.07.2015.

50. Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo e Gilberto Gomes Bruschi. *Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, n. 7.7.6, p. 174.

51. Araken de Assis. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. II, t. I, n. 533, p. 145: “Não há a menor necessidade de deduzir pretensão autônoma, formando relação processual própria, para desconsiderar a personalidade jurídica. Embora prevista no art. 134, § 2º, o uso dessa via é eventual, pois contrariaria o postulado da efetividade, remetendo o interessado para o tortuoso, lento e oneroso caminho da via ordinária, tornando o pronunciamento futuro, na prática, completamente inútil”.

da personalidade jurídica”), ou seja, o sócio, quando a desconsideração tradicional for requerida em relação à dívida da empresa; ou a empresa quando, tratar-se de desconsideração inversa, já que a dívida é do sócio.

O responsável patrimonial secundário terá o prazo de 15 dias úteis para manifestar-se e, conforme o caso será determinada a instrução, por meio de perícia ou oitiva de testemunhas ou depoimento pessoal em audiência a ser designada.

Havendo ou não instrução, o juiz decidirá se acata ou não o requerimento de desconsideração.

Questão relevante é a seguinte: *No incidente de desconsideração da personalidade jurídica é possível ao sócio ou a pessoa jurídica discutir os termos que levaram à formação do título exequendo diante dos limites subjetivos da coisa julgada (CPC, art. 506), ou mesmo atacar o título executivo extrajudicial?*

Entendemos que não, eis que o sócio ou a pessoa jurídica apenas terá seus bens sujeitos à execução e consequentemente à expropriação, na qualidade de responsável patrimonial secundário, na eventualidade de ser acatado o incidente, portanto deve apenas defender-se para não vir a ser responsabilizado por dívida que não contraiu.⁵²

Encerrada a instrução (se necessária for) ou após a manifestação do responsável, passará o juiz a decidir, por meio de decisão interlocutória, contra a qual caberá agravo de instrumento, expressamente previsto no art. 1.015, IV, do CPC/2015.

Entendemos que, além da decisão que julgar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, também será agravável qualquer decisão interlocutória proferida durante o procedimento do incidente, até mesmo aquela relacionada à prova, eis que haverá preclusão na hipótese de não ser interposto o agravo de instrumento,⁵³ não devendo ser aplicado, por extensão, os parágrafos do art. 1.009.

Na eventualidade da causa em que se requereu a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica for de competência originária dos tribunais, será decidido o incidente de forma monocrática pelo relator e, de acordo com o disposto no art. 1.021, caberá agravo interno.

Enunciado 390 do FPPC. (Arts. 136, *caput*, 1.015, IV, 1.009, § 3º). Resolvida a desconsideração da personalidade jurídica na sentença, caberá apelação (Grupo: Litisconsórcio e intervenção de terceiros).

52. Cf. Gilberto Gomes Bruschi. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica...*, cit., n. 9.2, p. 96 a 101.

53. Em sentido contrário: Vinícius Silva Lemos. *O agravo de instrumento no novo CPC*. São Paulo: Lualri Editora, 2016, p. 126 a 128.

Conforme já pudemos analisar em outro trabalho,⁵⁴ a redação do art. 137 deve ser combinada com a do art. 792, § 3º⁵⁵ “e a fraude de execução deve ser considerada a partir da instauração do incidente de desconsideração”, e não apenas quando houver seu acolhimento.

Também não deve retroagir à data da citação do devedor original, conforme estabelece o art. 792, § 3º, eis que não haveria como o pretendo adquirente tomar conhecimento de que existe uma ação contra a pessoa jurídica da qual o alienante do bem que pretende adquirir é sócio, uma vez que não há necessidade de se buscar certidão dos distribuidores forenses em geral de pessoa que não guarda relação alguma com a alienação.

Significa dizer que, se estou comprando um bem imóvel do sócio, devo apenas me precaver com relação a esse sócio e não há necessidade de se investigar se o alienante pertence ao quadro societário de alguma pessoa jurídica para depois pesquisar se essa pessoa jurídica é ré em alguma demanda.

A ideia de imputar ao responsável a possibilidade de decretação da fraude de execução no caso de alienação ou oneração de bens após a instauração é perfeitamente possível, já que, apesar de não ter sido citado, o devedor principal já o foi e já se comunicou o distribuidor para o caso de, em eventuais pesquisas em nome do responsável, passe a constar como positivo, nos termos do art. 134, § 1º.

Tal interpretação prestigia a segurança jurídica e o terceiro de boa-fé, nos exatos termos da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça.

6.3.6. Extensão da desconsideração para os ex-sócios da empresa

A desconsideração da personalidade jurídica, na verdade, não visa acabar com a autonomia da pessoa jurídica, mas, sim, torná-la mais eficaz em relação aos membros que a constituem, devendo haver, assim, a má gestão da pessoa jurídica para aplicação da desconsideração.

Com base nessas considerações, indaga-se sobre a possibilidade de responsabilização de ex-sócio na desconsideração da personalidade jurídica, ainda que de forma subsidiária.

Muito embora o Código Civil ao tratar no Direito de Empresa, das Sociedades Personificadas e, mais especificamente, da Sociedade Simples, limite no tempo a responsabilidade do sócio que se retira da sociedade, ao dispor que o sócio cedente

54. Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo e Gilberto Gomes Bruschi. *Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica...*, cit., n. 7.7.7, p. 176 a 179.

55. “Art. 792. [...] § 3º Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar”.

responde solidariamente com o cessionário nos dois anos que se seguirem após a averbação do contrato social, como estabelece no parágrafo único do art. 1.003,⁵⁶ bem como o art. 1.032,⁵⁷ tal limitação de responsabilidade há que ser interpretada nos exatos termos da estrita legalidade.

De fato, se após esse limite de prazo, ficar comprovado que o sócio que se retirou da sociedade praticou atos com abuso de poder, com desvio de finalidade, ainda assim responderá pelos excessos cometidos quando figurava do quadro social, se os bens da sociedade não forem por si só suficientes à reparação dos danos causados a terceiros.

Possível, portanto, e perfeitamente aceitável pela jurisprudência que, na hipótese aqui contemplada, seja aplicada a desconsideração da personalidade jurídica para que os bens particulares do sócio que se retirou da sociedade fiquem passíveis de constrição, desde que tenha agido em abuso da personalidade jurídica.

Ocorre aqui a chamada extensão dos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica para os ex-sócios da empresa executada, para que respondam pelo ato que ensejou a execução.⁵⁸

Significa dizer que, se o sócio retirante tiver praticado o ato ilícito reconhecido por sentença ou por ato de administração tiver contraído dívida em nome da sociedade e estiverem presentes os requisitos autorizadores para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, bem como sua participação no ato irregular de abuso contra os credores, não somente os bens do sócio atual responderão

56. Dispõe o art. 1.057, parágrafo único que a regra do art. 1.003 se estende às sociedades limitadas, conforme disposto, *in verbis*: “A cessão terá eficácia quanto à sociedade e terceiros, inclusive para os fins do parágrafo único do art. 1.003, a partir da averbação do respectivo instrumento, subscrito pelos sócios anuentes”.

57. A retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação.

58. Como, aliás, bem decidiu o juízo singular da 27ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, no Processo 583.00.2002.002744-0, em fase de cumprimento da sentença, por decisão proferida em 17.11.2009 e publicada em 20.11.2009: “Assiste razão a exequente ao pedir a extensão da responsabilidade dos sócios que à época deram ensejo à formação da dívida que atualmente se executa, conforme relatado a fls. 672. É o posicionamento da hodierna jurisprudência, como bem ressalvado em sua manifestação de fls. 671 e seguintes. Portanto, tendo em vista a inexistência de bens da empresa executada e dos atuais sócios, intimem-se, pessoalmente, os ex-sócios (...) para pagamento do débito atualizado, que a partir de então passam a compor o polo passivo da execução. Para tanto, providencie, a exequente, o necessário para a expedição dos mandados, bem como, a planilha atualizada do débito”.

pela dívida, como também os do ex-sócio, pouco importando o lapso de tempo entre o ato praticado e a ordem de constrição de seus bens, tendo em vista que para fins de contagem do prazo de dois anos deve ser levado em conta o momento do nascimento da dívida e não de sua execução.

Em virtude da inexistência de bens penhoráveis em propriedade da empresa executada e dos sócios atuais, faz-se necessária uma digressão aos fatos que ensejaram a desconsideração para que se analise, diante do caso concreto, se pode ou não ser estendida a responsabilidade prevista no inc. VII do art. 790 àqueles que não mais figuram do quadro societário, estando ou não na administração da empresa.

Irrelevante saber se a empresa foi transferida a outrem apenas no papel.

Caso o sócio atual também seja o administrador da empresa atolada em dívidas e estiverem presentes os requisitos para que seja feita a desconsideração, em virtude de fato ocorrido anteriormente a transferência das cotas ou ações para seu nome, na eventualidade de não ser encontrado patrimônio penhorável na esfera dos bens do sócio que figurar do contrato ou do estatuto social no momento da desconsideração, é perfeitamente possível a extensão ao sócio anterior ou, ainda, de outro ainda mais remoto, ou seja, que se desligou da empresa há mais tempo.

A questão mais importante, para saber se determinado ex-sócio vai ou não ser responsabilizado pela execução, é definida pelo marco temporal da origem da dívida, isto é, o momento em que a obrigação foi contraída.

6.3.7. Há prazo para o requerimento da desconsideração da personalidade jurídica?

Há grande controvérsia sobre a incidência ou não de prescrição nos casos de desconsideração da personalidade jurídica e qual seria o termo inicial para o cômputo do prazo prescricional.

De início, deve-se observar que a eficácia da decisão que decreta a desconsideração da personalidade jurídica é declaratória, não estando sujeita à prescrição.

Desse modo, ainda que o ato que enseje a desconsideração da personalidade jurídica tenha sido praticado anos antes do requerimento do credor para decretá-la, a inoponibilidade do limite patrimonial da pessoa jurídica poderia ser declarada pelo juiz.

O que se sujeita à prescrição é a pretensão objeto da ação pendente em face da sociedade e não a pretensão à sua desconsideração.

Assim, uma vez prescrita essa pretensão, deixa de existir, para o credor, interesse processual em ser desconsiderada a personalidade jurídica.

E isso porque de nada adiantaria ao credor ver declarado ineficaz o limite existente entre os patrimônios da pessoa jurídica e do sócio, se não lhe é mais

possível exercer a pretensão executiva para penetrar esse patrimônio e atingir os bens lá existentes. A necessidade e a utilidade da tutela jurisdicional já teriam se perdido nesse caso.

Na desconconsideração da personalidade jurídica, há necessidade de se observar o comportamento do credor em dois momentos distintos: (i) o exercício de sua pretensão em face da sociedade, devedora original; e (ii) o exercício de sua pretensão, após constatar a insuficiência patrimonial da sociedade, em face do sócio, que agiu de forma a ensejar a desconconsideração da personalidade jurídica.

Observados esses dois momentos, podemos concluir, inicialmente, que a quebra da inércia do credor com o ajuizamento da demanda em face da sociedade interrompe o curso do prazo prescricional contra ela.

Em outras palavras, a conduta do credor de ir a juízo em face da sociedade impede a criação do contradireito que ela poderia lhe opor em caso de inércia.

Mas é necessário verificar o segundo momento.

A inexistência de bens da sociedade suficientes para a satisfação do crédito e a verificação da ocorrência dos requisitos para a decretação da desconconsideração da personalidade jurídica faz nascer para o credor o interesse processual de novamente ir a juízo pleitear a declaração de ineficácia do limite patrimonial da sociedade – é o momento do *lifting the corporate veil* – e redirecionar sua pretensão em relação ao sócio cujos bens devem responder pelo ato.

A inércia do credor nesse segundo momento faz nascer para o sócio – corresponsável em razão do ato que torna inoponível o limite patrimonial da sociedade – o contradireito de opor-se à pretensão executiva do credor em razão da prescrição.

O momento, portanto, em que se deve examinar a inércia do credor capaz de, em tese, gerar a prescrição da pretensão executiva contra o sócio, é aquele em que tal credor toma conhecimento da insuficiência dos bens do patrimônio da sociedade para satisfazer o seu crédito e de estarem presentes os requisitos de direito material previstos em lei para a decretação da desconconsideração.

A partir desse momento, nasce para o credor o interesse de agir em juízo buscando comprovar os requisitos para a desconconsideração, conforme a legislação aplicável ao caso concreto.

Até então, o credor era carente de ação em face do sócio.

Situação interessante relativa à prescrição é a referente ao ex-sócio.

A leitura do art. 1.032 do CC dá a entender que o ex-sócio deve responder pelas obrigações sociais anteriores e posteriores à sua retirada por até dois anos depois da averbada a resolução da sociedade.

Ocorre que o dispositivo supracitado não prevê prazo prescricional para os efeitos dos demais atos praticados durante a gestão do ex-sócio, que não os previstos no contrato social, entre eles os que possam ensejar a desconconsideração da personalidade jurídica.

Assim, entendemos que não se sujeita ao prazo do art. 1.032 do CC a pretensão para o redirecionamento da execução para os bens do patrimônio do ex-sócio em razão da desconconsideração da personalidade.

É correto dizer, portanto, que ocorre a interrupção do prazo prescricional com a citação da pessoa jurídica na ação que gerou o cumprimento da sentença ou na execução e não do ingresso dos sócios em razão da desconconsideração da personalidade jurídica.

Conforme se viu, não há que se falar em prazo prescricional e nem tampouco de decadência, uma vez que não se pretende com a desconconsideração da personalidade jurídica a anulação de negócio jurídico, como acontece na ação pauliana e na ação revocatória falencial.

A conclusão a que se chega é a de que não há prazo para ser requerida a desconconsideração da personalidade jurídica.

Aliás, surge daí uma pergunta – se a desconconsideração foi feita via incidente e além da empresa os sócios atuais também não possuem patrimônio, pode-se estender a responsabilização para o ex-sócio sem que se faça o incidente novamente? Seria aí um caso de embargos de terceiro?

A resposta a tal indagação é simples.

No caso de ter sido requerida a desconconsideração, instaurado e decidido o incidente responsabilizando os sócios atuais, que nada mais são do que os chamados “laranjas”⁵⁹ e, não possuam patrimônio para honrar as dívidas da empresa, não resta outra alternativa ao exequente, que não a de pleitear a extensão da desconconsideração aos ex-sócios.

Houve a instauração do incidente para a desconconsideração, mas não há necessidade de que se instaure novo incidente para a extensão da responsabilidade para os ex-sócios, uma vez que já foi observada a presença dos requisitos de direito material para que fosse acatado o requerimento de desconconsideração, sendo perfeitamente possível uma decisão interlocutória *prima facie* para que a responsabilidade se estenda também para o ex-sócio que praticou o ato fraudulento ou que dele se beneficiou, facultando a ele a oposição dos embargos de terceiro preventivos ou repressivos.

59. Aqueles que assumem a administração e o quadro societário de uma empresa que não tem mais condições de subsistir e a recebem em estado quase falimentar.



Doutrina Aplicada

Visão geral

SUHEL SARHAN JÚNIOR. *Curso de direito empresarial*, Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 99 a 104, de onde destacamos o trecho: “Pelos dispositivos legais que regem o tema, podemos perceber que a desconconsideração é um instituto de exceção, que apenas possui aplicação nas hipóteses em que sejam provados, o dolo e a má-fé dos sócios na condução do objeto social.

A Desconconsideração da Personalidade Jurídica comporta duas teorias: *Maior e Menor*. De acordo com a teoria maior, para que haja a desconconsideração deve ser provado o conluio fraudulento e o uso abusivo da personalidade jurídica para se fraudar credores, ao passo que para a teoria menor, basta a existência do débito para se desconsidere-la.

Como visto, o Código Civil, em seu art. 50, adota, como regra, a teoria maior da desconconsideração, apenas devendo haver a sua implementação no caso de confusão patrimonial e abuso da personalidade jurídica.

No entanto, não é isso que ocorre na prática no Direito do Trabalho e no Direito do Consumidor, onde percebemos uma clara e nítida banalização da desconconsideração da personalidade jurídica, uma vez que os magistrados têm aplicado esse instituto mesmo sem a presença de seus requisitos autorizadores, principalmente no âmbito da Justiça do Trabalho. (...)

Alguns juízes defendem a aplicação da teoria Menor para as relações de consumo, amparando seu entendimento no § 5º, do art. 28, que aduz que ‘Também poderá ser desconconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculos ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores’.

Todavia, em que pese o entendimento acima colocado, certo é que o *caput* deixa cristalina a adoção da teoria maior. (...) Enfim, concordamos com o preceituado pelo Código Civil (teoria maior) e discordamos veementemente da adoção da teoria menor para o Direito do Trabalho e Consumidor”.

Bens sujeitos à constrição

TEORI ALBINO ZAVASCKI. Comentário ao inciso VII do art. 790. In: Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, v. XII,