

RECURSO ESPECIAL Nº 1.180.191 - RJ (2010/0022468-5)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : ANSELMO DE AGUIAR PEREIRA
ADVOGADO : EDUARDO ANTÔNIO KALACHE E OUTRO(S)
RECORRIDO : TRANSPORTES MOSA LTDA - MASSA FALIDA
ADVOGADOS : LEONARDO ORSINI DE CASTRO AMARANTE E OUTRO(S)
MAURO MARCELLO DA COSTA MACHADO

EMENTA

DIREITO CIVIL E COMERCIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SEMELHANÇA COM AS AÇÕES REVOCATÓRIA FALENCIAL E PAULIANA. INEXISTÊNCIA. PRAZO DECADENCIAL. AUSÊNCIA. DIREITO POTESTATIVO QUE NÃO SE EXTINGUE PELO NÃO-USO. DEFERIMENTO DA MEDIDA NOS AUTOS DA FALÊNCIA. POSSIBILIDADE. AÇÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO SOCIETÁRIA. INSTITUTO DIVERSO. EXTENSÃO DA DISREGARD A EX-SÓCIOS. VIABILIDADE.

1. A desconsideração da personalidade jurídica não se assemelha à ação revocatória falencial ou à ação pauliana, seja em suas causas justificadoras, seja em suas consequências. A primeira (revocatória) visa ao reconhecimento de ineficácia de determinado negócio jurídico tido como suspeito, e a segunda (pauliana) à invalidação de ato praticado em fraude a credores, servindo ambos os instrumentos como espécies de interditos restitutórios, no desiderato de devolver à massa, falida ou insolvente, os bens necessários ao adimplemento dos credores, agora em igualdade de condições (arts. 129 e 130 da Lei n.º 11.101/05 e art. 165 do Código Civil de 2002).

2. A desconsideração da personalidade jurídica, a sua vez, é técnica consistente não na ineficácia ou invalidade de negócios jurídicos celebrados pela empresa, mas na ineficácia relativa da própria pessoa jurídica - *rectius*, ineficácia do contrato ou estatuto social da empresa -, frente a credores cujos direitos não são satisfeitos, mercê da autonomia patrimonial criada pelos atos constitutivos da sociedade.

3. Com efeito, descabe, por ampliação ou analogia, sem qualquer previsão legal, trazer para a desconsideração da personalidade jurídica os prazos decadenciais para o ajuizamento das ações revocatória falencial e pauliana.

4. Relativamente aos direitos potestativos para cujo exercício a lei não vislumbrou necessidade de prazo especial, prevalece a regra geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade, segundo a qual os direitos não se extinguem pelo não-uso. Assim, à míngua de

previsão legal, o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica, quando preenchidos os requisitos da medida, poderá ser realizado a qualquer momento.

5. 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 da falência, nos termos da jurisprudência sedimentada do STJ.

6. Não há como confundir a ação de responsabilidade dos sócios e administradores da sociedade falida (art. 6º do Decreto-lei n.º 7.661/45 e art. 82 da Lei n.º 11.101/05) com a desconconsideração da personalidade jurídica da empresa. Na primeira, não há um sujeito oculto, ao contrário, é plenamente identificável e evidente, e sua ação infringe seus próprios deveres de sócio/administrador, ao passo que na segunda, supera-se a personalidade jurídica sob cujo manto se escondia a pessoa oculta, exatamente para evidenciá-la como verdadeira beneficiária dos atos fraudulentos. Ou seja, a ação de responsabilização societária, em regra, é medida que visa ao ressarcimento da sociedade por atos próprios dos sócios/administradores, ao passo que a desconconsideração visa ao ressarcimento de credores por atos da sociedade, em benefício da pessoa oculta.

7. Em sede de processo falimentar, não há como a desconconsideração da personalidade jurídica atingir somente as obrigações contraídas pela sociedade antes da saída dos sócios. Reconhecendo o acórdão recorrido que os atos fraudulentos, praticados quando os recorrentes ainda faziam parte da sociedade, foram causadores do estado de insolvência e esvaziamento patrimonial por que passa a falida, a superação da pessoa jurídica tem o condão de estender aos sócios a responsabilidade pelos créditos habilitados, de forma a solvê-los de acordo com os princípios próprios do direito falimentar, sobretudo aquele que impõe igualdade de condição entre os credores (*par conditio creditorum*), na ordem de preferência imposta pela lei.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso especial e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Superior Tribunal de Justiça

Dr(a). LEONARDO ORSINI DE CASTRO AMARANTE, pela parte
RECORRIDA: TRANSPORTES MOSA LTDA

Brasília (DF), 05 de abril de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator



RECURSO ESPECIAL Nº 1.180.191 - RJ (2010/0022468-5)

RECORRENTE : ANSELMO DE AGUIAR PEREIRA
ADVOGADO : EDUARDO ANTÔNIO KALACHE E OUTRO(S)
RECORRIDO : TRANSPORTES MOSA LTDA - MASSA FALIDA
ADVOGADO : MAURO MARCELLO DA COSTA MACHADO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Cuida-se, na origem, de agravo de instrumento interposto por Anselmo de Aguiar Pereira, tirado de decisão que, nos autos da falência de Transportes Mosa Ltda, desconsiderou a personalidade jurídica da falida para alcançar os bens de seus ex-acionistas, para a satisfação dos débitos existentes. O agravante arguiu, notadamente, que: a) se retirou da sociedade falida antes do período suspeito; b) não era sócio da falida à época da decretação da quebra, não podendo, por isso, ser alcançado pela providência da desconsideração da personalidade jurídica, salvo mediante ação própria prevista na Lei de Falência; c) não teria sido observado o contraditório da decretação da medida; d) não há prova nos autos que fundamentem a decisão que desconsiderou a personalidade jurídica da falida; e) a causa da falência é de responsabilidade dos últimos sócios da empresa.

O agravo foi, por maioria, improvido, nos termos da seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DECRETADA EM PROCESSO FALIMENTAR - PRECEDENTES QUE ADMITEM A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO FALIMENTAR - DESNECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA - OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA, UMA VEZ QUE OS AGRAVANTES TINHAM CIÊNCIA DO PROCESSADO E HOUVE POSSIBILIDADE DE SE MANIFESTAREM SOBRE O REQUERIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - RENOVAÇÃO DO CONTRADITÓRIO EM SEDE RECURSAL - PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, COM O DESIDERATO DE ALCANÇAR OS BENS DOS EX-SÓCIOS, SOB CUJA ADMINISTRAÇÃO FORAM PRATICADOS OS ATOS ABUSIVOS DA PERSONALIDADE JURÍDICA - DESVIO DA FINALIDADE SOCIAL DA EMPRESA E CONFUSÃO PATRIMONIAL - INAPLICABILIDADE DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA AO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, ANTE A INOCORRÊNCIA DE INTERESSE DE TERCEIRO A EXIGIR ESTABILIDADE JURÍDICA ALMEJADA POR AQUELES INSTITUTOS - SUSPENSÃO DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS, PREVISTOS NAS LEIS FALIMENTARES (art. 47, D.L. nº 7.661/45 e art. 6º da Lei nº 11.101/05), A INDICAR QUE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NÃO SE SUJEITA A LIMITE TEMPORAL PARA SUA APLICAÇÃO - PROVAS DOCUMENTAIS E PERICIAIS, INDICANDO

Superior Tribunal de Justiça

ATOS DE DESVIO DE FINALIDADE PRATICADOS, NO PERÍODO EM QUE OS AGRAVANTES ERAM SÓCIOS DA FALIDA, TAIS COMO, ALIENAÇÕES DE BENS E DIREITOS, SEM O RESPECTIVO INGRESSO NOS COFRES DA EMPRESA DAS QUANTIAS CORRESPONDENTES AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PACTUADOS - PARECERES MINISTERIAIS (fls. 450/472 E 717v nos autos do AI Nº 09997/2007) OPINANDO PELO DESPROVIMENTO DOS 3 (TRÊS) AGRAVOS DE INSTRUMENTO - RECURSOS CONHECIDOS - PROVIMENTO NEGADO A TODOS. (fls. 615/616)

O voto vencido, de lavra do Desembargador Nagib Salaib Filho, dava provimento ao agravo, encampando tese apresentada em parecer jurídico do Dr. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, especialmente no que concerne ao prazo para se efetuar o pleito de desconsideração da personalidade jurídica.

Opostos embargos declaratórios, foram eles rejeitados (fls. 662/667).

Sobreveio recurso especial, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, e o recorrente alega ofensa aos arts. 17 e 460 do Código de Processo Civil; art. 178, inciso II do Código Civil de 1916; art. 50 do Código Civil de 2002; art. 47 do Decreto-lei n.º 7.661/45 e art. 6º da Lei n.º 11.101/05.

Pretende o recorrente o afastamento da condenação por litigância de má-fé; reconhecimento de julgamento *ultra petita*, porquanto o Ministério Público pleiteou a responsabilização dos sócios por dívidas limitadas no tempo; declaração de decadência do direito de requerer a desconsideração da personalidade jurídica da falida; necessidade de ação própria para a responsabilização dos ex-sócios da falida.

Contra-arrazoado (fls. 731/740), o especial foi admitido (fls. 750/752).

O Ministério Público Federal, mediante parecer do i. Subprocurador-Geral da República Washington Bolívar Júnior, opina pelo não provimento do recurso especial (fls. 765/774).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.180.191 - RJ (2010/0022468-5)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : ANSELMO DE AGUIAR PEREIRA
ADVOGADO : EDUARDO ANTÔNIO KALACHE E OUTRO(S)
RECORRIDO : TRANSPORTES MOSA LTDA - MASSA FALIDA
ADVOGADO : MAURO MARCELLO DA COSTA MACHADO E OUTRO(S)

EMENTA

DIREITO CIVIL E COMERCIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SEMELHANÇA COM AS AÇÕES REVOCATÓRIA FALENCIAL E PAULIANA. INEXISTÊNCIA. PRAZO DECADENCIAL. AUSÊNCIA. DIREITO POTESTATIVO QUE NÃO SE EXTINGUE PELO NÃO-USO. DEFERIMENTO DA MEDIDA NOS AUTOS DA FALÊNCIA. POSSIBILIDADE. AÇÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO SOCIETÁRIA. INSTITUTO DIVERSO. EXTENSÃO DA DISREGARD A EX-SÓCIOS. VIABILIDADE.

1. A desconsideração da personalidade jurídica não se assemelha à ação revocatória falencial ou à ação pauliana, seja em suas causas justificadoras, seja em suas consequências. A primeira (revocatória) visa ao reconhecimento de ineficácia de determinado negócio jurídico tido como suspeito, e a segunda (pauliana) à invalidação de ato praticado em fraude a credores, servindo ambos os instrumentos como espécies de interditos restitutórios, no desiderato de devolver à massa, falida ou insolvente, os bens necessários ao adimplemento dos credores, agora em igualdade de condições (arts. 129 e 130 da Lei n.º 11.101/05 e art. 165 do Código Civil de 2002).

2. A desconsideração da personalidade jurídica, a sua vez, é técnica consistente não na ineficácia ou invalidade de negócios jurídicos celebrados pela empresa, mas na ineficácia relativa da própria pessoa jurídica - *rectius*, ineficácia do contrato ou estatuto social da empresa -, frente a credores cujos direitos não são satisfeitos, mercê da autonomia patrimonial criada pelos atos constitutivos da sociedade.

3. Com efeito, descabe, por ampliação ou analogia, sem qualquer previsão legal, trazer para a desconsideração da personalidade jurídica os prazos decadenciais para o ajuizamento das ações revocatória falencial e pauliana.

4. Relativamente aos direitos potestativos para cujo exercício a lei não vislumbrou necessidade de prazo especial, prevalece a regra geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade, segundo a qual os direitos não se extinguem pelo não-uso. Assim, à míngua de previsão legal, o pedido de desconsideração da personalidade

jurídica, quando preenchidos os requisitos da medida, poderá ser realizado a qualquer momento.

5. 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 da falência, nos termos da jurisprudência sedimentada do STJ.

6. Não há como confundir a ação de responsabilidade dos sócios e administradores da sociedade falida (art. 6º do Decreto-lei n.º 7.661/45 e art. 82 da Lei n.º 11.101/05) com a desconsideração da personalidade jurídica da empresa. Na primeira, não há um sujeito oculto, ao contrário, é plenamente identificável e evidente, e sua ação infringe seus próprios deveres de sócio/administrador, ao passo que na segunda, supera-se a personalidade jurídica sob cujo manto se escondia a pessoa oculta, exatamente para evidenciá-la como verdadeira beneficiária dos atos fraudulentos. Ou seja, a ação de responsabilização societária, em regra, é medida que visa ao ressarcimento da sociedade por atos próprios dos sócios/administradores, ao passo que a desconsideração visa ao ressarcimento de credores por atos da sociedade, em benefício da pessoa oculta.

7. Em sede de processo falimentar, não há como a desconsideração da personalidade jurídica atingir somente as obrigações contraídas pela sociedade antes da saída dos sócios. Reconhecendo o acórdão recorrido que os atos fraudulentos, praticados quando os recorrentes ainda faziam parte da sociedade, foram causadores do estado de insolvência e esvaziamento patrimonial por que passa a falida, a superação da pessoa jurídica tem o condão de estender aos sócios a responsabilidade pelos créditos habilitados, de forma a solvê-los de acordo com os princípios próprios do direito falimentar, sobretudo aquele que impõe igualdade de condição entre os credores (*par conditio creditorum*), na ordem de preferência imposta pela lei.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.180.191 - RJ (2010/0022468-5)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : ANSELMO DE AGUIAR PEREIRA
ADVOGADO : EDUARDO ANTÔNIO KALACHE E OUTRO(S)
RECORRIDO : TRANSPORTES MOSA LTDA - MASSA FALIDA
ADVOGADO : MAURO MARCELLO DA COSTA MACHADO E OUTRO(S)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Antes da análise do mérito do recurso especial, convém traçar, de forma pormenorizada, as premissas fáticas adotadas pelo acórdão recorrido, principalmente os atos praticados pelos ex-sócios da falida, os quais foram acoimados de fraudulentos, bem como as circunstâncias em que decretada a quebra.

O acórdão recorrido noticia a seguinte cronologia dos fatos mais relevantes:

- 1) Em 26 de julho de 1999, em Assembleia Geral Extraordinária, a Transportes Mosa S.A., da qual eram sócios os Agravantes e a Srª Maria Conceição F. de Vasconcelos, foi aprovada a Cisão, Parcial, da companhia, por meio da qual foi criada a sociedade empresaria Erig Ltda, com a transferência de metade do ativo da sociedade cindida para a nova;
- 2) Na referida cisão, a **companhia cindida** (Transportes Mosa S.A) **assumiu a responsabilidade, exclusiva, de todo o passivo**, nos termos da cláusula V, do pacto de cisão;
- 3) Em 21 de janeiro de 2000, a Transportes Mosa S.A. alienou para outra empresa (Transportes Amigos Unidos - que tem como sócios as mesmas pessoas) o imóvel onde se situava garagem dos ônibus, pelo valor de R\$150.000,00;
- 4) Em 3 de abril de 2000, a Transportes Mosa S.A. cedeu todas as quotas que possuía da sociedade Viação Santa Sofia Ltda. pelo valor de R\$1.583.764,00 para: Ducauto - Duque de Caxias Veículos Ltda (que tem como acionistas as mesma pessoas); Anselmo de Aguiar Pereira; Alexandre de Vasconcelos Pereira e Luiz Augusto Geoffroy de Souza Motta (fl. 49 do AI 2007.002.09997);
- 5) Em 14 de abril de 2000, a Transporte Mosa S.A, em operação semelhante, transferiu todas as suas quotas da Faça Turismo Ltda. para Ducauto - Duque de Caxias Veículos Ltda, pelo valor de R\$509.118,00;
- 6) Em 26 de abril de 2000, a Transporte Mosa S.A. transferiu, parcela, de seu ativo (2 linhas, 44 ônibus e 250 funcionários), para Transportes Amigos Unidos Ltda., permanecendo com outras três linhas, 56 ônibus e 200 funcionários;
- 7) Em 28 de abril de 2000, os Agravantes e a Srª Maria Conceição F. de Vasconcelos, retiraram-se da sociedade transferindo suas ações para os senhores Horácio D' Anunciação Gouveia e Augusto Carneiro de Souza Campos;
- 8) Em 12 de dezembro de 2000, os sócios Horácio e Augusto transferem

Superior Tribunal de Justiça

- 90% de suas ações, para Francisco Antunes Lima Neto, Rogério Antunes Lima Neto, Rogério Marinho Lima e Nilson Freitas dos Anjos;
- 9) Após várias transferências de ações, em 12 de novembro de 2001, a companhia volta a ter a forma de Ltda.
- 10) Em 14 de março de 2002, é decretada intervenção municipal na Transportes Mosa Ltda., que parou de operar nesta mesma data;
- 11) Em 4 de abril de 2002, a Transportes Mosa Ltda celebrou "contrato de sociedade em conta de participação" com a Empresa de Transporte e de Turismo Santa Rita dos Milagres Ltda. que, nesta operação, recebeu os últimos 56 ônibus da Mosa.

Por outro lado, tal como salientou o membro do *Parquet* de primeiro grau, Dr. Leonardo Araújo Marques, em fundamentada peça que originou a decisão judicial ora impugnada, mostra-se sintomático o fato de que a falência da empresa Transporte Mosa Ltda foi decretada em razão de crédito quirografário no valor de R\$ 54.688,66, decorrente de título executivo judicial pertencente a credora que se acidentou em ônibus da ré, ainda no ano de 1998.

A falência foi decretada em 15 de maio de 2003, com termo legal fixado em dezembro de 2000, com retroação a outubro do mesmo ano.

Como assinalou o Dr. Promotor de Justiça, o fato causou estranheza, pois "...não se tem notícias de falência de outra empresa de ônibus em nosso Estado" (fls. 1619).

O Juízo falimentar, depois de analisar diversas operações tidas como fraudulentas - como o nítido esvaziamento patrimonial decorrente de cisão parcial, a transferência de cotas sociais para outras empresas sem que houvesse contabilização de pagamento, a confusão patrimonial entre os bens da empresa e os de diversas pessoas da mesma família, além do saque no patrimônio da falida perpetrado por sócios -, a pedido do Ministério Público, desconsiderou a personalidade jurídica da falida para que os bens dos sócios fossem arrecadados, determinando, ademais, que os atingidos pela decisão somente se ausentassem do local da falência mediante autorização do juízo.

Reveladas essas premissas fáticas, passo ao exame do mérito recursal.

3. Para o desate da controvérsia, notadamente quanto à tese relativa ao prazo para o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, é imperiosa a análise minuciosa de institutos e conceitos da teoria geral do direito privado, como **prescrição** e **decadência** - aos quais se ligam os conceitos de **pretensão**, **direitos subjetivo** e **potestativo** -, **desconsideração da personalidade jurídica**, além do alcance das próprias ações **revocatória** e **pauliana**.

Nesse ponto, a tese sustentada no parecer do Dr. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em síntese, é a seguinte:

No caso em exame, os atos considerados fraudulentos, que justificaram a d.p.j., aconteceram nos anos de 1999 e 2000, tendo ocorrido a decadência do direito de revogá-los (art. 130 da Lei de Falências) quatro anos após, e já estavam a coberto de invalidação ou declaração de ineficácia em 2007, quando o digno juízo d.p.j. da falida. Daí decorre a impossibilidade da d.p.j.. A segurança dos negócios jurídicos impõe essa limitação temporal para o desfazimento de atos do comércio. (fl. 548, e-STJ)

Ou seja, o recorrente sustenta que, escoado o prazo, que seria de decadência, para a ação revocatória ou pauliana, com vistas a invalidar determinados negócios jurídicos tidos por fraudulentos, descabe também a desconsideração da personalidade jurídica da falida para alcançar o patrimônio dos ex-sócios da empresa.

3.1. A doutrina civilista, desde Windscheid, que trouxe para o direito material o conceito de *actio*, direito processual haurido do direito romano, diferencia com precisão direito subjetivo e direito potestativo.

Direito subjetivo é o poder da vontade consubstanciado na faculdade de agir e de exigir de outrem determinado comportamento para a realização de um interesse, cujo pressuposto é a existência de uma relação jurídica.

Nessa esteira, Caio Mário afirmava que o direito subjetivo, visto dessa forma, sugere sempre de pronto a ideia de uma prestação ou dever contraposto de outrem:

Quem tem um poder de ação oponível a outrem, seja este determinado, como nas relações de crédito, seja indeterminado, como nos direitos reais, participa obviamente de uma relação jurídica, que se constrói com um sentido de bilateralidade, suscetível de expressão pela fórmula *poder-dever*: poder do titular do direito exigível de outrem; dever de alguém para com o titular do direito. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 36)

Encapsulados na fórmula *poder-sujeição*, a sua vez, estão os chamados **direitos potestativos**, a cuja faculdade de exercício não se vincula propriamente nenhuma prestação contraposta (dever), mas uma submissão à manifestação unilateral do titular do direito, muito embora tal manifestação atinja diretamente a esfera jurídica de outrem.

Os direitos potestativos, porque a eles não se relaciona nenhum dever, mas uma submissão involuntária, são insuscetíveis de violação, como salienta remansosa doutrina. Os direitos potestativos podem ser *constitutivos* - como o que tem o contratante de desfazer o contrato em caso de inadimplemento -, *modificativos* - como o direito de constituir o devedor em mora, ou o de escolher entre as obrigações alternativas -, ou *extintivos* - a exemplo do direito de despedir empregado ou de anular contratos eivados de vícios (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp.

201/202).

Como dito alhures, somente os direitos subjetivos estão sujeitos a violações, e quando ditas violações são verificadas, nasce para o titular do direito subjetivo a faculdade (poder) de exigir de outrem uma ação ou omissão (prestação positiva ou negativa), poder este tradicionalmente nomeado de **pretensão**.

Assim, por via de consequência, somente os direitos subjetivos possuem pretensão, ou seja, o poder de exigência de um dever contraposto, já que este dever inexistente nos direitos potestativos.

Nessa linha é o magistério de Orlando Gomes:

*A pretensão é própria dos direitos subjetivos, não existindo nos direitos potestativos nem nos direitos que se exercem por meio de ações prejudiciais ou de estado. Nas ações para o exercício de um direito potestativo, o autor não exige prestação alguma do réu, querendo apenas que o juiz modifique, por sentença, a relação jurídica que admite a modificação pretendida, como, por exemplo, a ação do foreiro para resgatar a enfiteuse e converter em propriedade plena a propriedade até então restrita. (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 99)*

A distinção entre direitos potestativos e subjetivos, como bem assinala Caio Mário da Silva Pereira, muito embora seja de nítida feição acadêmica, mostrou-se fundamental para solucionar um dos mais antigos problemas de direito civil, o da diferença entre **prescrição** e **decadência**.

Assim, a prescrição é a perda da **pretensão** inerente ao direito subjetivo, em razão da passagem do tempo, ao passo que a decadência se revela como o perecimento do próprio direito potestativo, pelo seu não-exercício no prazo predeterminado.

Esse é o antigo magistério de Antônio Luís da Câmara Leal:

*Posto que a inércia e o tempo sejam elementos comuns à decadência e à prescrição, diferem, contudo, relativamente ao seu objeto e momento de atuação, por isso que, na decadência, a ineficácia diz respeito ao exercício do direito e o tempo opera os seus efeitos desde o nascimento deste, ao passo que, na prescrição, a inércia diz respeito ao exercício da ação e o tempo opera os seus efeitos desde o nascimento desta, que, em regra, é posterior ao nascimento do direito por ela protegido. (CAMARA LEAL, A. L. da. *Da prescrição e da decadência*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 115)*

Corolário desse entendimento é o de que os deveres jurídicos que subjazem aos direitos subjetivos são **exigidos**, ao passo que os direitos potestativos são **exercidos** (AMARAL, Francisco. *Idem*, p. 565).

E, por isso, o prazo de prescrição, em essência, começa a correr tão logo nasça a pretensão, a qual tem origem com a violação do direito subjetivo, nos termos do art. 189 do Código Civil: "Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206". Por outro lado, o prazo decadencial tem início no momento do nascimento do próprio direito potestativo, que deverá ser exercido em determinado lapso temporal sob pena de perecimento. Vale dizer, o direito potestativo traz em si o gérmen da sua própria destruição.

Assim, prescrita a pretensão, remanesce ainda um direito subjetivo desprovido de exigibilidade, como aqueles relacionados às chamadas obrigações naturais, ao passo que com a decadência extinto estará o próprio direito potestativo.

3.2. Após essas breves observações sobre os institutos da decadência, prescrição e pretensão, passo a analisar a estrutura das ações pauliana e revocatória falimentar.

A ação pauliana, como é cediço, participa do arcabouço de medidas judiciais assecuratórias ou conservatórias da responsabilidade patrimonial do devedor.

É ação serviente àquele que, titularizando crédito quirografário anterior, encontra-se ameaçado pela inadimplência do devedor, diante de alienações que lhe diminuam a solvabilidade ou lhe reduzam à insolvência (art. 158 do CC/02).

À sua vez, o regime de fraudes, quando analisadas no âmbito falimentar, possui colorido próprio.

Os atos praticados pelo devedor em detrimento de credores, se decretada a falência daquele, podem ser desfeitos nos termos dos arts. 52 e 53 do Decreto-lei n.º 7.661/45, parcialmente correspondentes aos arts. 129 e 130 da Lei n.º 11.101/05.

Os dispositivos da lei revogada preveem casos de ineficácia objetiva, considerada aquela que independe de as partes envolvidas no ato estarem mancomunadas, e de revogabilidade, cuja aplicação tem sede própria na hipótese de fraude praticada pelos contratantes, presentes o *eventus damni* e o *consilium fraudis*.

A procedência do pedido da ação revocatória produz, imediatamente, a **ineficácia** do ato apanhado pelos artigos citados, e, de forma mediata, o **efeito restitutivo** do bem à massa falida, para posterior rateio entre a coletividade de credores, sejam os créditos anteriores ou posteriores ao ato acoimado com a ineficácia.

Trata-se, na verdade, de uma especialização da ação pauliana no âmbito falimentar, porquanto, os atos listados na Lei de Quebras, sujeitos à revogação e à ineficácia, são atos praticados, grosso modo, em fraude contra credores.

Nesse sentido se manifestou Yussef Said Cahali, com amparo no magistério de Carvalho de Mendonça:

Conforme escreve J. X. Carvalho de Mendonça, a variedade infinita de formas com que se podem revestir os atos comerciais e a facilidade de meios que as transações mercantis proporcionam para o aparelhamento da fraude aconselharam a necessidade de normas mais amplas e de efeitos mais prontos e seguros do que os do direito civil. Aproveitando os materiais da ação pauliana, o direito comercial construiu o instituto da revogação dos atos do devedor na falência. Para esse fim, teve de, em pontos substanciais, modificar as normas do direito civil, pois a falência cria um estado de coisas que torna fácil a prova de fraude e coloca a massa não só em frente ao terceiro com que o devedor tratou, com em frente ao credor singular que porventura iludira a soberana lei da igualdade. (CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores: fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal e fraude à execução penal*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 519)

Com a fraude contra credores, nasce para o prejudicado um **direito potestativo** de agir diretamente na esfera jurídica de outrem (devedor e terceiros contratantes), **anulando** o negócio jurídico realizado às astúcias (art. 158, *caput*, do CC/02).

Por outro lado, com a decretação da falência, nasce para a massa falida, para o Ministério Público ou para qualquer credor habilitado, legitimados por força de lei, o direito, também **potestativo**, de ingerência na esfera jurídica da falida e de quem com ela contratou, para tornar **ineficaz**, em relação à massa, o negócio jurídico suspeito.

Ou seja, nascem direitos potestativos que devem ser exercidos em determinado lapso temporal, daí por que são decadenciais - tanto o prazo para o ajuizamento de ação revocatória, quanto o de ajuizamento da pauliana (art. 178 do CC/02 e art. 130 da Lei n.º 11.101/05).

Por outro lado, os negócios jurídicos nulos de pleno direito, ordinariamente, não estão sujeitos a prescrição ou decadência (art. 169 do CC/02), e o juiz apenas **declara** a nulidade.

Com efeito, fica evidente a máxima doutrinária, de muito tempo conhecida, alicerçada sobretudo na teoria trinária das ações de Chiovenda, segundo a qual as tutelas **condenatórias** (que visam a recompor um direito subjetivo violado, mediante uma prestação do réu) sujeitam-se a prazos **prescricionais**; as tutelas **constitutivas** (positivas ou negativas, que visam à criação, modificação ou extinção de um estado jurídico: anulatória ou revocatória de ato jurídico, por exemplo) sujeitam-se a prazos **decadenciais**; e as tutelas **declaratórias** (*v.g.*, de nulidade) **não se sujeitam a prazo** prescricional ou decadencial (AMORIM FILHO, Agnelo. *Crítério científico para distinguir a prescrição da decadência e para*

identificar as ações imprescritíveis. In. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961).

4. Cumpre agora, portanto, analisar os contornos teóricos da desconsideração da personalidade jurídica e concluir se o pedido de tal providência encontra-se sujeito a algum prazo, e, em caso positivo, se esse prazo é prescricional ou decadencial (tal como as ações pauliana e revocatória falencial); ou, de forma mais pragmática, se o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa reclama uma tutela condenatória, constitutiva ou declaratória do juízo.

4.1. A teoria da *disregard doctrine*, como é sabido, foi introduzida no direito pátrio pelas mãos de Rubens Requião, no já distante ano de 1969 (*Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 410, dez. 1969), sendo aquela que autoriza o juízo a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, sempre que utilizada como instrumento de fraude ou abuso de direito, para que os sócios e administradores da sociedade respondam pessoalmente por débitos da pessoa moral.

No direito brasileiro, a teoria encontra-se hoje disseminada por vários diplomas, apanhando diversas áreas do ordenamento jurídico, como direito civil, direito do consumidor, ambiental, direito concorrential, direito do trabalho, direito tributário.

No que interessa para o desate da controvérsia ora instalada, cumpre analisar o que dispõe o art. 50 do atual Código Civil, o qual reproduz, em essência, o entendimento doutrinário sobre o tema aceito com razoável lhanura:

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

As causas que justificam descortinar-se o véu da pessoa jurídica, enraízam-se em uma conduta abusiva de direitos - e não necessariamente em um ato isoladamente observado -, qualificada pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial entre os bens da empresa e dos sócios ou de empresas coligadas. Tal providência é serviente a uma extensão subjetiva de determinadas obrigações antes contraídas formalmente pela pessoa moral, cujo adimplemento, porém, deverá ser suportado pelos sócios.

A partir dessas características já se conclui que a desconsideração da personalidade jurídica não se assemelha à ação revocatória falencial ou à ação pauliana, seja em suas causas justificadoras, seja em suas conseqüências.

A primeira (revocatória) visa ao reconhecimento de ineficácia de determinado

negócio jurídico tido como suspeito, e a segunda (pauliana) à invalidação de ato praticado em fraude a credores, servindo ambos os instrumentos como espécies de interditos restitutórios, no desiderato de devolver à massa, falida ou insolvente, os bens necessários ao adimplemento dos credores, agora em igualdade de condições (arts. 129 e 130 da Lei n.º 11.101/05 e art. 165 do Código Civil de 2002).

A desconsideração da personalidade jurídica, a sua vez, não consubstancia extinção da pessoa jurídica, tampouco anulação/revogação de atos específicos praticados por ela, ainda que verificados os vícios a que faz alusão o art. 50 do Código Civil.

Em realidade, cuida-se de superação de uma ficção jurídica, que é a empresa, sob cujo véu se esconde a pessoa natural do sócio.

É técnica de execução de dívidas existentes, técnica essa consistente não na ineficácia ou invalidade de negócios jurídicos celebrados pela empresa, mas na **ineficácia relativa da própria pessoa jurídica** - *rectius*, ineficácia do contrato ou estatuto social da empresa -, frente a credores cujos direitos não são satisfeitos, mercê da autonomia patrimonial criada pelos atos constitutivos da sociedade.

Essa é a aclamada doutrina de Rubens Requião sobre a natureza jurídica da desconsideração:

(...) a *disregard doctrine* 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 de declaração de **ineficácia especial da personalidade jurídica** para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, a mesma incólume para seus outros fins legítimos (*Idem*. p. 14).

No mesmo sentido, de que a natureza jurídica da *disregard* é de **ineficácia relativa da própria pessoa jurídica**, confirmam-se: JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1987, pp. 88/89; SILVA, Alexandre Couto. *A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1999, p. 27; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 43/45.

Com efeito, a meu juízo, descabe, por ampliação ou analogia, sem qualquer previsão legal, trazer para a desconsideração da personalidade jurídica os prazos decadenciais para o ajuizamento das ações revocatória falencial e pauliana.

4.2. A par disso, remanesce ainda a controvérsia acerca da existência de algum prazo para pleitear-se a desconsideração da personalidade jurídica, muito embora tal providência não guarde semelhança com as ações revocatória ou pauliana.

Superior Tribunal de Justiça

Como dito alhures, o pedido de descon sideração da personalidade jurídica reclama do juízo uma tutela que estenda aos sócios a responsabilidade por obrigações assumidas pela empresa, mercê do reconhecimento da **ineficácia** relativa da própria pessoa jurídica, o que, em última análise, corresponde ao reconhecimento da ineficácia dos atos constitutivos da sociedade, especificamente para determinados fins.

Com efeito, verificadas as hipóteses previstas em lei para a descon sideração da personalidade jurídica, nasce o direito de o credor, querendo, imiscuir-se nos acentos contratuais ou estatutários da sociedade devedora, celebrados quando da criação da empresa, afastando as limitações sociais acertadas, para atingir diretamente a pessoa natural subjacente.

Vale dizer que, ao se pleitear a superação da pessoa jurídica, depois de verificado o preenchimento dos requisitos autorizadores da medida, o petiçãoário exerce um **direito potestativo** de ingerência na esfera jurídica de terceiros, da sociedade e dos sócios, os quais, inicialmente, pactuaram a separação patrimonial entre pessoas jurídica e natural.

Consequentemente, o pedido de descon sideração reclama do juízo uma **tutela constitutiva positiva**, nascedoura mesma de uma nova relação jurídica entre o credor e os sócios.

Portanto, à primeira vista, a circunstância de o pedido de descon sideração da personalidade jurídica consubstanciar-se em exercício de direito potestativo - e reclamar, por outro lado, uma tutela de natureza constitutiva -, poderia conduzir à conclusão de que tal pedido estaria, em tese, sujeito a prazo decadencial.

Porém, isso não ocorre, haja vista a inexistência de previsão legal.

O sistema civil brasileiro de 1916, como é amplamente sabido, não tratou com muito esmero os institutos da prescrição e da decadência, atribuindo prazos ditos prescricionais a direitos potestativos, sujeitos evidentemente a decadência. Colhem-se como exemplos dessa erronia o pedido de anulação de casamento (art. 178, § 1º e § 4º, II, § 5º, I e II), a ação para se contestar a paternidade de filho (art. 178, § 3º), a ação para revogar doação (art. 178, § 6º, I), ação do adotado para se desligar da adoção (art. 178, § 6º, XIII), ação para anulação de contratos em razão de vício de vontade (art. 178, § 9º, inciso V).

Quanto à prescrição, desde o diploma revogado, o legislador optou por prever um prazo geral (art. 177) e situações discriminadas sujeitas a prazos especiais (art. 178), sem exclusão de outros prazos conferidos por leis específicas. Grosso modo, esse método foi transferido para o Código Civil de 2002, que também prevê um prazo geral (art. 205), e prazos específicos (art. 206) de prescrição.

Essa sistemática, por si só, possui a virtualidade de apanhar, ordinariamente,

todas as pretensões de direito subjetivo e lhes conferir um prazo de perecimento: se a pretensão não se enquadra nos prazos prescricionais específicos, sujeitar-se-á, certamente, ao prazo geral.

Somente alguns direitos subjetivos, observada sua envergadura e especial proteção, não estão sujeitos a prazos prescricionais, como na hipótese de ações declaratórias de nulidades absolutas, pretensões relativas a direitos da personalidade e ao patrimônio público.

Com efeito, conclui-se facilmente que, tratando-se de pretensões de direito subjetivo, a prescritibilidade é a regra e a imprescritibilidade a exceção.

Todavia, tal não ocorre com os direitos potestativos, sujeitos à decadência.

O fato é que o Código Civil de 1916, malgrado tenha baralhado as hipóteses de prescrição e decadência, previu para a decadência a tipicidade das situações sujeitas a tal fenômeno.

O mesmo se diga para o Código Civil de 2002, que não possui, como para a prescrição, um prazo geral e amplo de decadência (salvo o contido no art. 179, específico para anulação de ato jurídico), fazendo a opção de elencar, de forma esparsa e sem excluir outros diplomas, os direitos potestativos cujo exercício está sujeito a prazo decadencial, seguindo a mesma linha da tipicidade até então existente.

Relativamente a prazos decadenciais, colhem-se, a título de exemplos, as seguintes hipóteses previstas no Código Civil de 2002: anulação dos atos constitutivos da pessoa jurídica (art. 45, § único, e 48, § único); anulação de negócio jurídico celebrado pelo representante em conflito de interesses com o representado (art. 119); anulação de negócio jurídico viciado (art. 178); direito de redibição ou abatimento de preço (art. 445); ação *ex empto* ou *ex vendito* (art. 501); direito de retrovenda (art. 505); exercício do direito de preferência de compra (arts. 513 e 516); revogação de doação por ingratidão (art. 555-558); anulação de deliberações tomadas em assembleia de sócios (art. 1.078, § 4º); anulação de casamento (arts. 1.555 e 1.560); impugnação de paternidade pelo filho menor (art. 1.614); anulação de negócio jurídico realizado à mingua de outorga uxória (art. 1.649); anulação de partilha (art. 2.027, § único).

Em suma, se não há regra específica conferindo prazo decadencial para o exercício de determinado direito potestativo (salvo as hipóteses de prazos subsidiários, como é o caso do art. 179 do CC/02), tal exercício não estará sujeito a prazo algum.

Esse é o magistério de Agnelo Amorim Filho - um dos primeiros a sistematizar o estudo da prescrição e da decadência do direito brasileiro -, no sentido de que, em relação aos direitos potestativos para cujo exercício a lei não vislumbrou necessidade de prazo

especial, prevalece a regra geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade, segundo a qual os direitos não se extinguem pelo não-uso (AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. In. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961).

Tal entendimento foi também sufragado mais recentemente por Yussef Said Cahali, em notável trabalho monográfico sobre prescrição e decadência:

(...) os direitos potestativos são insuscetíveis de violação. Porém, o exercício desses direitos, judicial ou extrajudicial, pode ou não estar condicionado a um prazo de decadência, dependendo do grau de perturbação social que o não exercício pode causar. Por consequência, para os direitos potestativos subordinados a prazos, o seu decurso sem o exercício implica a extinção do próprio direito; já para aqueles não vinculados a prazo prevalece o princípio geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade, ou seja, direitos que não se extinguem pelo não uso.

Com base nessas premissas, (...) os direitos potestativos sem prazo fixado em lei são perpétuos, podendo, desse modo, ser exercidos a qualquer tempo, seja por meio de simples declaração de vontade, seja via ação constitutiva. (CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 76)

Ademais, a simples possibilidade de haver decadência *extra legem*, aquela acertada entre as partes convencionalmente (art. 211 do Código Civil de 2002), revela que pode haver, ao menos em tese, situações a envolver direitos potestativos não reguladas em lei, ficando a cargo dos particulares o estabelecimento dos prazos decadenciais que lhes melhor convier.

À ausência de acerto nessa seara, as situações jurídicas quedam-se não reguladas, no tocante a eventual prazo de exercício de direitos.

4.3. Por outro lado, a bem da verdade, o direito sempre conviveu com situações em que o exercício de direitos potestativos não está sujeito a prazo algum, e inclusive este Superior Tribunal chancelou, por diversas vezes, esse entendimento.

Por exemplo, sempre se entendeu que a administração pública poderia, **a qualquer momento**, revogar seus próprios atos, quando eivados de vício ou ilegalidade, mercê do Verbete Sumular n.º 473 do STF: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

Somente com a Lei n.º 9.784/99 é que foi fixado prazo decadencial para tal providência, nos termos da jurisprudência da Casa:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. VANTAGEM FUNCIONAL. ATO

ADMINISTRATIVO. REVOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. ART. 54, DA LEI Nº 9784/99. IRRETROATIVIDADE. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. DIFERENÇA PESSOAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

I - A Eg. Corte Especial deste Tribunal pacificou entendimento no sentido de que, anteriormente ao advento da Lei nº 9.784/99, a Administração podia rever, a qualquer tempo, seus próprios atos quando eivados de nulidade, nos moldes como disposto nas Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal. Restou ainda consignado, que o prazo previsto na Lei nº 9.784/99 somente poderia ser contado a partir de janeiro de 1999, sob pena de se conceder efeito retroativo à referida Lei.

(...)

(MS 9122/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/12/2007, DJe 03/03/2008)

ADMINISTRATIVO – ATO ADMINISTRATIVO: REVOGAÇÃO – DECADÊNCIA – LEI 9.784/99 – VANTAGEM FUNCIONAL – DIREITO ADQUIRIDO – DEVOLUÇÃO DE VALORES.

Até o advento da Lei 9.784/99, a Administração podia revogar a qualquer tempo os seus próprios atos, quando eivados de vícios, na dicção das Súmulas 346 e 473/STF.

A Lei 9.784/99, ao disciplinar o processo administrativo, estabeleceu o prazo de cinco anos para que pudesse a Administração revogar os seus atos (art. 54).

A vigência do dispositivo, dentro da lógica interpretativa, tem início a partir da publicação da lei, não sendo possível retroagir a norma para limitar a Administração em relação ao passado.

Ilegalidade do ato administrativo que contemplou a impetrante com vantagem funcional derivada de transformação do cargo efetivo em comissão, após a aposentadoria da servidora.

Dispensada a restituição dos valores em razão da boa-fé da servidora no recebimento das parcelas.

Segurança concedida em parte.

(MS 9112/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/02/2005, DJ 14/11/2005, p. 174)

O mesmo ocorre com o direito potestativo do estrangeiro, em situação irregular no País, de requerer seu registro provisório, se o ingresso ocorreu antes da Lei n.º 9.675/98, conforme já decidiu as turmas da Primeira Seção, adotando fundamentos idênticos ao ora proposto:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO ILEGAL NO PAÍS. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 1º DA LEI 1.533/51. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. NÃO-CONHECIMENTO. DIREITO AO REGISTRO PROVISÓRIO. LEI 9.675/98 E DECRETO 2.771/98. PODER REGULAMENTAR. LIMITES. FIXAÇÃO DE PRAZO DECADENCIAL NÃO-PREVISTO NA LEI REGULAMENTADA. ILEGALIDADE. EXERCÍCIO DE

DIREITO POTESTATIVO NÃO-SUBORDINADO A PRAZO LEGAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INESGOTABILIDADE OU PERPETUIDADE. DOCTRINA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

(...)

5. O direito subjetivo ao registro provisório do estrangeiro em situação ilegal no País (Lei 9.675/98, art. 1º; Decreto 2.771/98, art. 1º), constitui direito potestativo, cujo exercício, pelo titular, tem por objetivo criar uma situação jurídica nova: da condição de estrangeiro em situação ilegal para a de estrangeiro em situação legal, com todos os direitos e deveres previstos no art. 5º da CF/88 (Decreto 2.771/98, art. 3º).

6. Atendidos os requisitos, o estrangeiro tem direito ao registro provisório independentemente da vontade do Departamento de Polícia Federal, que tem o dever de expedi-lo, para todos os efeitos legais (seja na via administrativa, seja judicialmente, caso necessário), porque o exercício de direito potestativo, diferentemente do que ocorre com os direitos a uma prestação, impõe um estado de sujeição.

7. Para os direitos potestativos sem prazo de exercício fixado em lei, prevalece o princípio geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade, ou seja, direitos que não se extinguem pelo não-uso (FILHO, Agnelo Amorim. Critério Científico Para Distinguir a Prescrição da Decadência e Para Identificar as Ações Imprescritíveis, RT 744/738).

(...)

(REsp 526.015/SC, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2006, DJ 06/03/2006, p. 165)

De resto, também esta Corte já reconheceu a inexistência de prazo para o exercício do direito potestativo de o locador demandar pela retomada do imóvel, depois de efetivada a notificação obrigatória ao locatário:

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - LOCAÇÃO - DESPEJO POR DENÚNCIA VAZIA - ART. 78 C/C ART. 46, PARÁG. 2º DA LEI Nº 8.245/91 - PRÉVIA NOTIFICAÇÃO REALIZADA - INEXISTÊNCIA DE PRAZO PARA PROPOSITURA DA AÇÃO - DECADÊNCIA AFASTADA.

1 - A Lei de Locação (8.245/91), em seus arts. 46, parág. 2º, e 78, não impõe prazo algum ao locador, após efetuada a obrigatória notificação, ao exercício de seu direito de retomada, através da propositura da competente ação de despejo por denúncia vazia. O locador, neste tipo de ação e obedecida a prévia comunicação legal, é árbitro de suas conveniências, não comportando a lei ou ao intérprete, mais restrições que as expressas.

2 - Sendo legal o exercício de tal direito, beneficiando-se o locatário, inclusive, com a elasticidade temporal para a propositura do mencionado despejo, afasta-se a decadência decretada.

3 - Precedentes (Resp nºs 45.526/RO e 37.952/SP).

4 - Recurso conhecido e provido para, reformando o v. acórdão de origem, afastar a decadência e julgar procedente a ação, invertendo-se o ônus da sucumbência.

(REsp 137353/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/1999, DJ 06/12/1999, p. 108)

5. No caso dos autos, a desconsideração da personalidade jurídica é apenas mais uma hipótese em que não há prazo - decadencial, se existisse - para o exercício desse direito potestativo.

À míngua de previsão legal, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, quando preenchidos os requisitos da medida, poderá ser realizado a qualquer momento.

E o próprio projeto do novo Código de Processo Civil, que de forma inédita disciplina um incidente para a medida, parece ter mantido a mesma lógica e não prevê qualquer prazo para o exercício do pedido.

Ao contrário, enuncia que a medida "é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e também na execução fundada em título executivo extrajudicial" (art. 77, § único, inciso II, do PL n.º 166, de 2010).

6. Rejeitada a tese da decadência do pedido de desconsideração - a qual reputei ser a principal no recurso especial -, passo à análise dos demais tópicos do recurso, os quais já foram enfrentados em outros precedentes da Casa, com jurisprudência tranquila e pacífica.

6.1. Afasto, ademais, a alegada exigência de ação própria para a desconsideração da personalidade jurídica.

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 da falência, nos termos da jurisprudência sedimentada do STJ, *verbis*:

PROCESSO CIVIL. ARTS. 458, II, E 535, I E II, DO CPC. OFENSA. NÃO-OCORRÊNCIA. SÚMULA N. 284/STF. ANÁLISE DE CLÁUSULAS DE CONTRATO E REEXAME DE PROVA. SÚMULAS NS. 5 E 7/STJ. MATÉRIAS INFRACONSTITUCIONAIS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 211/STJ. AUTO-FALÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ARRESTO DOS BENS DOS SÓCIOS. DESNECESSIDADE DE AÇÃO AUTÔNOMA. DECRETAÇÃO NO PROCESSO FALIMENTAR. IMPUGNAÇÃO VIA RECURSOS CABÍVEIS. DESRESPEITO AO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO-OCORRÊNCIA. IMPUGNAÇÃO VIA RECURSOS CABÍVEIS. PRECEDENTES. SÚMULA N. 83/STJ.

(...)

5. No âmbito civil, cabe ao magistrado, a teor de diretriz jurisprudencial desta Corte, desconsiderar 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 desconsideração da personalidade jurídica da falida, com a conseqüente propagação dos seus efeitos aos bens patrimoniais dos sócios, não ocorre desrespeito aos postulados do contraditório, da ampla

Superior Tribunal de Justiça

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 n. 228.357-SP, Terceira Turma, relator Ministro Castro Filho, DJ de 2.2.2004; REsp n. 418.385-SP, Quarta Turma, relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ de 3.9.2007.

7. "Não se conhece do recurso especial, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" – Súmula n. 83 do STJ.

8. Recurso especial não-conhecido.

(REsp 881330/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 19/08/2008, DJe 10/11/2008)

COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS INEPTOS EM PROVOCAR PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. FALÊNCIA. DAÇÕES EM PAGAMENTO FRAUDULENTAS AOS INTERESSES DA MASSA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BOJO DO PROCESSO FALENCIAL. DESNECESSIDADE DE AÇÃO REVOCATÓRIA. DECRETO-LEI N. 7.661/1945, ARTS. 52 E SEGUINTE.

(...)

III. Detectada a fraude na dação de bens em pagamento, esvaziando o patrimônio empresarial em prejuízo da massa falida, pode o julgador decretar a desconsideração da personalidade jurídica no bojo do próprio processo, facultado aos prejudicados oferecerem defesa perante o mesmo juízo.

IV. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n. 7-STJ).

V. Recurso especial conhecido e improvido.

(REsp 418385/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 03/09/2007, p. 178)

No voto condutor do acórdão proferido no REsp. 881.330, de lavra do e. Ministro João Otávio de Noronha, em situação absolutamente idêntica, dispensou-se a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada no âmbito do próprio juízo que decretou a medida, também falimentar.

Diante da semelhança fática, adoto como razões de decidir os fundamentos manifestados por Sua Exa.:

Destarte, em sede de processo de falência – hipótese ocorrente nestes autos –, dúvidas não podem pairar sobre a viabilidade de se deferir, incidentemente, pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa falida, requerido pela parte interessada, determinando, por conseguinte, o arresto de bens pertencentes aos sócios.

Nesse cenário, cabe ao magistrado, a teor de diretriz jurisprudencial desta Corte, desconsiderar 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. Nesse

sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: REsp n. 418.385-SP, relator Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, Quarta Turma, DJ de 3.9.2007; REsp n. 331.478-RJ, relator Ministro JORGE SCARTEZZINI, Quarta Turma, DJ de 20.11.2006; REsp n. 332.763-SP, relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJ de 24.6.2002.

(...)

Razão não assiste à parte ora recorrente.

Cuidando, normalmente, o processo da falência de pontos controvertidos que exigem imediatas soluções, de forma a atingir as finalidades que o delimitam, a abertura às partes para socorrerem as vias ordinárias, em geral de tramitação lenta, implicaria na obstrução do curso do procedimento falimentar e o atingimento do seu final desfecho, com prejuízo à coletividade de credores e aos superiores interesses da própria Justiça.

Assim, proclamada incidentalmente a desconconsideração da pessoa jurídica, como ficou assentado no caso, com base na existência de elementos hábeis a dar sustentação a decisão de primeiro grau que, ratificada pela instância estadual superior, determinou o arresto de bens dos sócios, é de se questionar se, mantida restrita a cognição do juízo universal da falência, tornar-se-ia necessário a adoção do procedimento citatório, como se amplo processo de conhecimento fosse?

A resposta se impõe pela negativa.

Presentes as circunstâncias norteadoras da decisão impugnada, impende aduzir que, decretada a desconconsideração da personalidade jurídica da falida, com a conseqüente 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, como aventado pela parte ora recorrente, quando patente, na espécie, sua legitimidade para defesa dos seus direitos, mediante a interposição perante o juízo falimentar dos recursos cabíveis.

No caso dos autos, a decisão que acionou a *disregard* está exaustivamente fundamentada, somando-se às razões do acórdão recorrido, que identificam, com precisão, os atos tidos por abusivos praticados pela falida, com benefício evidente dos sócios, então recorrentes.

Também ficou consignado que todos tiveram oportunidade de se defender nos autos da falência, circunstância que afasta também a tese de violação ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, já que das premissas fáticas traçadas na origem não pode se distanciar esta Corte (Súmula 7).

6.2. Por outro lado, não há como confundir a ação de responsabilidade dos sócios e administradores da sociedade falida (art. 6º do Decreto-lei n.º 7.661/45 e art. 82 da Lei n.º 11.101/05) com a desconconsideração da personalidade jurídica da empresa.

A responsabilização dos sócios ocorre quando estes, por ato próprio, praticam a abusividade lesiva à sociedade (*ultra vires*, por exemplo), ao passo que na desconconsideração da personalidade jurídica é a pessoa moral que tem seu uso desvirtuado,

por ato dela, tudo em benefício dos sócios e administradores.

Ou seja, na primeira, não há um sujeito oculto, ao contrário, é plenamente identificável e evidente, e sua ação infringe seus próprios deveres de sócio/administrador, ao passo que na segunda, supera-se a personalidade jurídica sob cujo manto se escondia a pessoa oculta, exatamente para evidenciá-la como verdadeira beneficiária dos atos fraudulentos.

Fábio Ulhoa Coelho elenca, com precisão, as hipóteses de responsabilização pessoal dos sócios, administradores e acionistas da falida, com base nas leis de direito societário, hipóteses que se distanciam sobremaneira da desconsideração da personalidade jurídica, que visa tão-somente à extensão da responsabilidade aos sócios, por dívidas contraídas pela pessoa jurídica:

O sócio da sociedade limitada responde em duas hipóteses.

Na primeira, quando participar de deliberação social infringente da lei ou do contrato social (CC, art. 1.080). É o caso de responsabilidade por ato ilícito, em que não há nenhuma limitação. (...)

Na segunda, o sócio responde solidariamente com os demais pela integralização do capital social (CC, art. 1.052). Aqui, a responsabilidade independe de ato ilícito. (...) É a ação de integralização, que a lei anterior, ao contrário da atual, disciplinava em dispositivo específico.

O administrador da sociedade limitada, por sua vez, responde quando descumprir o dever de diligência (CC, art. 1.011) e prejudicar, com isso, a sociedade. (...)

O acionista controlador tem responsabilidade pelos danos que decorrem de abuso no exercício do poder de controle (LSA, art. 117). (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 208).

Em suma, a ação de responsabilização societária, em regra, é medida que visa ao ressarcimento da sociedade por atos próprios dos sócios/administradores, ao passo que a desconsideração visa ao ressarcimento de credores por atos da sociedade, em benefício da pessoa oculta.

A e. Terceira Turma sufragou entendimento análogo:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SUJEITA À LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL NOS AUTOS DE SUA FALÊNCIA. POSSIBILIDADE. A CONSTRICÇÃO DOS BENS DO ADMINISTRADOR É POSSÍVEL QUANDO ESTE SE BENEFICIA DO ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

- A desconsideração não é regra de responsabilidade civil, não depende de prova da culpa, deve ser reconhecida nos autos da execução, individual ou coletiva, e, por fim, atinge aqueles indivíduos que foram efetivamente beneficiados com o abuso da personalidade jurídica, sejam eles sócios ou meramente administradores.

(...)

- A responsabilidade do administrador sob a Lei 6.024/74 não se confunde a desconsideração da personalidade jurídica. A desconsideração exige benefício daquele que será chamado a responder. A responsabilidade, ao contrário, não exige este benefício, mas culpa. Desta forma, o administrador que tenha contribuído culposamente, de forma ilícita, para lesar a coletividade de credores de uma instituição financeira, sem auferir benefício pessoal, sujeita-se à ação do art. 46, Lei 6.024/74, mas não pode ser atingido propriamente pela desconsideração da personalidade jurídica.

Recurso Especial provido.

(REsp 1036398/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 03/02/2009)

6.3. Afasto, ainda, a alegação de que houve julgamento *ultra petita*.

Primeiramente porque o art. 460 não foi objeto de prequestionamento, muito embora tenham sido opostos embargos de declaração. Incide, no caso, a Súmula n.º 211/STJ.

Ademais, a tese de que a desconsideração da personalidade jurídica deve atingir somente as obrigações contraídas pela sociedade antes da saída dos recorrentes, como supostamente teria pleiteado o Ministério Público, é incompatível com o próprio sistema falimentar.

Reconhecendo o acórdão recorrido que os atos fraudulentos, praticados quando os recorrentes ainda faziam parte da sociedade, foram causadores do estado de insolvência e esvaziamento patrimonial por que passa a falida, a superação da pessoa jurídica tem o condão de estender aos sócios a responsabilidade pelos créditos habilitados, de forma a solvê-los de acordo com os princípios próprios do direito falimentar, sobretudo aquele que impõe igualdade de condição entre os credores (*par conditio creditorum*), na ordem de preferência imposta pela lei.

Nesse passo, também se mostra irrelevante a condição de ex-sócios da falida à época em que decretada a quebra.

7. Quanto à litigância de má-fé, o acórdão recorrido reconheceu a conduta processual maliciosa dos recorrentes, afirmando que "durante toda a instrução do recurso, apresentaram inúmeras petições e impugnações, eminentemente procrastinatórias, opondo resistência injustificada ao andamento do processo".

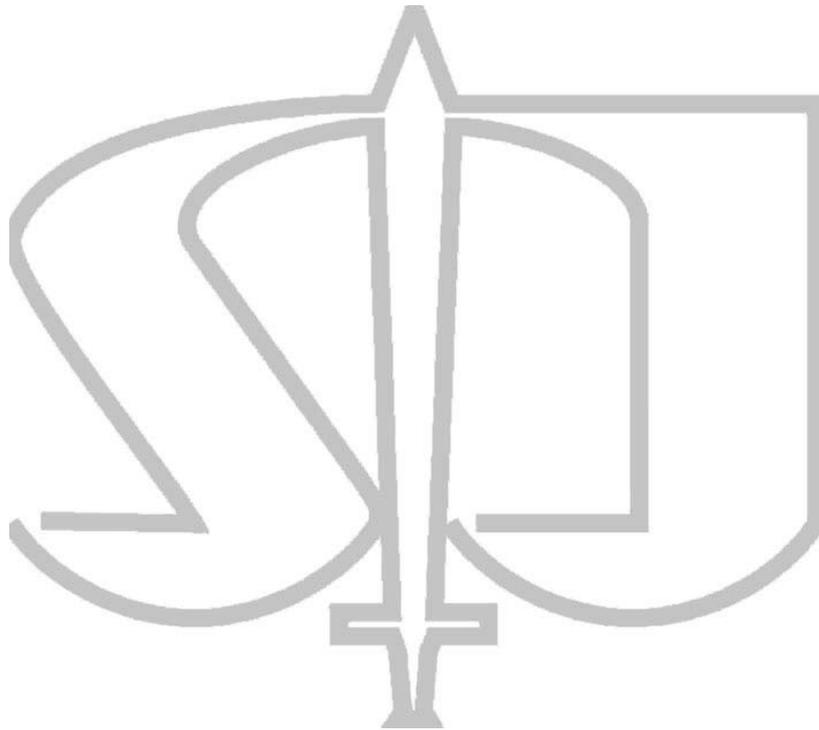
Rever tais conclusões esbarra na Súmula 7/STJ.

8. Afirme-se, por fim, que a decisão que desconsiderou a personalidade jurídica atinge os bens daqueles ex-sócios indicados, não podendo, por óbvio, prejudicar terceiros de boa-fé.

Superior Tribunal de Justiça

9. Diante do exposto, conheço parcialmente do recurso e, na extensão, nego-lhe provimento.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2010/0022468-5 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.180.191 / RJ**

Números Origem: 104542007 200700210454 200913506554

PAUTA: 05/04/2011

JULGADO: 05/04/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CELIA MENDONÇA**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ANSELMO DE AGUIAR PEREIRA
ADVOGADO : EDUARDO ANTÔNIO KALACHE E OUTRO(S)
RECORRIDO : TRANSPORTES MOSA LTDA - MASSA FALIDA
ADVOGADO : MAURO MARCELLO DA COSTA MACHADO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Empresas - Sociedade - Desconsideração da Personalidade Jurídica

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **LEONARDO ORSINI DE CASTRO AMARANTE**, pela parte RECORRIDA:
TRANSPORTES MOSA LTDA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso especial e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.180.191 - RJ (2010/0022468-5)

VOTO - ANTECIPADO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, dadas as peculiaridades do caso, especialmente a análise da matéria de fato, contida no acórdão, que ensejou a conclusão de que houve fraude e confusão patrimonial, mediante o uso indevido da pessoa jurídica. Com efeito, não se trata, aqui, da invalidação de determinado ato jurídico, o qual pudesse ser considerado lesivo a determinada pessoa, hipótese em que se cogitaria de prazo de decadência para desconstituir o ato viciado. Cuida-se de uma sucessão de atos lesivos, começando por uma cisão, com a transferência do passivo exclusivamente para uma das empresas, a transferência gradativa dos bens desta empresa para outra, retirada de sócios que passaram a ser sócios de uma terceira empresa, detentora de bens da anterior. Esta sucessão de atos foi considerada, pelo acórdão recorrido, prova do uso abusivo da personalidade jurídica, com o fim de prejudicar direitos dos credores da primitiva empresa, os quais não tinham, na época dos fatos, sequer como ter conhecimento e defender-se dessas alterações societárias tidas pelo acórdão recorrido como fraudulentas. Não cabe, portanto, a decretação da decadência.

Conheço parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, nego-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.180.191 - RJ (2010/0022468-5)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Sr. Presidente, estou acompanhando o voto do eminente Relator, apenas anotando que, em relação ao tempo, não há como fixar, porque se trata de uma questão que me parece relativamente simples. É que a desconsideração surge apenas no bojo de algum processo. A realidade da desconsideração somente vem a lume à medida que, em uma execução, ou no caso de uma falência, se descobre que houve uma fraude. Então, não há como firmar um parâmetro anterior, porque seria o mesmo que apagar 80% ou 90% da eficácia do instituto. Dificilmente estabelecer um prazo para a alegação, porque só se desconsidera a personalidade jurídica quando uma ação já corre há algum tempo e, no bojo dessa ação, descobre-se que realmente os sócios praticaram aquela confusão patrimonial, aquele desvio fraudulento que levou ao esvaziamento dos bens da execução ou da cobrança, ou, ainda, da apuração do crédito. Então, seria quase que jogar por terra a própria eficácia do instituto da desconsideração.

O importante, ao meu ver, é não se banalizar o instituto do "disregard", aplicando-o a qualquer caso. Este excesso a 4ª Turma tem, reiteradamente, podado.

Mas, quanto ao prazo, não me parece possível aplicar a tese decadencial, como sugerida no parecer do eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

Desse modo, acompanho o voto do eminente Relator.

Em relação aos terceiros, tema levantado pelo Sr. Ministro Raul Araújo Filho, sem dúvida nenhuma, existe essa preocupação, mas não vejo como já agora, de antemão, e em tese, se possa ressaltar essa situação, porque ela só tem como ser verificada no caso concreto. Quer dizer, vamos ter de esperar os casos concretos para saber se se

Superior Tribunal de Justiça

ressalva ou não essa situação de cada um dos terceiros, que podem realmente ter adquirido esses bens posteriormente. Mas fica o registro.

Conheço parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, nego-lhe provimento.

