

A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo CPC

Mônica Gusmão

Professora de Direito Empresarial.

1. INTRODUÇÃO

Nada inquieta mais que o novo. É compreensível que toda lei nova traga certo desassossego ao sistema jurídico, mas, com o tempo, a jurisprudência aplaina o desconforto e mostra que a antinomia a mais das vezes é apenas aparente. Com o novo CPC não será diferente. Diversas críticas brotaram contra ele ainda na sua *vacatio*, notadamente em relação à redação dos institutos vitais para a sua compreensão. Até mesmo a sua necessidade foi questionada. O ministro do STF Luiz Fux, que presidiu a comissão de juristas criada para discutir e formular o anteprojeto do novo código, disse que o texto foi construído a partir de um processo que envolveu mais de cem audiências públicas e o recebimento de cerca de oitenta mil e-mails, além de contribuições da Academia e de juristas¹. Estudei os reflexos do novo CPC no Direito Empresarial e, em vários pontos, trouxe de fato inovações necessárias. Em outros, andou para trás. Neste artigo, tento trazer minhas primeiras impressões sobre uma velha questão. Até que todas as arestas sejam aplainadas, há muito o que fazer.

Portanto, mãos à obra!

2. PERSONALIDADE JURÍDICA

Personalidade jurídica é a aptidão de contrair direitos e obrigações na órbita civil. Começa com o arquivamento dos atos constitutivos no ór-

¹ Segundo Fux, este é “um código da sociedade brasileira”, já que 80% das sugestões foram acatadas. Com a aplicação das medidas nele previstas, o ministro supõe reduzir o tempo de duração do processo em 50%, permitindo resposta judicial em prazo razoável.

ção competente² (no Registro Público de Empresas Mercantis se for sociedade empresária e no Registro Civil de Pessoas Jurídicas se for sociedade simples) e termina pela via judicial ou extrajudicial (dissolução, liquidação, partilha e baixa dos atos no registro próprio). Em princípio, em atenção ao princípio da autonomia patrimonial, o patrimônio pessoal do sócio não se confunde com o da sociedade.

Sobre o tema (**E. nº 470, do CJF**³):

“Art. 980-A. “O patrimônio da empresa individual de responsabilidade limitada responderá pelas dívidas da pessoa jurídica, não se confundindo com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, sem prejuízo da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica”.

3. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Seu objetivo é desconsiderar momentaneamente a personalidade jurídica da sociedade para atingir os bens particulares dos sócios quando houver confusão patrimonial e desvio de finalidade⁴, preservando-se, desse modo, os interesses e direitos dos credores prejudicados pelo mau uso da sociedade. A teoria não visa a anular, desconstituir ou dissolver a sociedade, e sim desconsiderar momentaneamente a sua personalidade jurídica para atingir o patrimônio pessoal do sócio que se desvia da finalidade para qual a sociedade foi criada. A finalidade é impedir que os sócios ou terceiros se locupletem indevidamente às custas da pessoa jurídica porque o direito repudia a ideia de que a personalidade jurídica de uma sociedade sirva de couraça para acobertar situações antijurídicas.

Essa teoria está positivada no art. 50, do Código Civil, deste modo:

“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”.

² Código Civil, art. 485.

³ Conselho da Justiça Federal.

⁴ Código Civil, art. 50.

Ainda na **vacatio** do Código Civil, e com o propósito de aclarar a extensão do seu art. 50, a 1ª Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal publicou diversos enunciados, dentre esses, o de nº 51, assim redigido:

*“Art. 51: A teoria da desconsideração da personalidade jurídica — **disregard doctrine** — fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”.*

Na verdade, o E. 51/CJF mantém toda construção jurídica sobre o tema e os microssistemas legais. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica não se aplica quando a responsabilidade dos sócios já decorrer de expressa previsão legal, como é o caso dos arts. 158, da L. nº 6.404/76; 135; III, do CTN; 1.015; parágrafo único e incisos; 1.016 e 1.080, do Código Civil, dentre outros.

Os chamados microssistemas legais, são:

- *art. 28, do Código de Defesa do Consumidor;*
- *art. 4º, da Lei nº 9.605/98 (Lei do Meio Ambiente);*
- *art. 34, da Lei nº 12.529/11 (Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) e*
- *Lei nº 12.846/2013 (aplicação da teoria no âmbito do processo administrativo).*

Parte da doutrina admite a divisão da teoria da desconsideração em **maior** e **menor**⁵. Para os adeptos da **teoria maior**, a personalidade jurídica da sociedade pode ser desconsiderada sempre que se provar a existência de fraude, em sentido lato; para a **teoria menor**, a fraude é irrelevante, bastando a comprovação da simples insatisfação do crédito. Ao contrário da chamada **teoria maior** da desconsideração, em que a imputação de responsabilidade aos sócios depende, necessariamente, da prova da culpa (em sentido lato), a **teoria menor** admite o levantamento da personalidade jurídica da sociedade e conseqüente responsabilização dos sócios se a sociedade não dispuser de bens suficientes para ressarcir o prejuízo

5 Cf. Fábio Ulhoa.

do credor. Para mim, a aplicação dessa teoria (menor) parte de mero casuísmo e nega toda a base do direito societário porque não relativiza a distinção consagrada entre a figura da sociedade e a de seus sócios e ignora todo o princípio da autonomia patrimonial. O mero inadimplemento de obrigações contraídas pela sociedade não autoriza a desconsideração da personalidade jurídica⁶. A má redação do art. 28 da Lei nº 8.078/1990⁷ induz a equívocos. Há quem invoque a regra do §5º desse artigo como fundamento para a aplicação da teoria (menor), ou seja, a insatisfação do credor seria o bastante para que o juiz determinasse a responsabilidade pessoal dos sócios. Isso é inexato. Esse artigo somente permite a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade quando, em prejuízo do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, falência, insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Pode dar-se, também, a desconsideração ao inverso. Aqui, desconsidera-se a personalidade da pessoa jurídica, a fim de responsabilizá-la por atos praticados por seus sócios. É o caso, por exemplo, do casal que se separa e o cônjuge sócio transfere seus bens à sociedade para fraudar a partilha ou esvaziar seu patrimônio quando demandado por eventual credor, por dívida particular.

Sobre o tema (E. nº 282/CJF):

“Art. 50. É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada “inversa” para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiro”.

4. A DESCONSIDERAÇÃO E O NOVO CPC

Embora com inovações, o novo CPC trata da desconsideração da personalidade jurídica de modo dúbio⁸. O seu art. 133, § 1º, diz que o

⁶ Para DINAMARCO, “o pilar fundamental do presente estudo é, portanto, a afirmação de que sem fraude não se desconsidera a personalidade jurídica, sendo extraordinários na ordem jurídica os casos de desconsideração” (cf. DINAMARCO. Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, *Op. cit.*, p. 1.183 *apud* GUIMARÃES NUNES, Márcio Tadeu. *Op. cit.*, p. 56).

⁷ Código de Defesa do Consumidor.

⁸ V. Capítulo IV, “Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica”.

pedido de descon sideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. Como dito, o art. 50 do Código Civil manda desconsiderar a personalidade jurídica nos casos de **desvio de finalidade** e de **confusão patrimonial**. O E. nº 51, da 1ª Jornada de Direito Civil, do CJF, manda observar, ainda, os microssistemas legais. Com o novo CPC, há duas formas de o credor pleitear a aplicação da teoria:

— Pedido **originário**:

Não satisfeita a obrigação contraída pela sociedade, o credor pode — desde que comprovadas as hipóteses que autorizam o pedido — direcionar sua pretensão ao sócio que se desviou da finalidade da sociedade obrigando-a perante terceiros para auferir vantagem própria ou para terceiros. Nesse caso, o credor poderá incluir no polo passivo a sociedade e o (s) sócio(s). Não há subsidiariedade porque as relações jurídicas são distintas: a do credor com a sociedade devedora e a do sócio com o credor. O ônus de comprovar a fraude é do credor.

— Pedido **incidental**:

O pedido de descon sideração também pode ser **superveniente**, ou seja, cabível em todas as fases do **processo de conhecimento**, no **cumprimento de sentença** e na **execução** fundada em título executivo extrajudicial.⁹

Não se trata de questão nova.

Sobre o tema:

“O juiz pode determinar, de forma incidental, na execução singular ou coletiva, a descon sideração da personalidade jurídica de sociedade. De fato, segundo a jurisprudência do STJ, preenchidos os requisitos legais, não se exige, para a adoção da medida, a propositura de ação autônoma. Precedentes citados: REsp 1.096.604-DF, Quarta Turma, DJe 16/10/2012; e REsp 920.602-DF, Terceira Turma, DJe 23/6/2008. REsp 1.326.201-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 7/5/2013.

⁹ CPC, art. 134.

*“A Turma negou provimento ao recurso especial, mantendo a decisão do tribunal a quo que, com base no conjunto fático-probatório dos autos da execução, entendeu estarem presentes os requisitos autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica da empresa da qual os ora recorrentes foram sócios. Na espécie, ficou demonstrado que os recorrentes, ao promover cisões da empresa e transferências de bens entre as sociedades dela decorrentes, bem como ao alterar os quadros societários, utilizaram-se da sua personalidade jurídica para frustrar o pagamento do crédito devido à recorrida. Segundo o Min. Relator, a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, contida no art. 50 do CC/2002, exige, via de regra, não apenas a comprovação do estado de insolvência da pessoa jurídica para que os sócios e administradores possam ser responsabilizados pelas obrigações por ela contraídas, mas também a ocorrência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. Ressaltou, ainda, inexistir ofensa à coisa julgada pelo fato de o pedido de desconsideração ter sido rejeitado em julgado anterior - embargos de terceiro -, pois o efeito da imutabilidade recai sobre a norma jurídica concreta do dispositivo do **decisum**, não sobre a fundamentação nele exarada.”* Precedente citado: REsp 279.273-SP, DJ 29/3/2004. REsp 1.200.850-SP, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 4/11/2010.

“Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Execução. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Desconsideração da personalidade jurídica. Confusão patrimonial. Requisitos. Revisão. Incidência da Súmula 7/STJ. Agravo Regimental Desprovido.” REsp 279.273-SP, DJ 29/3/2004. REsp AgRg no AREsp 636704/ MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 25/8/2015.

A doutrina tradicional não admitia a desconsideração **incidental** da personalidade jurídica, ou seja, que ela se desse somente na execução. Sustentava-se que o juiz não podia apenhar bens de sócio que não figurasse no polo passivo da relação processual e que era indispensável

que o credor tivesse um título executivo contra o demandado, o que lhe impunha a obrigação de ajuizar ação de conhecimento em face do sócio porque, não sendo assim, estariam violados o devido processo legal, o limite subjetivo da coisa julgada, o contraditório e a ampla defesa. Sempre sustentei que essa posição contrariava o fim ontogênico da jurisdição ao exigir que o exequente, na execução, somente pudesse demandar o sócio depois de obter, por sentença, título em que ficasse claro o que se sabia desde o início, isto é, que a sociedade agira em fraude. A dilação probatória poderia ser feita nos próprios autos da execução em objeção de pré-executividade, embargos ou impugnação¹⁰.

Como dito, o art. 134 do novo CPC admite a instauração do incidente de descon sideração a requerimento da parte ou do Ministério Público (este, quando lhe couber intervir no processo) em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Mais uma vez, o atual CPC ratifica a regra de que **o juiz não pode aplicar a teoria de ofício**. Na Justiça do Trabalho, contudo, não são inco muns decisões admitindo a descon sideração, de ofício, da personalidade jurídica. A Resolução nº 203, de 15 de março de 2016, do TST, em seu artigo 6º, diz:

“Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de descon sideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa tam bém do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878)”.

É indispensável que o juiz do trabalho observe o novo CPC na descon sideração da personalidade jurídica. **Não pode agir de ofício**. O próprio juiz, para afastar a personalidade da sociedade com objetivo de atingir o patrimônio pessoal dos sócios, terá de instaurar o incidente.

Instaurado o incidente, o magistrado deve imediatamente comu nicar ao distribuidor para as devidas anotações¹¹. Essa comunicação não se destina a incluir o sócio no polo passivo, mas tão somente registrar o incidente. A inclusão do sócio como réu ou executado somente se dará caso o incidente seja julgado procedente. O § 2º do art. 134 do novo CPC,

¹⁰ GUSMÃO, Mônica. **Lições de Direito Empresarial**. Forense; Rio de Janeiro, 12ª edição, 2015.

¹¹ CPC, art. 134, § 1º.

determina o sobrestamento do feito se o pedido for incidental, diferentemente se originário porque, nesse caso, a ação cognitiva terá o seu trâmite normal.

O CPC respeitou os princípios do contraditório e da ampla defesa no art. 135 ao determinar que o sócio ou a pessoa jurídica devem ser citados para se manifestar sobre o pedido e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória¹². Se instaurado o incidente quando o feito estiver no tribunal e a decisão for proferida pelo relator, cabe **agravo interno**; em caso contrário, o recurso cabível será o **agravo de instrumento**.¹³ Já no Direito do Trabalho, em caso de decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente, prevalecem as seguintes regras¹⁴:

*I – na fase de cognição, não cabe recurso de imediato*¹⁵;

II – na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;

*III – cabe agravo interno se proferida pelo Relator, em incidente instaurado originariamente no tribunal*¹⁶.

5. OU SEJA:

Embora com algumas imperfeições que o tempo, a doutrina e a jurisprudência corrigirão, o novo CPC deu à desconsideração da personalidade jurídica um pouco mais de sistematização, seja aproveitando a base que já estava sedimentada no art. 50 do Código Civil (**desvio de finalidade e confusão patrimonial**), seja agasalhando os subsídios dos microssistemas que compõem o tecido do ordenamento positivo. A desconsideração não será necessária, útil ou possível quando a responsabilidade dos sócios ou administradores das pessoas jurídicas já decorrer da própria lei. Se a responsabilidade decorre da lei, aplique-se a lei. A desconsideração pode ser **originária** ou **incidental**. Na **originária**, o credor incluirá desde logo no

12 CPC, art. 136.

13 CPC, art. 1.015, IV.

14 Art. 6º, § 1º, da Resolução/TST nº 203, de 15 de março de 2016.

15 CLT, 893, § 1º.

16 CPC, art. 932, inciso VI.

polo passivo da lide os sócios e a sociedade de que fazem parte. Se **incidental**, ou **superveniente**, a desconsideração pode ser pedida na fase de **conhecimento**, no **cumprimento de sentença** e na **execução** fundada em título executivo extrajudicial. Parte da doutrina admite a divisão da teoria da desconsideração em **maior** e **menor**¹⁷. Os antigos alicerces da velha teoria continuam de pé: para a **teoria maior**, a personalidade jurídica da sociedade só pode ser desconsiderada sempre que se provar a existência de fraude. É necessária a prova da culpa. Para a **teoria menor**, a fraude é irrelevante e basta a prova da insatisfação do crédito, mas é preciso levar em conta que mero inadimplemento de obrigação pela sociedade não basta para a desconsideração. O § 5º do art. 28 da Lei nº 8.078/1990¹⁸ não pode ser invocado para desconsiderações genéricas porque esse microssistema somente autoriza a desconsideração quando, em prejuízo do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, falência, insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. **O novo CPC não admite desconsideração de ofício**. O pedido deve ser feito pela parte ou pelo Ministério Público, quando este tiver de intervir no feito. Pedida a desconsideração **incidental**, isto é, no curso do processo, o juiz deve suspender a tramitação do processo principal e oficiar ao Distribuidor para anotação do incidente. Em seguida, os sócios serão citados para defender-se e produzir provas em quinze dias. Os sócios somente constarão como réus das anotações do Distribuidor se o pedido for julgado procedente. Julgado procedente o pedido de desconsideração, a sociedade e os sócios passam a responder como réus. Resolvida a cognição incidental, contra essa decisão cabe **agravo de instrumento**. Se a desconsideração for pedida quando os autos já estiverem no tribunal, cabe ao relator decidir o incidente. Contra a sua decisão cabe **agravo interno**. No Direito do Trabalho, é um pouco diferente. Na fase cognitiva, contra a decisão que resolve o incidente de desconsideração não cabe recurso algum porque decisões como essas não são agraváveis de imediato no sistema da CLT. Se a desconsideração for pedida e decidida na execução, cabe **agravo de petição**. A garantia do juízo não é necessária. Por fim, se a desconsideração for resolvida no tribunal, contra a decisão do relator cabe **agravo interno**. ❖

17 Cf. Fábio Ulhoa.

18 Código de Defesa do Consumidor.