

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL**

Mariana Teixeira Fortes

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA FALÊNCIA

**Porto Alegre
2018**

MARIANA TEIXEIRA FORTES

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA FALÊNCIA

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Doutor Gerson Luiz Carlos Branco

Porto Alegre

2018

MARIANA TEIXEIRA FORTES

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA FALÊNCIA

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Gerson Luiz Carlos Branco
Orientador

Professor Doutor Fabiano Menke
Examinador

Professor Doutor Luís Renato Ferreira da Silva
Examinador

Conceito: _____

AGRADECIMENTOS

Para além de todo o estudo realizado e aprendizado adquirido nesses anos, este trabalho é resultado da convivência e relações com pessoas singulares que deixaram marcas na minha vida, pessoal e acadêmica.

Em razão disso, meus agradecimentos é uma retribuição por todo amor, paciência, carinho e respeito nesses últimos anos.

Agradeço aos meus pais, Makiba e Alexandre, pelo amor e suporte incondicionais nesse período. Aos meus irmãos Lucas e Júlia pela amizade e apoio diário indispensáveis para o convívio.

Agradeço ao Professor Gerson Branco por ter despertado em mim, ainda no 3º semestre da faculdade, o interesse pelo Direito Empresarial, bem como pela incansável disposição em ensinar e pelo suporte, principalmente nesses últimos meses, pelo apoio e atenção dispensados para a produção deste trabalho.

Agradeço aos grandes amigos, dos quais levarei para a vida, por todo o apoio, carinho e por compreenderem meu momento de ausência e estarem sempre ao meu lado.

Por fim, agradeço imensamente a Associação Atlética da Faculdade de Direito (Advogados do Diabo) e, principalmente, a família criada no futebol por terem feito desses anos no Castelinho mais alegres, descontraídos e leves. Sem vocês nada disso teria sido possível.

*„Unser Ziel muss immer das Streben
nach Gerechtigkeit sein!“*
(“Que nosso objetivo seja sempre a busca
pela justiça!”)

Memorial do Julgamento de Nuremberg

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade pesquisar e analisar as questões e as peculiaridades relacionadas à aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica em processos falimentares. Com base no artigo 50 do Código Civil, na Lei de Recuperação e Falência (Lei 11.101/2005) e no Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), são analisados os aspectos materiais e aspectos processuais necessários para a aplicação da teoria bem como do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, introduzido pelo Novo Código de Processo Civil, além das adaptações necessárias para sua ocorrência em processo falimentar. Para tanto, além da análise das leis, foram observadas decisões jurisprudenciais para entender como os tribunais brasileiros têm se posicionado sobre o assunto, uma vez que a utilização da desconsideração da personalidade jurídica busca impedir fraudes e abusos por meio do uso indevido da autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

Palavras-chave: Desconsideração da Personalidade Jurídica. Processo falimentar. Falência. Aspectos materiais. Aspectos processuais. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica.

ABSTRACT

This study aims to investigate and analyze the issues and particularities related to the Disregard Doctrine Theory in bankruptcy proceedings. Under the interpretation of article 50 of the Brazilian Civil Code, the Law of Reorganization and Bankruptcy (Law n. 11,101/2005) and the Code of Civil Procedure (Law n. 13,105/2015), the material and procedural matters necessary for the application of the Theory are analyzed, as well as the disregard of the corporate entity incident, established under the Code of Civil Procedure, and the modifications needed for its application in bankruptcy proceedings. For this purpose, are examined the legislation and the adjudicative law in order to verify the understanding of Brazilian Courts on this subject, since the application of the disregard of the corporate veil aims to bar frauds and abuse of rights by the misapplication of the company's entity shielding.

Key-words: Disregard doctrine. Bankruptcy. Brazilian Civil Code. Brazilian Procedure Civil Code.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 CONDIÇÕES MATERIAIS PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA FALÊNCIA	13
1.1 REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DO ARTIGO 50 DO CÓDIGO CIVIL NA FALÊNCIA.....	16
1.1.1 Desvio De Finalidade E Abuso De Direito	17
1.1.2 Confusão Patrimonial	21
1.1.3 Fraude	29
1.1.4 Insuficiência De Patrimônio	35
1.2 DISTINÇÃO ENTRE A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA FALÊNCIA E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	37
2 PROCEDIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: APLICAÇÃO DO CPC/2015	46
2.1 INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	47
2.2 PROCEDIMENTO	49
2.3 PRAZOS.....	61
2.4 RECURSOS	64
2.5 SUSPENSÃO DO PROCESSO FALIMENTAR	68
CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS	76

INTRODUÇÃO

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica está previsto no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 50 do Código Civil de 2002. Sua origem vem da doutrina e jurisprudência dos mais diversos países, dos quais diversos institutos influenciam o direito brasileiro, são eles: Estados Unidos, Alemanha, Itália, Inglaterra, entre outros.

Enquanto isso, o direito falimentar está regulamentado hoje pela Lei 11.101/2005, que tem a função primordial de reger o momento mais agudo da vida empresarial: a crise¹. A falência é o momento em que a empresa/sociedade se encontra em situação de emergência, em que a crise além de econômica tende a ser também patrimonial e financeira. Deriva do dispositivo o afastamento do devedor para que a empresa preserve seus ativos e a sua atividade econômica, com base no princípio de preservação da empresa.

Por sua vez, o atual Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a positivação dos aspectos processuais do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Desse modo não deve ser possível a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida sem a garantia dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Quer dizer, o Novo Código de Processo Civil estabelece diretrizes legais no ordenamento que possibilite a aplicação do instituto de maneira a observar os preceitos fundamentais a um procedimento justo.

Assim, permite a ligação entre essas áreas do direito – Direito Comercial e Direito Processual Civil – o presente estudo busca entender como funciona o instituto da desconsideração da personalidade jurídica na falência, conforme a doutrina e jurisprudência brasileira, bem como analisar as previsões do Código de Processo Civil de 2015, devido ao advento do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e às mudanças que este acarretará nos processos falimentares.

Cabe destacar que está presente no trabalho a discussão entre dois bens jurídicos importantes: o uso da personalidade jurídica, ferramenta que distingue a

¹ OIOLI, Eril Frederico. A extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro – análise de caso. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. v. 4/2017, abr/jun. 2017.

pessoa jurídica da pessoa do sócio e, o empreendedorismo, que estimula a atividade empresarial. Desta forma, a conexão entre eles permite que a atividade empresária tenha seus riscos minimizados em função da limitação de responsabilidade que a personalidade jurídica concede à pessoa jurídica.

Entretanto, o instituto da personalidade jurídica por vezes tem sua função desviada, sendo utilizada de maneira ilegítima, através de fraudes e abusos de direito. Por isso, se faz necessária o uso da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária para impedir que a personalização seja um mecanismo de empreendedorismo ilícito, prejudicando a prática da atividade empresarial.

Nesse sentido, faz-se necessária a divisão do trabalho em duas partes. Primeiramente, abordará as condições materiais para a desconsideração da personalidade jurídica na falência. Posteriormente, seguirá com a análise dos dispositivos legais previstos no CPC/2015 e as adaptações que muitas vezes serão necessárias para a aplicação do incidente no processo falimentar.

Apesar da desconsideração da personalidade jurídica ser aplicada em outros ramos do direito, como direito tributário, ambiental, consumidor, entre outros, principalmente em função da prática de fraudes e abusos, é importante dizer que sobre esses tópicos não serão profundamente abordados, somente brevemente comentados pela sua proximidade ao tema.

Outrossim, necessário dispor que a fraude e o abuso estão ligados ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica e este é meio legítimo para limitar os riscos da atividade empresarial, ao mesmo tempo em que facilita o desenvolvimento da economia de mercado e do empreendedorismo. É uma maneira de reduzir os riscos da atividade econômica, caso contrário a atividade empresarial não seria atrativa a investidores, a empresários e até à sociedade.

Por conseguinte, para que exista o desenvolvimento da atividade empresarial é necessária uma adequação entre o objeto e o capital social da sociedade, quer dizer, devem ser condizentes com os riscos para que não haja prejuízos e/ou danos a terceiros, ou seja, é necessária a adoção do princípio da responsabilidade das pessoas jurídicas, de modo a assegurar as garantias quanto ao risco da atividade.

Devido à dificuldade e à complexidade das atividades econômicas é que se desenvolvem as sociedades empresárias, para que o êxito de empreender em

atividades empresariais (por instrumento da pessoa jurídica) seja uma ferramenta para lidar com os riscos da atividade.

Sobretudo, a doutrina do *disregard doctrine* desenvolvida nos Estados Unidos (caso Salomon X Salomon Company) e posteriormente utilizada como ponto de partida para a sistematização feita por Rolf Serick da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica e seus critérios gerais, faz-se objetivo ressaltar alguns pontos.

A teoria visava impedir a fraude ou o abuso através do uso da personalidade jurídica, para isso nas palavras de Rubens Requião, dizia² o autor germânico que é *necessário averiguar quando pode prescindir-se da estrutura formal da pessoa jurídica para que a decisão penetre até o seu próprio substrato e afete especialmente a seus membros*. Para que isso ocorra, claro é que a jurisprudência deverá continuamente avaliar os casos.

Rubens Requião através do texto “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica” no âmbito do *disregard doctrine*, introduziu o assunto no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, ressaltou a cautela para aplicação do instituto, salientando que a teoria deve ser utilizada como excepcionalidade, para que seu uso não destrua o instituto da pessoa jurídica.

A pessoa jurídica é uma criação de lei. Por isso, o Estado deve ser responsável por verificar se tal direito está sendo utilizado da maneira correta. Assim, no direito brasileiro, para que aconteça a desconconsideração deve-se partir da ocorrência de abuso ou de fraude com o uso da personalidade jurídica da sociedade, a partir da qual o juiz deve indagar para decidir se houve fraude ou abuso e, se desconiderará a personalidade jurídica, a fim de alcançar os sócios e seu respectivo patrimônio, tendo em vista a prática de ato ilícito ou abusivo.

Desse modo, a ideia de que a personalidade jurídica seria um instituto absoluto não será validada, uma vez que se permite a suspensão da eficácia do ato constitutivo, a fim de desconiderar a personalidade para coibir abuso e fraude, sendo assim, um instituto relativo.

Quando adentramos no mundo jurídico da falência, observável que uma vez decretada a sentença, se utilizará do instituto da desconideração da personalidade jurídica para que haja extensão dos seus efeitos aos sócios ou a sociedades,

² REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine). **Revista dos Tribunais**, v.410, n.12. Dez./1969.

principalmente nos casos em que temos um grupo societário, atingindo assim outra sociedade do grupo.

*A teoria da desconsideração não tem por finalidade extinguir a pessoa jurídica, na verdade, seria ela uma técnica de suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, a buscar, no patrimônio dos sócios, bens para responderem a dívida contraída*³. Ou seja, a ideia não é extinguir a pessoa jurídica, mas sim buscar a *funcionalização da pessoa jurídica*, buscando evitar a prática de fraude e abuso.

A fim de aferir os resultados quanto à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na falência. A metodologia de pesquisa utilizada no presente ensaio será a dedutiva, mediante a análise dos conceitos e casos, com auxílio da doutrina e jurisprudência brasileira, respectivamente. Além disso, utilizar-se-á como base a pesquisa bibliográfica, na qual serão considerados aspectos doutrinários e jurisprudenciais, mediante fundamentos e princípios orientadores do Direito Civil, Comercial e Processual Civil, tal como o ordenamento jurídico vigente, a fim de estabelecer um paralelo entre os aspectos materiais e processuais com a realidade vivenciada pela jurisprudência brasileira. Para que esse processo ocorra, se faz necessário a preservação do contraditório, bem como do devido processo legal, só assim, com base nos aspectos processuais básicos será possível prosseguir com os mecanismos corretos para efetivar o instituto em análise.

Assim, objetivando a perspectiva que será tratada no presente trabalho, cabe estabelecer o plano que será realizado.

Na primeira parte deste trabalho, serão analisadas as condições materiais para a desconsideração da personalidade jurídica na falência. Nesse item, haverá a definição do instituto da desconsideração, bem como brevemente uma diferenciação da responsabilidade societária e a necessidade de cumprimento dos deveres do empresário na atividade empresarial.

Por conseguinte, se seguirá à abordagem dos requisitos para a aplicação do instituto, os quais estão previstos no artigo 50 do Código Civil, como o desvio de finalidade e a confusão patrimonial, além da fraude e abuso de direito, e com isso, suas adaptações de acordo com a doutrina e jurisprudência brasileira. Ademais, será abordada a questão da extensão dos efeitos da falência em comparação com a

³ REQUIÃO, Rubens. *Op.cit.*1969 *apud* DIDIER JR, Fredie. Aspectos Processuais da desconsideração da personalidade jurídica.

desconsideração da personalidade jurídica, bem como a decorrência de uma em função da outra.

Já na segunda parte deste trabalho será abordada a questão do procedimento da desconsideração da personalidade jurídica com base no Código de Processo Civil de 2015, bem como as adaptações e mudanças necessárias em função de sua aplicação no processo falimentar. Isso visto que a lei geral de processo é fonte subsidiária nos processo de recuperação judicial e falência, de modo que qualquer alteração, terá efeitos nos processos.

Além disso, será analisado o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e sua possível aplicação no processo falimentar. Assim, diante disso, será explorado seu procedimento, os prazos aplicáveis, bem como os recursos que poderão ser utilizados e a possibilidade da suspensão do processo principal, no caso o processo falimentar.

Por fim, além da análise doutrinária serão utilizadas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), bem como do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), a fim de verificar como estão sendo solucionadas as questões jurídicas.

1 CONDIÇÕES MATERIAIS PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA FALÊNCIA

Toda e qualquer empresa no Brasil possui uma estrutura jurídica, de acordo com seu tipo societário⁴, que estabelece os deveres e responsabilidade dos sócios. O tipo mais comum no Brasil é a empresa de responsabilidade limitada.

Na responsabilidade limitada – seja sociedade por cotas ou por ações – o sócio só responde pelo valor que ele promover integrar à empresa como capital. Desta forma, se a empresa não pagar um credor (fornecedor, Fisco, Estado, empregado), o sócio não arcará com o débito⁵. Contudo, existem exceções, no caso, por exemplo, de sócios praticarem atos ilegais e, por isso, serem responsabilizados.

A personalidade jurídica das sociedades é instrumento fundamental para a iniciativa privada. Desse modo, é possível relacioná-la com os princípios da livre iniciativa e da função social da propriedade, atingindo assim a função social da pessoa jurídica empresária⁶.

Nesse sentido, a personalidade jurídica (das sociedades empresárias) é a manifestação do direito de propriedade, devendo, da mesma maneira, obedecer à sua função social⁷. A pessoa jurídica é, então, um instrumento para desenvolver a atividade econômica/empresarial e para o exercício do direito de propriedade, de modo que se verifica a função social da empresa.

Para desenvolver essa atividade empresarial é necessário o cumprimento dos deveres empresariais. Dessa forma, concerne definir a figura do empresário, aquele que exercerá a atividade:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.⁸

⁴ Tipo societário é um conjunto de regras básicas pelas quais se pode empreender. (SALAMA, Bruno Meyerhof. **O fim da responsabilidade limitada no Brasil** - História, Direito e Economia. São Paulo: Malheiros, 2014)

⁵ Ibidem.

⁶ DIDIER JR, Fredie. *Op.cit.*

⁷ GUIMARÃES *apud* DIDIER JR.

⁸ BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 16 dez. 2017

Sendo assim, qualquer pessoa que estiver exercendo atividade de forma organizada com a produção e/ou circulação de bens, estará exercendo atividade empresária. Por isso, estará sujeita ao regime jurídico de empresário, devendo seguir os deveres previstos no Código Civil e na Lei de Recuperação e Falência.

Os deveres do empresário previstos no Código Civil podem ser separados em dois grupos: primeiro da pré-atividade empresarial, quer dizer, deveres para regularizar o início da atividade e, o segundo, deveres para continuar e exercer a atividade, isto é, o andamento do exercício empresarial.

No primeiro grupo, temos a inscrição do empresário na Junta Comercial, requisito prévio ao início das atividades como empresário. O não cumprimento enseja a irregularidade da atividade empresarial.

Já no segundo grupo, concerne aos deveres de escrituração contábil e organização dos livros mercantis. É a ideia de publicidade dos atos essenciais⁹ à atividade empresária, que todo empresário deve manter escritos e atualizados.

Enquanto isso, a Lei 11.101, Lei de Recuperação e Falência, divide-se em 3 categorias¹⁰: (i) deveres de não cometer crime falimentar, (ii) dever de reconhecimento de crise econômico-financeira da empresa (requerer autofalência) e (iii) dever de prestar informações e colaborar com a falência.

Na primeira categoria há um rol exemplificativo de crimes falimentares, normalmente realizados por meio de fraude com o intuito de prejudicar os credores (arts. 168 e ss., da LREF). A segunda categoria é a situação de reconhecer a sua situação de crise econômico-financeira, e requerer a autofalência, mas para isso, é necessário o cumprimento dos deveres previstos no Código Civil para que o pedido de falência não seja frustrado (art. 105, da LREF). Por fim, a terceira categoria, o dever de prestar informações ao processo de falência, requeridas pelo administrador judicial (art. 104, da LREF).

Para verificar a possibilidade de aplicar o instituto da desconsideração é necessário que se comprove o cumprimento dos deveres empresariais, o que muitas vezes é impossível, pois a legislação brasileira não prevê qualquer benefício para

⁹ Capítulo IV do Código Civil refere às regras de contabilidade a serem seguidas (artigos 1.179 a 1.195), como: a obrigatoriedade do livro Diário (operações diárias – balanço patrimonial e resultado econômico); a autenticação no Registro Público de Empresas Mercantis (Junta Comercial); o dever de inscrição na Junta Comercial; a conservação em “boa guarda” de toda a documentação, entre outros.

¹⁰ PIVA, Luciano Zordan. **Os Deveres Empresariais na Crise Econômico-Financeira do Empresário**, 2015.

aqueles que cumprem com seus deveres, de modo que, o empresário pode vir a sofrer sanções devido ao mau uso do instituto da desconsideração.

Assim, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é forma para evitar os abusos cometidos com as manipulações do instituto da pessoa jurídica, de modo a responsabilizar patrimonialmente os sócios, devido à verificação das hipóteses principais de fraude e abuso.

Isto posto, a desconsideração da personalidade jurídica só acontecerá se “os atos praticados pela sociedade, resultarem prejuízos a terceiros, desde que tais atos sejam, ainda, incompatíveis com a função da pessoa jurídica¹¹”. De modo que por isso, ela só deverá ser utilizada de maneira excepcional, e não como solução comum a todos os casos de responsabilidade dos sócios e/ou administradores.

A utilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica para fins de responsabilidade exige como pressuposto a insolvência do ente coletivo. É indispensável a fraude e, o prejuízo. Quer dizer, apenas o abuso da personalidade, de forma isolada, não faz nascer para o credor um direito subjetivo ou potestativo à desconsideração¹².

Apesar disso, a aplicação da teoria da desconsideração deve se dar de forma residual, quer dizer, somente às hipóteses em que o ordenamento não preveja outra solução adequada¹³. Ou seja, não se deve confundir a desconsideração com previsões legais de responsabilidade solidária, subsidiária ou pessoal/exclusiva do sócio¹⁴.

Contudo, não é isso que tem ocorrido no mundo jurídico brasileiro. Desta forma, tendo em vista a alta utilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, optou-se por, primeiramente, analisar os requisitos existentes para o seu acontecimento no âmbito falimentar.

¹¹ ANTUNES, Oswaldo Moreira. **Aplicação da Desconsideração da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Letras Jurídica, 2013, p. 114.

¹² ANDRADE JR, Mozart Vilela. A Desconsideração da personalidade jurídica para fins de responsabilidade: uma visão dualista de disregard doctrine. **Revista de Processo**, v. 252, fev, 2016, p. 59-77.

¹³ “Enquanto o ato é imputável à sociedade, ele é lícito. Torna-se ilícito apenas quando se o imputa ao sócio, ou administrador. A desconsideração da personalidade jurídica é a operação prévia a essa mudança na imputação. A sociedade empresária deve ser desconsiderada exatamente se for obstáculo à imputação do ato a outra pessoa. Assim, se o ilícito, desde logo, pode ser identificado como ato de sócio ou administrador, não é caso de desconsideração.” (DALLA, Humberto. < http://genjuridico.com.br/2016/01/19/o-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-do-novo-cpc/#_ftn12>)

¹⁴ Artigos 124, 134 e 1135 do Código Tributário Nacional; artigos 117, 158, 245 e 246 da Lei das S.A. e artigo 1.015 do Código Civil.

1.1 REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DO ARTIGO 50 DO CÓDIGO CIVIL NA FALÊNCIA

A disciplina do Código Civil trouxe a ideia de função social do contrato¹⁵, tendo como pressuposto a unificação legislativa do Direito das Obrigações. Em função disso, de acordo com Gerson Branco, é possível dizer que:

A funcionalização da liberdade de contratar realizada pelo artigo 421 do Código Civil exigiu o reconhecimento da “teoria da empresa” como elemento determinante para a unificação das obrigações civis e mercantis¹⁶.

Nesse sentido, tem-se que o contrato é instrumento da liberdade de exercício da atividade econômica, da atividade empresarial. Quer dizer que a disciplina dos contratos é a disciplina da empresa quando realizada por meio de empresário.

A unificação das obrigações civis e mercantis causou diversas alterações estruturais no Código Civil, por exemplo, com a autonomia científica do Direito Empresarial. Desse modo, percebe-se que houve um fortalecimento do Direito da Empresa, uma “comercialização” do Direito Privado.

Assim, nasceu o Código Civil, lei básica do Direito Privado, sem fazer distinções entre as obrigações civis e mercantis. Ao mesmo tempo, permitiu a preservação das particularidades de cada matéria: Direito Civil, Direito Empresarial, e até Direito do Consumidor¹⁷.

Devido a essa unificação e aproximação do Direito Empresarial com o Código Civil, é que o artigo 50 do Código Civil é e será utilizado em muitas situações que envolvam a questão de responsabilização empresarial.

Foi então pelos avanços nos regimes jurídicos brasileiros que o Código Civil de 2002¹⁸ positivou a desconsideração da personalidade jurídica, de modo que traz os requisitos básicos para sua ocorrência, *in verbis*:

¹⁵ “A função social dos contratos tem conexão com o Direito Empresarial devido à ligação entre funcionalidade e socialidade do Código Civil.” (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Primeiras observações sobre os efeitos da unificação das obrigações civis e mercantis no regime da liberdade contratual. **Direito e Democracia**, v. 9, nº 2, jul/dez. 2008, p. 17).

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Anterior ao Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor de 1998, trouxe a teoria da desconsideração no artigo 28: Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade

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.

Ou seja, a desconsideração da personalidade jurídica, de acordo com o Código Civil ocorrerá quando caracterizado desvio de finalidade ou confusão patrimonial. De modo que o magistrado poderá analisar até que ponto poderá ser levantado o véu da pessoa jurídica para atingir seus representantes legais.

Ao tratar desse assunto deve-se recordar os pressupostos de aplicação da teoria da desconsideração trazidos primeiramente por Rolf Serick¹⁹: i) utilização abusiva da pessoa jurídica; ii) desconhecer a autonomia subjetiva da pessoa jurídica; iii) aplicar as normas baseadas em humanos (pessoas físicas) às pessoas jurídicas e iv) desconhecer a autonomia da pessoa jurídica.

A complexidade de cenários à utilização da teoria da desconsideração acarretou ao legislador produzir distintas previsões normativas sobre seus pressupostos em cada ramo do direito. Diante disso, a previsão do artigo 50 do Código Civil é aplicável residualmente à generalidade das relações.

Passa-se então a analisar as condições para a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

1.1.1 Desvio De Finalidade E Abuso De Direito

O estudo de finalidade exige uma diferenciação entre finalidade e função. Essa diferença está representada nos artigos 187 e 421 do Código Civil²⁰, destacando a finalidade econômica e social do direito no primeiro e função social no segundo.

da pessoa jurídica provocados por má administração. § 1º (Vetado). § 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa. § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

¹⁹ ANTUNES, Oswaldo Moreira. *Op.cit.*, p. 115.

²⁰ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Ao se fazer uma análise normativa, de acordo com Norberto Bobbio, se busca a “função” de um determinado instituto, quer dizer, descobrir “para que coisa o direito serve”. “Saber para que uma coisa significa buscar saber qual é a sua finalidade e, portanto, a sua função”²¹.

Finalidade e função não são sinônimos, mas estão vinculados às consequências do estudo dos modelos jurídicos. Enquanto a noção de função é usada para descrever o caráter instrumental do modelo, que serve para determinados fins, a expressão finalidade, descreve os próprios fins para os quais o instrumento deve ser usado²².

Nas palavras de Judith Martins-Costa²³: “toda função é uma competência dirigida a uma finalidade”.

Sendo assim, percebe-se que o estudo da finalidade tem seu foco nos efeitos, em relação à norma que pré-determina os fins a serem alcançados pelo instrumento.

Por conseguinte, o desvio de finalidade está nos casos que o instituto, instrumento de finalidade, foi utilizado contrariamente à finalidade para qual nasceu.

Segundo Hely Lopes Meirelles, a noção de desvio de finalidade era a de violação ideológica da lei, quer dizer, “a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal”. Já para Celso Antônio Bandeira de Mello, o desvio de finalidade não seria só o ato praticado de modo alheio ao interesse público, mas também “quando busca uma finalidade alheia a característica do ato (típico administrativo) que utilizou”²⁴.

Ainda no direito público, o termo *desvio de finalidade* está conceituado na Lei 4.717/65²⁵, ao sancionar com nulidade o ato praticado com desvio de finalidade.

Contudo, ao trazer o desvio de finalidade para o âmbito privado, não se pode, por exemplo, falar em interesse público. E, além disso, subsiste o princípio da autonomia da vontade e da liberdade contratual, que estabelece os caminhos e

²¹ BOBBIO *apud* BRANCO.

²² BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **As origens doutrinárias e a interpretação da função social dos contratos no Código Civil brasileiro**. Porto Alegre: UFRGS, 2006. 407 f. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, UFRGS, Porto Alegre, 2006.

²³ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**. V.1, n. 1, p. 41 – 66, maio, 2005. p. 47.

²⁴ DA SILVA, Leonardo Toledo. *Op.cit.*, p. 55

²⁵ Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: [...] e) desvio de finalidade. Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: [...] e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

objetivos que não devem ser seguidos²⁶. O comum é dizer que ocorre o desvio de finalidade quando os sócios ou administradores utilizam a sociedade para fins diversos daqueles estabelecidos no objeto social.

Porém, a finalidade dos administradores e dos sócios das sociedades não se encontra tão restrita quanto na administração pública, em razão de que no direito societário (Lei das S.A. – Lei nº 6.404/76²⁷), o desvio de finalidade ou de poder, se justifica no contexto da responsabilização *interna corporis*. Para Comparato²⁸, esse controle *interna corporis*, se consagra com o ato de fraude à lei, se distanciando da finalidade da lei.

Parte da doutrina ainda defende dois parâmetros para identificar a finalidade da sociedade: o interesse social e o objeto social. O objeto social é a atividade fim descrita nos atos constitutivos da sociedade, e o interesse social, embora haja divergência na doutrina, pode-se dizer que o exercício de poder societário busca um interesse social.

O conceito de desvio de finalidade, no contexto da desconsideração da personalidade jurídica se relaciona diretamente com o de abuso de direito, que será visto mais a frente. Uma vez que o exercício do poder deve visar a finalidade social, se ocorre o abuso de poder, conseqüentemente se verificará a ocorrência do desvio de finalidade.

Nesse sentido, explicita Rubens Requião²⁹ ser “o ato, embora conforme, a lei, se for contrário a essa finalidade, é abusivo e, em consequência, atentatório ao direito”. Assim, o desvio de finalidade é um desvio de função, porquanto é praticado no interesse de terceiros, que não o da sociedade³⁰.

Além disso, juntamente com o desvio de finalidade é necessário averiguar a ocorrência do abuso de poder (abuso de direito). Ambos tendem a estar presentes

²⁶ BESSONE, *apud* DA SILVA, Leonardo Toledo. **Abuso da desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.

²⁷ Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. [...]. Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

²⁸ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 331

²⁹ REQUIÃO, Rubens. *Op.cit.* 1969.

³⁰ DEQUECH, Luciano. **A desconsideração da Personalidade Jurídica. Questões Controvertidas – Parte Geral do Código Civil**. Série Grandes Temas de Direito Privado, v. 6. São Paulo: Método, 2007.

simultaneamente, uma vez que o abuso ocorrerá quando acontece um desvio de finalidade.

O conceito de abuso de poder pode ter um enfoque objetivo e subjetivo, assim como a desconsideração. A tendência objetiva, que para alguns autores se diz ser a teoria contemporânea, é baseada em critérios como *finalidade da norma*, *fundamento do direito subjetivo*, *interesse social*, *entre outros*³¹, uma vez que esses critérios dão contornos objetivos ao abuso de direito.

Já a teoria subjetiva do abuso de direito tem duas correntes principais. A primeira sustenta que para se aferir o abuso de direito, é imprescindível a intenção de que o titular de um direito estava imbuído ao exercê-lo. Ou seja, depende do *animus* do titular de um direito, tem o objetivo de prejudicar terceiros, com o exercício das faculdades que o ordenamento jurídico lhe garante. A segunda corrente defende que é abusivo o exercício de um direito decorrente da existência de culpa por parte do titular³².

Quer dizer, a intenção de prejudicar um terceiro, deve sempre estar presente, caso contrário não haveria abuso de direito, apenas o exercício regular. Grande parte da doutrina defende essa subjetividade do abuso de direito, porém, na maioria das vezes, não é fácil provar a intenção e, por isso, tal teoria se torna insuficiente.

Por exemplo, define Clóvis Beviláqua³³ que abuso de direito é o exercício anormal do direito, sem motivo legítimo, unicamente para prejudicar a outrem. Ou seja, pode-se dizer que abuso do direito ocorre quando se foge da finalidade social buscada, visto que o desvio de finalidade ou de poder é a violação ideológica da lei.

Na Comissão do Anteprojeto do Código Civil, Rubens Requião afirmou que é possível que as sociedades usem da personificação para burlar, principalmente, o direito dos credores.

De acordo com o francês Joserrand, para se compreender a teoria do abuso de direito, deve-se observar que a sociedade garante a determinadas pessoas suas prerrogativas, não para ser-lhes agradável, mas para assegurar-lhes a própria conservação, que deve atender a finalidade social. De modo que, o ato, mesmo que

³¹ DA SILVA, Leonardo Toledo. *Op.cit.*, p. 53

³² ANTUNES, Oswaldo Moreira. *Op.cit.*, p. 289.

³³ BEVILÁQUA *apud* ANTUNES, Oswaldo Moreira. *Op.cit.*, p. 291

conforme a lei, se for contrário a finalidade social, será abusivo e, em função disso, atentatório ao direito³⁴.

Por sua vez, Marcia Frigeri afirma que o abuso de direito é aquele que representa o exercício de um direito além dos limites estabelecidos pelo sistema jurídico, ou seja, é o ato da pessoa jurídica que foge das finalidades impostas pelo Direito³⁵.

Quando ocorre um desvio de finalidade, não temos um uso do direito, mas o abuso do direito, que não deve ser admitido. Quer dizer que o ato praticado não é contrário ao direito, mas sua prática desvia da finalidade social, ou seja, temos um mau uso do direito. Consiste no exercício anormal de um direito, uma vez revelada a intenção, por parte de seu titular, de prejudicar, lesar³⁶.

Um dos princípios básicos para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica desenvolvidos por Rolf Serick, professor germânico, em sua tese de doutorado era a presença do abuso de direito. Afirmava que era qualquer ato que, por meio do instrumento da pessoa jurídica, visava frustrar a aplicação da lei ou o cumprimento de obrigação contratual, ou, ainda, prejudicar terceiros de modo fraudulento.

Na doutrina societária, o abuso de direito pode ser caracterizado como abuso de forma, destarte como defende Serick, o abuso envolve a ocorrência de outras hipóteses, mais específicas, como a *subcapitalização* e a *fraude*, ou ainda, como previsto no artigo 50 do Código Civil, a *confusão patrimonial* e o *desvio de finalidade*.

Outrossim, como define Adriana Pugliesi, o desvio de finalidade é gênero de que são espécies a confusão patrimonial e a fraude. Sobre essas espécies se verá a seguir.

1.1.2 Confusão Patrimonial

Patrimônio social é o instrumento necessário ao exercício previsto no objeto social da empresa, sendo com ele que a organização societária buscará sua

³⁴ REQUIÃO, Rubens. *Op.cit.* 1969.

³⁵ FRIGERI, Márcia Regina. A responsabilidade dos sócios e administradores, e a desconsideração da pessoa jurídica. **Revista dos Tribunais**. v. 739, p. 53-69, Maio/1997

³⁶ BLOK, Marcella. Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. V. 59, p. 91 – 167, 2013, p. 12.

finalidade³⁷. Ainda, é importante tratar de dois institutos jurídicos que norteiam esse ambiente: patrimônio e capital social.

O patrimônio é composto das relações jurídicas (dotadas de valor pecuniário), ativas e passivas, pertinente a determinada pessoa, que servem para suas obrigações e interesses. Enquanto o capital social é a quantia pecuniária declarada no contrato ou estatuto social (expressa em moeda corrente nacional), correspondente ao valor investido pelos sócios na sociedade. O capital social tem função importante de proteger indiretamente os credores e direitos dos sócios. Sendo assim, uma vez integralizado o capital social, esse tende a se confundir com o patrimônio societário.

As sociedades são constituídas mediante da celebração de contrato plurilateral pelos sócios, cuja inscrição no registro próprio determina a aquisição de personalidade jurídica³⁸. Consequentemente, a sociedade então “cria” uma pessoa no mundo do direito, dotada de direitos e obrigações, bem como de um patrimônio, que será distinto do patrimônio dos sócios (que poderão ser pessoas naturais ou jurídicas).

Sendo assim, a autonomia patrimonial é pré-condição da pessoa jurídica, uma vez que a pessoa jurídica é considerada uma técnica de separação patrimonial³⁹, portanto, só possuindo patrimônio um novo sujeito poderá ter capacidade de agir no mundo jurídico, com direitos e deveres próprios.

Afirma Fábio Konder Comparato⁴⁰ que a causa, na constituição de sociedades, equivale à separação patrimonial, à constituição de um patrimônio autônomo cujo ativo e passivo não se confundem com os direitos e obrigações dos sócios, de modo que essa separação é fundamental para a consecução do objeto social. Sendo assim, as obrigações assumidas pela pessoa jurídica serão respondidas com o patrimônio desta. Em alguns tipos de sociedade, poderá haver a responsabilidade subsidiária dos sócios pelas dívidas da sociedade, podendo nesses casos seu patrimônio pessoal ser atingido.

³⁷ SCALZILLI, João Pedro. **Confusão Patrimonial no Direito Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 25.

³⁸ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial: teoria geral das sociedades: as sociedades em espécie do Código Civil**. São Paulo: Malheiros, v. 2, 2006, p. 86-88.

³⁹ Idem, p. 63.

⁴⁰ COMPARATO; SALOMÃO FILHO. *Op.cit.*, p. 305.

De acordo com João Pedro Scalzilli⁴¹, apesar de o Código Civil trazer a confusão patrimonial como hipótese de abuso da personalidade jurídica, permitindo a desconsideração, não há no *Codex* ou em legislação esparsa, tampouco na doutrina de que temos conhecimento, qualquer tentativa satisfatória de conceituação do fenômeno, ou de uma teoria que suporte sua aplicação.

Confusão patrimonial, para parte da doutrina, é o estado de promiscuidade existente entre os patrimônios de duas pessoas, ou seja, o patrimônio se confunde, se mistura. Isso pode acontecer entre uma sociedade e seus sócios, entre administradores e terceiros (sociedade isolada), ou entre várias sociedades (grupo de sociedades)⁴².

Cabe brevemente diferenciar confusão patrimonial de confusão de esferas. A segunda é mais abrangente, visto que engloba não só os direitos patrimoniais da pessoa, mas suas situações existenciais. É a “impossibilidade de reconhecer se um determinado ato é imputável a uma pessoa ou a outra⁴³”, não necessariamente em relação ao patrimônio.

Pode-se pensar que a confusão patrimonial é uma situação caracterizada como se existisse um único patrimônio. Note-se, contudo, que, não se sabendo onde começa e onde termina determinado patrimônio, mesmo aplicando a desconsideração da personalidade jurídica, pode ocorrer que o patrimônio de um dos envolvidos nem venha a ser comprometido. Ora, se não se sabe de quem é o patrimônio, não se pode dizer que é o patrimônio do sócio que foi atingido ou se é o patrimônio da pessoa jurídica.

Na prática, os tribunais tendem a confundir as duas situações, de modo que com base nos fatos da confusão de esferas, presumem que o esgotamento patrimonial, verificado no caso concreto, ocorreu devido a confusão patrimonial. Assim, de qualquer jeito, caracterizam a desconsideração da personalidade jurídica.

Por sua vez, Scalzilli defende que:

confusão patrimonial consiste no estado de promiscuidade verificado entre os patrimônios de duas ou mais pessoas, consequência da apropriação, por parte dos sócios, administradores, terceiros ou outras sociedades componentes de um grupo econômico, dos meios de produção de uma determinada sociedade⁴⁴.

⁴¹ SCALZILLI, João Pedro. *Op.cit.*, p. 83.

⁴² *Idem*, p. 86.

⁴³ FERNANDEZ *apud* SCALZILLI. *Op.cit.*, p. 86.

⁴⁴ SCALZILLI, João Pedro. *Op.cit.*, pg. 93.

Ou seja, confusão patrimonial ocorre quando os meios de produção da sociedade são desviados de sua função e realocados em detrimento do seu titular e com quem esse negocia ou quando a pessoa jurídica se utiliza do patrimônio de um terceiro, por não estar capitalizada ou por faltarem recursos.

A confusão patrimonial é o episódio com mais frequência no Judiciário no que diz respeito à desconsideração da personalidade jurídica. Infelizmente, não raro é a mistura do patrimônio da sociedade empresária com o de seus sócios.

O estado jurídico da confusão patrimonial gera prejuízos ao patrimônio, à sociedade, à empresa e aos credores. Por isso, é preciso que no momento de integralização de capital, tudo seja registrado em livros contábeis da pessoa jurídica, para que fique evidenciada a separação do patrimônio dos sócios e da sociedade.

Existem algumas hipóteses consideradas objetivas, que, por exemplo, ocorre quando há abuso da personalidade jurídica, por exemplo, quando da ocorrência de confusão patrimonial. Um dos casos de confusão patrimonial é quando os sócios se utilizam dos valores, do patrimônio, da sociedade, para pagar contas pessoais que destoam do mundo jurídico da sociedade. Para se confirmar a confusão patrimonial, deveremos verificar a autonomia patrimonial inerente à pessoa jurídica.

Assim, geralmente, ocorre a confusão patrimonial quando há transferência direta de valores da sociedade à pessoa do sócio, de modo que os créditos da sociedade se confundem com o dos sócios⁴⁵.

A confusão patrimonial é considerada elemento objetivo, visto que facilita a vida do credor que demanda contra a pessoa jurídica. Para isso é necessário comprovar a comunhão de bens entre a sociedade e os sócios, o que se faz através de demonstrações bancárias, registros contábeis e até mesmo em registros cartorários onde se pode verificar registro de bens da pessoa jurídica em nome dos sócios ou vice-versa⁴⁶.

Para que ocorra a desconsideração da personalidade jurídica é necessário restar caracterizado abuso da personalidade jurídica, seja pelos sócios ou administradores. Por isso, a teoria desconsideração da personalidade jurídica é considerada um “remédio apto a tutelar o direito dos credores prejudicados”⁴⁷.

⁴⁵ Site. Disponível em: <https://www.albertobezerra.com.br/requisitos-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica/>. Acesso em 09/11/2017.

⁴⁶ Site. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/thumb.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18461&revista_caderno=8 Visualizado em 09/11/2017

⁴⁷ SCALZILLI, João Pedro. *Op.cit.*, p. 130

Assim, a desconsideração vai ficar no nível do tratamento, e não no da aplicabilidade prática. Nada obstante, segundo Fábio Konder Comparato⁴⁸, se o controlador (próprio sócio), que é o maior interessado na manutenção desse princípio (separação patrimonial), descumpre-o na prática, não se vê bem porque os juízes haveriam de respeitá-lo, transformando-o, destarte, numa regra puramente unilateral.

De acordo com o artigo 50 do Código Civil, está estabelecido quem é legitimado para requerer a desconsideração da personalidade jurídica, assim como quem pode ser responsabilizado: sócios ou administradores. Porém, essa responsabilização pode ocorrer, sem ao menos se verificar se o sócio ou administrador teve relação com o abuso de personalidade.

Em razão da jurisprudência estender a responsabilização, cabe à doutrina restringi-la quando injusta ou arbitrária. Ou seja, o correto deve ser responsabilizar não a totalidade dos sócios e/ou administradores, mas sim, aqueles que tiveram relação com o abuso da personalidade jurídica.

Gustavo Saad Diniz propôs três critérios⁴⁹ que podem auxiliar na delimitação da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, em que basicamente se entende que somente um sócio ou administrador com acesso ao poder poderia ter dado causa a confusão patrimonial.

Além do sócio e do administrador, existe a possibilidade de se responsabilizar outra pessoa jurídica pertencente ao mesmo grupo econômico, ou ainda, uma pessoa física, desde que essa apresente situação de confusão patrimonial, em função de algum contrato firmado.

Quanto aos grupos de sociedade, primeiramente, é necessária uma definição. Segundo Haroldo Verçosa⁵⁰, grupos de sociedade são a “união de sociedades fundada em relações de controle baseadas em participações de capital”, que pode ser de dois tipos: de direito (organizam-se através da celebração de um contrato, convenção de grupo) ou de fato (considerados pela existência de uma ou mais sociedades que pode(m) determinar o destino das sociedades que abaixo dela(s) se coloca(m) na cadeia de comando).

⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op.cit.*, p. 388-389.

⁴⁹ 1. Nível de acesso ao poder decisório; 2. Possibilidade de interferir/modificar a decisão que acarreta o abusivo; 3. Participação/envolvimento direto do agente no benefício gerado pelo ato abusivo. (DINIZ, apud, SCALZILLI, *Op.cit.*, p. 135)

⁵⁰ VERÇOSA, *Op.cit.* p. 284.

Assim, o que tende a acontecer é que as sociedades controladas perdem sua autonomia de gestão, o que geralmente leva a perda da autonomia patrimonial, em função do interesse do grupo. Essa situação é suscetível à confusão patrimonial. Aliás, assim afirma Fabio Konder Comparato que a “confusão patrimonial, em maior ou menor grau, é inerente a todo grupo econômico”⁵¹.

Uma hipótese da confusão patrimonial na falência é quando “a sociedade dominante se esconde atrás da sua qualidade de pessoa jurídica independente, para abandonar [...] uma filial desprovida de ativos”. Posto que, em regra, “o grupo funciona como uma técnica de limitação da responsabilidade organizada em torno do princípio da independência das sociedades”, de modo que os credores geralmente têm seus créditos limitados ao patrimônio de uma sociedade e não do grupo⁵².

Além disso, em alguns julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo, foi ressaltado que:

a simples condição de sócio em mais de uma sociedade não implica, necessariamente, a existência de grupo econômico, nem de confusão patrimonial, tampouco faz possível, automaticamente, a aplicação da teoria da desconsideração⁵³.

Uma vez que a legislação é insuficiente ao tratar sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, e mais ainda quando diz respeito à situação de falência, a doutrina tenta apresentar soluções para encontrar a melhor técnica de tutela dos credores. Comparato critica fortemente o sistema brasileiro, posto que para ele a Lei das S.A. praticamente ignora a questão de responsabilidade do grupo perante os terceiros credores, se preocupando quase que unicamente com os sócios minoritários⁵⁴.

Assim, ainda, Comparato questiona-se se não haveria nesse caso risco de confusão patrimonial a prejudicar terceiros (credores⁵⁵) e se em função disso, a sociedade controladora, que não tem sócios minoritários para fiscalizar sua

⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op.cit.*, p. 429.

⁵² SCALZILLI, João Pedro. *Op.cit.*, p. 153.

⁵³ Idem, p. 158

⁵⁴ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op.cit.*, p. 430.

⁵⁵ Credores aqueles que no momento da falência da sociedade devedora entram na classificação como credores quirografários (normalmente, amplamente desamparados).

atividade, não seria nunca envolvida na falência da controlada. Quanto a esse questionamento ele defende que “o grupo econômico constitui, em si mesmo, uma sociedade⁵⁶” e por isso, se “exaurido o patrimônio de uma das sociedades grupadas, seria possível atingir o patrimônio das demais, sócias desta”⁵⁷.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) quanto à utilização da desconsideração da personalidade jurídica em matéria falimentar, de acordo com João Pedro Scalzilli, tem ocorrido quando é determinada a arrecadação de bens de outras sociedades que não da falida ou tampouco de seus sócios de responsabilidade ilimitada, ou seja, as demais sociedades do grupo.

Por exemplo, a decisão proferida no REsp 331.921/SP pelo Juízo de Direito de Arujá/SP estendeu os efeitos da falência de Prometal Produtos Metalúrgicos S/A à coligada Fazendas Prometal Ltda.. No voto do Relator Ministro Luis Felipe Salomão, este ressaltou ser a falida sócia de 98% das cotas sociais de Fazendas Prometal Ltda, ou seja, possuir quase que a totalidade dos bens. Em sede de recurso especial, se alegou ofensa ao artigo 48 da Lei de Falências, que se o falido fizer parte de outra sociedade, para a massa falida entrarão somente os haveres. Isto quer dizer que os bens não poderão ir para a massa falida de forma imediata, mas somente após a apuração de haveres.

Contudo, o caso em apreço diferencia-se, uma vez que haveria apenas uma estrutura meramente formal, não sendo possível considerar pessoas jurídicas distintas para os efeitos da falência. Acontece que nesse caso, os 2% restantes das cotas pertencem aos sócios controladores da falida, as sedes de ambas as empresas estão localizadas no mesmo local, desse modo, resta evidente a confusão patrimonial entre as empresas, não podendo a sociedade controlada utilizar-se do princípio de autonomia da personalidade jurídica. Além disso, é precedente do STJ que não se faz necessária ação autônoma para se levantar o véu da pessoa jurídica, sendo possível a desconsideração da personalidade no próprio processo falimentar ou execução judicial. Por fim, correta é a arrecadação do bem determinada pelo

⁵⁶ Os três elementos fundamentais da relação societária estão presentes: a contribuição individual com esforços ou recursos, a atividade para lograr fins comuns e a participação em lucros ou prejuízos. (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op.cit.*, p. 502)

⁵⁷ É possível verificar em julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a ocorrência de confusão patrimonial em um grupo econômico, gerando a desconsideração da personalidade jurídica.

juízo falimentar, devido a extensão dos efeitos da falência pela ocorrência de confusão patrimonial entre as empresas⁵⁸.

Nesse sentido, também evidencia Marcelo Bertoldi:

Caberá também a arrecadação dos bens do sócio que tenha contra si a declaração de desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do art. 50 do Código Civil, bem como contra a sociedade pertencente ao mesmo grupo empresarial diante da qual se estendam os efeitos da falência.⁵⁹

É possível verificar duas hipóteses⁶⁰ predominantes de desconsideração da personalidade jurídica na jurisprudência brasileira. A primeira é a “desconsideração pontual” que tem eficácia da ação revocatória falencial, onde um determinado bem, que foi subtraído do patrimônio da sociedade falida mediante fraude for reintegrado ao patrimônio desta ou ao patrimônio da massa falida objetiva. Já a segunda hipótese é a “desconsideração extensiva”, conhecida como extensão dos efeitos da falência, normalmente a outras sociedades do mesmo grupo ou em que haja confusão patrimonial, o que resulta na quebra de todas elas e na arrecadação de seus patrimônios.

Por fim, de acordo com Scalzilli:

⁵⁸ EMENTA: DIREITO FALIMENTAR E PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA CONCISA. POSSIBILIDADE. FALÊNCIA. EXTENSÃO A EMPRESA DA QUAL É SÓCIA A FALIDA. POSSIBILIDADE. ESTRUTURA MERAMENTE FICTÍCIA. CONFUSÃO PATRIMONIAL EVIDENTE. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. 1. Não se reconhece ofensa ao art. 535 do CPC quando o que se pretende é rediscussão de mérito, a despeito de apontar-se contradição no acórdão embargado. 2. Em se tratando de decisão interlocutória, não está o magistrado obrigado a seguir o rigor insculpido no art. 458 do Diploma Processual, sendo-lhe permitido decidir de forma concisa. 3. De regra, não sendo dissolvida a sociedade pela falência de sócio, apenas os haveres a que este faz jus serão apurados e pagos na conformidade do que dispuser o contrato, ou, no caso de omissão, por via judicial, nos termos do art. 48 da Lei de Falências. 4. Porém, no caso dos autos, a moldura fática entregue pelo Tribunal a quo revela que entre a falida e a sociedade coligada há apenas uma estrutura meramente formal, não sendo aconselhável, sob qualquer ponto de vista, considerar-se pessoas jurídicas distintas para os efeitos da falência, sob pena de prejudicar sobremaneira os credores da massa. Resta evidente a confusão patrimonial entre as empresas, na medida em que 98% das cotas sociais da coligada pertence a falida, não podendo a sociedade controlada escudar-se no princípio da autonomia da personalidade jurídica, tendo em vista que, no caso concreto, esta é meramente fictícia. 5. É firme a jurisprudência em proclamar a possibilidade de se levantar o véu da pessoa jurídica no próprio processo falimentar ou em execução individual, sendo desnecessário o ajuizamento de ação própria. 6. Restando incólume a arrecadação do bem determinada pelo juízo falimentar, em decorrência da extensão da falência à empresa controlada, poderá o exequente reaver seu crédito, se for o caso, habilitando-o na falência da sociedade controladora. 7. Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp: 331921 SP 2001/0084396-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 17/11/2009, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 30/11/2009)

⁵⁹ BERTOLDI, apud, SCALZILLI. *Op.cit.*, p. 173

⁶⁰ SCALZILLI, João Pedro. *Op.cit.*, p. 174

a confusão patrimonial aparece como um fundamento bastante justo para fazer superar a limitação da responsabilidade via aplicação da teoria da desconsideração, desde que a ferramenta possa ser devidamente operacionalizada.

O maior problema da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica quanto à confusão patrimonial está na produção de provas. Uma vez que os credores da sociedade se encontram em desvantagem quanto ao acesso de informações para poder fundamentar seu pedido de desconsideração.

Em contrapartida, a sociedade controladora possui acesso a todas as informações capazes de elucidar a situação patrimonial entre as sociedades do grupo. Por isso, nesse momento, se faz jus ao instituto de *inversão do ônus da prova*, para aqueles que têm melhores condições de conseguir as provas, de modo que muitas vezes a verificação de insuficiência de patrimônio advém de um estado de confusão patrimonial. E, ainda que, não sejam suficientes os fatos verificados para confirmar a confusão patrimonial, se utiliza do instituto da *verdade formal*, em benefício aos credores.

Sendo assim, apesar de parecer um instrumento corretivo do abuso de personalidade, pode, na verdade, ser um instrumento preventivo para o futuro, uma vez que, poderá indiretamente, e aos poucos, incentivar as sociedades a manter seus registros adequados e apurados. Com isso, é de se presumir uma diminuição nos casos de confusão patrimonial, bem como da utilização dos grupos de sociedade para a prática de fraudes⁶¹.

1.1.3 Fraude

A fraude é instituto previsto no Direito Penal, mas será utilizado em outros âmbitos, como direito civil, trabalhista, tributário, societário, entre outros.

Nas palavras de Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini⁶²:

A fraude é utilizada pelo agente para levar alguém a erro a fim de que este atue com uma falta representação da sociedade. [...] Sendo assim, meio fraudulento é todo aquele capaz de iludir alguém que supõe atuar em uma situação diversa da realidade.

⁶¹ VANDEKERCKHOVE *apud* SCALZILLI. *Op.cit.*, p. 176.

⁶² MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal, v.2:** parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 31.ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

Nesse sentido, o fim principal da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é livrar-se da fraude e do abuso praticados através da pessoa jurídica, já que esses burlam a finalidade, prejudicando terceiros. A fraude, nesse sentido, de acordo com Márcia Regina Frigeri, no sentido amplo, abrange a fraude à lei, aos credores e até mesmo entre os membros da pessoa jurídica⁶³.

De acordo também com Marcella Blok:

A fraude é o artifício malicioso, o qual pode ser traduzido como uma distorção intencional da verdade com o intuito de prejudicar terceiros. [...] A sua ilicitude decorre do desvio na utilização da pessoa jurídica, nos fins ilícitos buscados no manejo da autonomia patrimonial.

Além disso, pode-se dizer que o momento de caracterização da fraude é o do ato jurídico realizado pelo devedor em situação de crise econômico-financeira que possa resultar prejuízo aos credores, tendo a fraude revertido algum tipo de benefício para o devedor⁶⁴.

Na doutrina norte-americana do *disregard*, por exemplo, é possível verificar casos típicos da jurisprudência, que foram brevemente esquematizados⁶⁵ pelo alemão Rolf Serick. O primeiro caso de aplicação seria a hipótese de fraude à lei⁶⁶, ou seja, a tentativa de fraude a normas legais. A segunda hipótese seria os casos de fraude a obrigações contratuais (obrigações de não-fazer), contudo nessa hipótese há uma consideração a ser feita.

Se o sócio se obrigou a determinada obrigação de não-fazer, mas a sociedade executou, a Justiça desconsidera a distinção entre sócio e sociedade e entende como inadimplida a obrigação. Mas não poderá se aplicar o *disregard* quando a obrigação de não-fazer tiver sido contraída pela sociedade e o sócio praticar os atos que a sociedade se obrigara a abster-se.

A terceira hipótese, que será tratada adiante, é a fraude contra credores, através da transferência de bens do devedor. Por exemplo, quando uma sociedade com dificuldades financeiras, com intuito fraudulento, fundou uma companhia à qual transferiram todo o patrimônio da primeira.

⁶³ FRIGERI, Marcia Regina. *Op.cit.*

⁶⁴ PIVA, Luciano Zordan. *Op.cit.* 2015 p. 40.

⁶⁵ SERICK, *apud* DE OLIVEIRA, José Lamartine Correia. **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 273-275.

⁶⁶ No caso *United States X Milwaukee Refrigerator Transit Co.*, o juiz, ao decidir, frisou que quando do uso imoral ou anti-social da pessoa jurídica, a justiça penetraria o véu da pessoa jurídica para atingir os sócios da *corporation*.

Por fim, como quarta hipótese há a vinculação entre duas sociedades como sociedade matriz e filial ou sociedade principal e subsidiária. Porém, essa pode ser evitada nos casos em que se respeitem as formalidades (administração, contabilidade, reuniões e atas separadas), e mesmo que desrespeitada, não seria essa uma justificativa autônoma, mas um sintoma importante da confusão de patrimônios.

Na fraude há o *consilium fraudis*, onde um negócio jurídico tem a finalidade de prejudicar credores ou burlar a aplicação da lei, o que não caracteriza o abuso de direito⁶⁷. Por conseguinte, conforme Rubens Requião:

Considera-se ato fraudulento, [...] “o negócio jurídico tramado para prejudicar credores, em benefício do declarante ou de terceiro”. No abuso de direito não existe, propriamente, trama contra o direito de credor, mas surge do inadequado uso de um direito, mesmo que seja estranho ao agente o propósito de prejudicar o direito de outrem⁶⁸.

Atualmente, no direito empresarial há uma grande preocupação com o inadimplemento, em razão de que condutas dolosas, que frustram a tutela do crédito, devem ser reprimidas de forma grave e, por isso, são elas tipificadas como crimes falimentares⁶⁹. Tais crimes estão previstos nos artigos 168 a 178 da Lei nº 11.101/2005 e visam punir condutas diversas. Cabe, então, destacar aqueles que de algum modo se utilizam da pessoa jurídica para a prática de atos fraudulentos.

No art. 168 da Lei, temos a fraude a credores, que é caracterizada pela prática de qualquer conduta fraudulenta de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou resultar vantagem indevida para si ou para outrem. Já no que diz respeito ao patrimônio é possível verificar mais de um crime. Por exemplo, no art. 172, o favorecimento de credores, em que se praticam atos de oneração ou disposição patrimonial com intuito de favorecer certos credores e

⁶⁷ DEQUECH, Luciano. *Op.cit.*

⁶⁸ REQUIÃO, Rubens. *Op.cit.* 1969.

⁶⁹ Não se utiliza mais a expressão crimes falimentares. O autor Artur Migliari afirma que a melhor expressão seria crimes falenciais. Os crimes falimentares representam, portanto, “toda e qualquer conduta típica, antijurídica e culpável, definida e sancionada no âmbito penal da legislação falimentar, que possa, efetiva e potencialmente, agravar a situação em que se encontra o devedor empresário e cuja punibilidade se encontra subordinada ao reconhecimento desta conjuntura econômico-financeira pelo Poder Judiciário, por meio da falência ou recuperação”. (PEREIRA, apud TOMAZETTE. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**, v. 3, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 565).

prejudicar outros. Já no art. 173 temos o desvio, ocultação ou apropriação de bens, normalmente pertencentes ao devedor em falência (ou recuperação judicial). Ou ainda, no art. 174, a aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens da massa falida, de modo a prejudicar os credores e a administração pública. Assim, por tais crimes, entende que é possível desconsiderar a personalidade jurídica quando usada para fraudar credores⁷⁰.

Além disso, quando temos um negócio jurídico simulado, aquele que não tem respaldo na lei, visto que visa prejudicar os direitos e interesses de credores e, por isso, podem ter sua invalidade e ineficácia reconhecidas, seja através de fraude a credores ou fraude em execução.

A situação mais presente na situação de insolvência é a fraude contra credores, que é aquela exteriorizada com a intenção de prejudicar terceiros, ou seja, os credores. Desta forma, chamado de vício social. Sobre esse tipo de fraude sabe-se que se baseia no princípio do direito das obrigações, uma vez que o patrimônio do devedor responde por suas obrigações⁷¹⁷².

Ou seja, como conceitua Marcos Bernardes de Mello⁷³:

Constitui fraude contra credores todo o ato de disposição e oneração de bens, créditos e direitos, a título gratuito ou oneroso, praticado por devedor insolvente, ou por ele tornado insolvente, que acarrete redução de seu patrimônio, em prejuízo de credor preexistente.

Com essa definição, percebe-se que para que a fraude se caracterize são necessários dois elementos: *objetivo*, ou seja, que o negócio jurídico⁷⁴ de disposição seja praticado por devedor já insolvente, já que se não há insolvência, não há como se falar de fraude contra credores, e o *subjetivo*, que é a má-fé do devedor, a intenção de prejudicar terceiros.

⁷⁰ C. 4ªT do E. STJ. TJRS 90/280.

⁷¹ Art. 957, do CC: “Art. 957. Não havendo título legal à preferência, terão os credores igual direito sobre os bens do devedor comum.” – chama-se esse de princípio da responsabilidade patrimonial.

⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, V. 1: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 449.

⁷³ DE MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 241.

⁷⁴ No conceito de negócios jurídicos do devedor incluem-se: (1) alienação de bens, tais como doações, vendas, permutas desvantajosas, dações em pagamento de dívida de valor inferior ao do bem ou de dívida quirografária não vencida; (2) remissão de dívidas; (3) constituição de direitos reais de garantia em favor de dívidas que existiam sem garantia real; (4) pagamento antecipado de credor quirografário; (5) renúncia de herança ou de outros direitos reais ou pessoais economicamente mensuráveis. DE MELLO, *Op.cit.*, p. 242.

No caso, por exemplo, de transferência gratuita de bens do sócio para a sociedade ou vice-versa, que ocasiona a falência, deve-se aplicar o art. 158 do Código Civil⁷⁵ e jamais a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, em virtude de que o credor poderá invocar o art. 161, visando à anulabilidade do ato, contra o sócio ou contra a sociedade⁷⁶.

Ou seja, pode-se dizer que, usar a teoria da desconsideração seria desconsiderar “A” e “B”, para retirar do patrimônio de “B” os bens desviados de “A” para “B”, não implicando na extensão dos efeitos da falência de “A” para “B”. Assim, claro está que para que a desconsideração seja aplicada, deve estar clara a intenção de fraude, de desviar os bens de “A”. Por isso, não se admite a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para apurar responsabilidades ou investigar fraudes⁷⁷.

Assim, ao lado da fraude contra credores ou da fraude em execução é possível aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Diante disso, temos uma situação de fraude à lei, em que se tem um desvio por finalidade ilícita, através do uso da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, de modo a permitir a aplicação da teoria da desconsideração. Sendo assim, provado o intuito de fraude à norma legal, será perfeitamente defensável decisão que desconsidere a pessoa jurídica⁷⁸.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu pela aplicação do instituto de desconsideração da personalidade jurídica, devido a ocorrência de fraude à execução e realização de negócios jurídicos no termo legal da falência.

O caso teve três Recursos Especiais interpostos nos autos do agravo de instrumento que confirmou a sentença declaratória da falência de Encol S/A Engenharia, Comércio e Indústria. O primeiro recurso declarou ineficaz contrato celebrado no termo legal da falência na qual foram dadas ações da empresa Encolpar como honorários advocatícios, além de determinar o sequestro e indisponibilidade dos bens e bloqueio de suas contas bancárias. O segundo recurso

⁷⁵ Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos. § 1º Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente. § 2º Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles.

⁷⁶ ANTUNES, Oswaldo Moreira. *Op.cit.*, p. 118.

⁷⁷ *Idem*, p. 119.

⁷⁸ DE OLIVEIRA, José Lamartine Correia. *Op.cit.*, p. 302.

questionou a desconsideração da personalidade jurídica das empresas controladas e da ineficácia dos negócios realizados por Encol no termo legal da falência. O terceiro recurso especial trata de mesmo questionamento do segundo, porém, por outro recorrente. Todos os recursos especiais foram inadmitidos pelo Tribunal de Justiça de Goiás.

O Ministro Relator Raul Araújo apresentou voto vencido, que admitiu e deu provimento aos três recursos apresentados. Contudo o voto vencedor foi o proferido pelo Ministro Luis Felipe Salomão. Quanto ao primeiro recurso especial, sobre as fundamentações da fraude à execução, violação do termo legal e da desconsideração, demandaria análise do contexto fático-probatório, violando a súmula 7 do STJ. Além do mais, já é pacífica jurisprudência a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica independente de ação autônoma, sendo feita por incidente e não processo incidente. Salieta que não há o que se falar sobre ausência de oportunidade para defesa, dos quais tinha total ciência. Já quanto aos outros recursos, de idêntica fundamentação, quanto a possibilidade de extensão dos efeitos da quebra a empresas controladas, já é firme o entendimento de que verificando conluio para prejudicar credores, é possível estender os efeitos da falida as coligadas, podendo ser feita independentemente de processo autônomo. Não conheceu, portanto, dos recursos⁷⁹.

⁷⁹ **EMENTA:** FALÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. SENTENÇA DECLARATÓRIA. ENCOL. FRAUDE À EXECUÇÃO. FRAUDE PELA VIOLAÇÃO AO TERMO LEGAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INEFICÁCIA DE DETERMINADOS ATOS E TERMOS CONTRATUAIS. REVISÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. PREQUESTIONAMENTO. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 283 E 284 DO STF. DESNECESSIDADE DE AÇÃO AUTÔNOMA. DECRETAÇÃO NO PROCESSO FALIMENTAR. DESRESPEITO AO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. FALÊNCIA. EXTENSÃO DOS EFEITOS. CONFUSÃO PATRIMONIAL. POSSIBILIDADE. DESCONSIDERAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE DE CITAÇÃO PRÉVIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. 1. Inicialmente, para que se configure o prequestionamento da matéria, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal (Súmula 211/STJ). 2. Inexiste violação do art. 535 do Código de Processo Civil se todas as questões jurídicas relevantes para a solução da controvérsia são apreciadas, de forma fundamentada, sobrevivendo, porém, conclusão em sentido contrário ao almejado pela parte. 3. No tocante às Leis n. 4.591/1964 e n. 6.404/1976, o recorrente valeu-se de alegações genéricas, sem especificar os artigos de lei supostamente malferidos, o que impede a exata compreensão da controvérsia, atraindo, por analogia, a incidência da Súmula 284 do STF. 4. É pacífico na jurisprudência desta Corte a possibilidade de, no curso do feito falimentar e de forma cautelar, haver a desconsideração da personalidade jurídica independente de ação autônoma para tanto. Além disso, é firme o entendimento da prescindibilidade de citação prévia. 5. Na hipótese, as medidas suportadas pelo recorrente não decorrem de eventual condição de falido, mas sim, motivadas pelo reconhecimento da fraude à execução, fraude quanto ao termo legal e pela desconsideração da personalidade jurídica, em harmonia com a aplicação subsidiária do diploma processual civil, como possibilita o nosso

1.1.4 Insuficiência De Patrimônio

Além dos requisitos subjetivos apresentados acima, é imprescindível para a caracterização da desconsideração da personalidade jurídica, o requisito objetivo da insuficiência de patrimônio da pessoa jurídica.

A insuficiência de patrimônio é o esgotamento dos recursos econômico-financeiros no desempenho da atividade empresarial. E esse estado jurídico de insuficiência patrimonial conduzirá a empresa à insolvência, visto que a insuficiência de bens constitui fato ou um sintoma da situação de insolvência.

Uma vez que a falência leva a uma execução coletiva, e que a desconsideração pode ser aplicável à execução, como técnica de efeitos, se constatada a insuficiência de patrimônio na empresa capaz de satisfazer o crédito, será possível a execução da pessoa jurídica. Isto é, haverá uma ampliação da responsabilidade patrimonial para o cumprimento da obrigação.

Contudo, a mera insuficiência de patrimônio não assegura a desconsideração da personalidade jurídica, é necessário que a insuficiência seja devido à fraude, ao

sistema normativo. A revisão do posicionamento das instâncias ordinárias quanto à ineficácia de determinados atos diante de tais ocorrências demandaria o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos e termos contratuais, o que encontra óbice nas Súmulas 5 e 7 do STJ. 6. Da mesma forma, verificar se a dação em pagamento deu-se fora do termo legal demandaria o revolvimento de provas, vedado pela Súmula 7/STJ. Precedentes. 7. É de se ver, ainda, que o recorrente teve ciência do desenrolar de todo o processo na condição de advogado da concordatária, aliás, os negócios jurídicos celebrados por ele com a falida foram minuciosamente descritos e analisados na sentença que decretou a falência. Além do mais, consta do acórdão recorrido que os atos considerados fraudulentos pela sentença constam "do relatório do Comissário, em que retrata as diversas transferências de empreendimentos e ações feitas pela Encol, relatório do qual foram devidamente intimados os agravantes, oportunidade em que nada opuseram quanto aos fatos ali apurados e que embasaram o pedido de falência pelo Comissário, limitando-se os recorrentes a requerer a prorrogação do prazo da concordata [...]" (fl. 1.092). Portanto, não há falar que o recorrente não teve oportunidade de defender-se dos fatos considerados fraudulentos e lesivos, principalmente daqueles que contaram com a sua participação e dos quais tinha total ciência, inclusive com a possibilidade de interpor recurso contra a sentença. Mais uma vez, para rever referido posicionamento haveria o óbice sumular n. 7 do STJ. 8. "É possível ao juízo antecipar a decisão de estender os efeitos de sociedade falida a empresas coligadas na hipótese em que, verificando claro conluio para prejudicar credores, há transferência de bens para desvio patrimonial. Inexiste nulidade no exercício diferido do direito de defesa nessas hipóteses. 3. A extensão da falência a sociedades coligadas pode ser feita independentemente da instauração de processo autônomo. A verificação da existência de coligação entre sociedades pode ser feita com base em elementos fáticos que demonstrem a efetiva influência de um grupo societário nas decisões do outro, independentemente de se constatar a existência de participação no capital social". (REsp 1266666/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 25/08/2011) 9. O acórdão recorrido está assentado em mais de um fundamento suficiente para mantê-lo e os recorrentes não cuidaram de impugnar todos eles, como seria de rigor. Incidência da Súmula 283 STF. 10. A admissibilidade do recurso especial, na hipótese da alínea "c" do permissivo constitucional, exige a indicação das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, mediante o cotejo dos fundamentos da decisão recorrida com o acórdão paradigma, a fim de demonstrar a divergência jurisprudencial existente (arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ). 11. Recursos especiais a que se nega provimento.

abuso, ao desvio de finalidade ou à confusão patrimonial para que possa ser considerada como requisito.

Ao falar de insuficiência de patrimônio pode ainda haver uma controvérsia quanto à situação de subcapitalização, quer dizer, quando o capital social da empresa é incompatível com seu objeto social, com suas obrigações.

Contudo, uma vez que o direito brasileiro não exige capital social mínimo para iniciar a atividade empresarial, não tem como definir critérios para um capital social adequado para o desempenho do objeto social. Ascarelli sustenta que o capital social foi concebido como um mecanismo de proteção a credores, porém, não é essa função verificada na realidade brasileira⁸⁰.

Assim, apesar da doutrina não se utilizar de tal hipótese, a subcapitalização também pode ser motivo para a aplicação da desconsideração. Uma vez que se o capital é patrimônio líquido e o sócio transfere o risco do negócio aos credores, deve o sócio, então, responder por dívidas da sociedade, com seu patrimônio pessoal, principalmente quando forem os credores trabalhadores ou consumidores⁸¹.

Apesar de não haver previsão expressa em lei, é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando da ocorrência da subcapitalização. Devido à previsão do art. 50 do Código Civil ser caracterizado como uma cláusula geral, a desconsideração poderá ser adaptada às exigências do caso, desde que tenha havido abuso da pessoa jurídica.

A subcapitalização pode ser então considerada como condição para a desconsideração, posto que sua ocorrência prescinde de adequação do capital social e de limitação da responsabilidade. Todavia, essa responsabilidade só será garantida quando existirem meios suficientes para garantir os direitos dos credores e terceiros.

Ademais, a subcapitalização também prejudica a persecução do objeto social, o que gera uma situação que propicia a fraude, se tornando de qualquer forma, contrária à finalidade empresarial.

⁸⁰ DA SILVA, Leonardo Toledo. *Op.cit.*, p. 61.

⁸¹ *Idem*, p. 62.

1.2 DISTINÇÃO ENTRE A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA FALÊNCIA E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Na atividade empresarial, o patrimônio do devedor é garantia de seus credores, por isso, é fundamental, que mesmo sob o direito falimentar, a lei estabeleça mecanismos para garantir a higidez do patrimônio ativo do devedor⁸². Para isso, a Lei de Recuperação e Falência prevê medidas de reconstrução⁸³ do patrimônio ativo do devedor, posto que além da preservação da empresa, deve-se buscar o pagamento dos credores.

Defende Adriana Pugliesi, que a investida no patrimônio do sócio, por obrigações da falida, depende de prévia apuração do desvio de finalidade da personalidade jurídica. Desse modo, não se pode confundir as medidas de reconstrução do patrimônio ativo, com a desconsideração da personalidade jurídica.

A extensão dos efeitos da falência será verificada de acordo com o tipo societário adotado, que definirá a responsabilidade do sócio por obrigação assumida pela sociedade. Os sócios de responsabilidade ilimitada, de acordo com o artigo 81 da Lei 11.101, são considerados falidos⁸⁴. Ou seja, são atingidos pela extensão dos efeitos, de modo que passam a ser responsáveis subsidiariamente pelas obrigações

⁸² PUGLIESI, Adriana Valéria. **Dez anos da lei n.º 11.101/2005**: estudos sobre a lei de recuperação e falência, p. 499.

⁸³ (I) declaração de ineficácia dos atos praticados pelo devedor (art. 129 da Lei 11.101) e (ii) ação revocatória (art. 130, da Lei 11.101). Art. 129. São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores: I – o pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor dentro do termo legal, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título; II – o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado dentro do termo legal, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato; III – a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal, tratando-se de dívida contraída anteriormente; se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa falida receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada; IV – a prática de atos a título gratuito, desde 2 (dois) anos antes da decretação da falência; V – a renúncia à herança ou a legado, até 2 (dois) anos antes da decretação da falência; VI – a venda ou transferência de estabelecimento feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao devedor bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, no prazo de 30 (trinta) dias, não houver oposição dos credores, após serem devidamente notificados, judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos; VII – os registros de direitos reais e de transferência de propriedade entre vivos, por título oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis realizados após a decretação da falência, salvo se tiver havido prenotação anterior. Parágrafo único. A ineficácia poderá ser declarada de ofício pelo juiz, alegada em defesa ou pleiteada mediante ação própria ou incidentalmente no curso do processo. Art. 130. São revogáveis os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar e o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida.

⁸⁴ Para Adriana Pugliesi, não mais existe a hipótese de extensão dos efeitos da falência, pois o sócio de responsabilidade ilimitada, já é considerado falido. (*Op.cit.*, p. 507).

da falida. Já os sócios de responsabilidade limitada não devem sofrer os efeitos patrimoniais da falência.

Em geral, pode-se dizer que a extensão dos efeitos da falência são aqueles aplicados a outras pessoas, que não o falido. Quer dizer que as consequências da falência caem sobre o devedor, enquanto a extensão dos efeitos aplica-se a outras pessoas com quem se relaciona o devedor (sócios, administradores, diretores, gerentes e conselheiros)⁸⁵.

Por conseguinte, não se pode confundir a extensão dos efeitos com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, visto que não se trata de mesmo significado.

Contudo, uma das hipóteses da teoria da desconsideração encontrada na nossa jurisprudência, como já mencionado anteriormente, trata da extensão dos efeitos da falência, chamada de “desconsideração extensiva”. Essa normalmente se constitui com a confusão patrimonial. Porém, com a aplicação desse instituto é preciso ter cuidado, visto que se trata de remédio perigoso.

Há autores que defendem ser possível a extensão da falência aos sócios de responsabilidade limitada nos casos que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida. Porém, outros autores dizem que a massa falida não possui personalidade jurídica e, por isso, não poderia ser desconsiderada. E, ainda, um terceiro grupo, alega que a falta de previsão legal para a extensão da falência, admite, contudo, o uso da desconsideração da personalidade jurídica, em termos gerais⁸⁶.

Em verdade, não se desconsidera a personalidade da massa falida (sujeito criado para o andamento da falência), mas a personalidade jurídica da sociedade falida⁸⁷. Desse modo, a falência pode e deve evitar usos indevidos da autonomia patrimonial da pessoa jurídica por meio da desconsideração.

Assim, é possível dizer que a desconsideração é a forma de adequar a pessoa jurídica aos seus devidos fins, uma vez que ela irá desprezar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, esquecendo-se da separação patrimonial entre sócio e sociedade, de modo que os sócios serão atingidos pela extensão dos efeitos das obrigações.

⁸⁵ PIVA, Luciano Zordan. *Op.cit.* 2015 p. 48.

⁸⁶ TOMAZETTE, Marlon. *Op.cit.* 2017 p. 368.

⁸⁷ *Idem*, p. 369.

Sustenta Marlon Tomazette:

A desconsideração da personalidade jurídica é a retirada episódica, momentânea e excepcional da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a fim de estender os efeitos de suas obrigações à pessoa de seus sócios ou administradores, com o fim de coibir o desvio da função da pessoa jurídica, perpetrado por estes⁸⁸.

Na Lei 11.101/05 não há nenhum dispositivo específico da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na falência. A ação de responsabilidade presente no artigo 82⁸⁹, não deve ser confundida com a desconsideração.

Apesar disso, a doutrina traz fundamentos que podem autorizar a aplicação desse instituto num processo falimentar. Porém, há divergências quanto a esses fundamentos. Parte da doutrina que defende a teoria menor da desconsideração, afirma que o não pagamento de um crédito, ou seja, a ausência de patrimônio é suficiente para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Já para a doutrina da teoria maior, afirma ser necessária a presença do desvio de finalidade. Essa teoria se subdivide ainda em subjetiva (desvio da função por abuso de poder ou fraude) e objetiva (confusão patrimonial), como já visto anteriormente.

No caso da falência, na concepção de Marlon Tomazette⁹⁰, devido a existência de créditos trabalhistas e de consumidores, não seria possível a aplicação da teoria menor da desconsideração, pela natureza coletiva da falência. Sendo assim, somente seria possível a aplicação da desconsideração na falência pela teoria maior subjetiva, através da fraude e do abuso de direito, ou pela objetiva, uma vez que a confusão patrimonial é indício de eventual abuso.

Uma vez admitida a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, é necessário verificar quem pode ser atingido. De acordo com o Código Civil, é possível a responsabilização por sócios e/ou administradores. Porém, essa

⁸⁸ TOMAZETTE, Marlon. *Op.cit.*, 2017 p. 370.

⁸⁹ Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

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

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

⁹⁰ TOMAZETTE, Marlon. *Op.cit.*, 2017 p. 371.

extensão nem sempre será total, é necessário verificar a situação no caso concreto, mas é possível seguir alguns parâmetros.

Quem tem poder de gestão pode ser responsabilizado, mas não somente esse, refere Marlon Tomazette. Aqueles que participam ou são beneficiados também podem ser atingidos pelos efeitos da desconsideração. Entretanto, de acordo com Gilberto Gomes Bruschi:

Salvo melhor juízo, entendemos que meras participações societárias, pouco representativas em relação ao capital social, sem poder de controle, sem poder de administração e sem que tenham participado dos atos considerados excessivos ou abusivos como fator determinante da desconsideração da personalidade jurídica, seus detentores, meros investidores, não podem ser alcançados e muito menos responsabilizados pelos atos de outrem⁹¹.

Isto é, aqueles que não detêm poder de controle ou poder de gestão (sócios ou acionistas minoritários) não serão responsabilizados e nem atingidos pela extensão da falência.

Quanto à relação existente entre a desconsideração da personalidade jurídica e a extensão dos efeitos da falência, há uma omissão na Lei de Recuperação e Falência (Lei 11.101/05), visto que ela não estabelece quais os requisitos que devem ser preenchidos para autorizar uma ou outra medida.

Distingue-se a desconsideração da personalidade jurídica da extensão dos efeitos da falência:

A desconsideração tem efeitos meramente patrimoniais contra o devedor, ao passo que a extensão da falência, além dos efeitos patrimoniais, sujeita o devedor a diversas obrigações de outra natureza, além de diversas restrições de direito, como a de 'não se ausentar do lugar da falência', sem autorização judicial.⁹²

Assim, a desconsideração da personalidade jurídica na falência pode ser aplicada mesmo que não expressa em lei desde que não haja confusão com a finalidade e suporte fático da extensão dos efeitos da falência. Além disso, deve-se ser utilizada a desconsideração como método de preservação da empresa, mas não como método para reconstruir a massa falida objetiva.

⁹¹ BRUSCHI, apud TOMAZETTE. *Op.cit.* 2017 p. 373.

⁹² CAMPOS, apud PUGLIESI. *Op.cit.*,p. 510

Atualmente já é precedente no Superior Tribunal de Justiça (STJ) a possibilidade da extensão dos efeitos da falência através da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, desde que se verifique a utilização da empresa, com abuso de direito ou fraude com intenção de prejudicar terceiros.

Assim, a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica na falência acaba funcionando como uma espécie de extensão dos efeitos falimentares sem que seja decretada a inabilitação do administrador: apenas há a retirada de seu patrimônio para suportar os efeitos do passivo descoberto⁹³.

A principal diferença entre a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica e a extensão dos efeitos da falência é de que neste caso não há a inabilitação para atividades empresariais de que trata o art. 102⁹⁴, hipótese que ocorre na extensão dos efeitos da falência de que trata o art. 81⁹⁵.

Entre as situações mais controvertidas na interdisciplinaridade está a extensão dos efeitos da quebra às sociedades do mesmo grupo econômico da falida. Nesse âmbito, entendimentos jurisprudenciais tratam que decretada a falência de uma empresa pertencente a um grupo, a autoridade judiciária poderá utilizar-se do instituto de desconsideração da personalidade jurídica para estender os efeitos da falência⁹⁶.

⁹³ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; FONSECA, José Bráulio Petry. Critérios distintivos da responsabilidade dos administradores das sociedades por ações no processo de falência. In: LUPION, Ricardo (Org.). **40 Anos da Lei 6,404/76**: inovações, desafios e perspectivas, 2017.

⁹⁴ Art. 102. O falido fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência e até a sentença que extingue suas obrigações, respeitado o disposto no § 1º do art. 181 desta Lei.

Parágrafo único. Findo o período de inabilitação, o falido poderá requerer ao juiz da falência que proceda à respectiva anotação em seu registro.

⁹⁵ Art. 81. A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem. § 1º O disposto no **caput** deste artigo aplica-se ao sócio que tenha se retirado voluntariamente ou que tenha sido excluído da sociedade, há menos de 2 (dois) anos, quanto às dívidas existentes na data do arquivamento da alteração do contrato, no caso de não terem sido salvidas até a data da decretação da falência. § 2º As sociedades falidas serão representadas na falência por seus administradores ou liquidantes, os quais terão os mesmos direitos e, sob as mesmas penas, ficarão sujeitos às obrigações que cabem ao falido.

⁹⁶ OIOLI, Erik Frederico. *Op.cit.* 2017.

Inicialmente deve-se diferenciar os tipos de contrações empresariais⁹⁷ que se divide em três espécies⁹⁸: i) grupos econômicos⁹⁹, ii) grupos societários e iii) concentrações por relações contratuais. A Lei 11.101/05 ao tratar de falências, desconsiderou a realidade das concentrações empresariais, de modo que a situação encontrada pela jurisprudência brasileira é a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica como extensão dos efeitos da falência de grupos de sociedade.

O grupo de fato é estabelecido entre sociedade coligadas ou entre controladora e controlada(s). Coligadas são aquelas que detêm 10% ou mais do capital, mas não tem controle e controlada é a que detém controle sobre outra(s) sociedade(s)¹⁰⁰. Nos casos em que há subordinação, as sociedades controladas perdem grande parte de sua autonomia de gestão empresarial em função da persecução do interesse geral do grupo¹⁰¹.

Na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), já decidiu pela possibilidade de extensão dos efeitos à sociedade integrante do mesmo grupo econômico.

Em decisão proferida no REsp 1.266.666/SP pela Relatora Ministra Nancy Andrighi, na falência da sociedade Petroforte Brasileiro de Petroleo Ltda, o síndico requereu a extensão dos efeitos da sentença para várias empresas e pessoas físicas, visto que promoveram cadeia de negócios lícitos, mas com intuito de desviar patrimônio da empresa em situação pré-falimentar. Em sede de Recurso Especial, após provimento da extensão dos efeitos, Carlos Masetti Junior e Fernando Bosqué Neto (pessoas físicas atingidas pela extensão) interpuseram Recurso Especial, alegando que para atingir o patrimônio dos recorrentes por extensão dos efeitos seria necessária ação autônoma; que para a desconsideração incidental seria

⁹⁷ DINIZ, Gustavo Saad. **Dez anos da lei n.º 11.101/2005**: estudos sobre a lei de recuperação e falência, p. 528.

⁹⁸ Grupos econômicos são os arranjos entre organizações que coordenam atividades econômicas em cadeias verticais ou horizontais. Grupos de sociedade são aqueles de organização societária de coordenação ou de subordinação (grupos de direito e de fato). E os por relações contratuais são os acordos verticais, como no caso de franquia, distribuição, etc.

⁹⁹ Os grupos econômicos foram criados justamente para racionalizar a exploração empresarial. (SCALZILLI, João Pedro. *Op.cit.*, p. 143).

¹⁰⁰ AWAZU, Luís Alberto de Fischer. Recuperação Judicial e Falência: algumas das possíveis consequências para os sócios das empresas afetadas. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. V. 68, p. 181-193, 2015, p. 2

¹⁰¹ SCALZILLI, João Pedro. *Op.cit.*, p. 144.

necessária prévia citação com direito de defesa; que não há provas de confusão patrimonial ou grupos de empresas entre as administradas pelos recorrentes e a falida para que haja a desconsideração; que não devem ser os recorrentes caracterizados como comerciantes ou empresários para fins falimentares e que só seria possível tornar os negócios jurídicos inválidos mediante ação revocatória. Em seu voto, a Relatora Ministra Nancy Andrighi, sobre a alegada fraude, cabe dizer que foram feitas uma série de operações societárias (rural leasing e 'lease back') para desvio de bens da massa falida. Todas as empresas que de algum modo figuraram nos contratos dessas operações sofreram com a extensão do decreto de quebra. Essa cadeia de operações tentou criar uma veste de legalidade para a transferência de bens, e durante esse mesmo período, algumas empresas chegaram a se associar. Além disso, a jurisprudência do STJ tem admitido a extensão dos efeitos da falência sem prévia citação mediante a técnica da desconsideração da personalidade jurídica, ou a extensão quando verificada a existência de coligação de empresas.

No presente caso, se discute a extensão dos efeitos a pessoas físicas que teriam participado da fraude. No julgamento de recursos especiais referentes às empresas envolvidas se reconheceu a existência de coordenação de atividades e esforços em prol de um objetivo ilícito, o que reconheceu a extensão dos efeitos àquelas empresas do grupo econômico. Reconheceu-se a relação entre a sociedade Securinvest e o grupo Petroforte, de modo que se estenderam os efeitos da falida Securinvest aos recorrentes. Quanto à extensão da falência aos administradores não sócios, apesar de não investidores e empreendedores, eles são empresários fornecedores de serviços contábeis e de administração que prestam serviços a outras companhias, por isso, podem ser qualificados como empresários e sujeitos a falência, assim não se justifica a violação aos artigos 50 e 966 do Código Civil. Ademais, quanto à necessidade de ação revocatória para reverter os atos de desvio de patrimônio, não procede. Uma vez que o juízo verificou as circunstâncias que apontavam para o desvio ou confusão patrimonial, para promover a desconsideração e estender os efeitos da falência. A arrecadação de bens foi feita mediante hastes públicas, sendo, portanto, regular. Recurso Especial desprovido¹⁰².

¹⁰² PROCESSO CIVIL. FALÊNCIA. EXTENSÃO DE EFEITOS. POSSIBILIDADE. PESSOAS FÍSICAS. ADMINISTRADORES NÃO-SÓCIOS. GRUPO ECONÔMICO. DEMONSTRAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CITAÇÃO PRÉVIA. DESNECESSIDADE.

Quando se busca uma solução (remédio) para a confusão patrimonial de grupos de sociedade, é possível encontrar duas tutelas: preventiva e repressiva. A tutela preventiva é aquela ligada ao capital social¹⁰³, na qual ele tem o dever de tutelar o patrimônio devido à função de garantia que ele tem.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem sido utilizada como fundamento para a extensão dos efeitos da falência de uma sociedade para outra, em regra, do mesmo grupo econômico¹⁰⁴. Mas, para isso, é necessário indicar que só é possível estender os efeitos da falência caso as sociedades do grupo estejam em situação de confusão patrimonial.

A extensão dos efeitos ocorre na maioria dos casos devido à impossibilidade de distinguir a subjetividade de cada empresa, ou seja, há a caracterização de confusão patrimonial entre elas.

Além disso, a extensão dos efeitos da falência, nesses casos, está vinculada ao descumprimento dos deveres empresariais. Visto que como já mencionado, é dever do empresário manter a regularidade contábil e a escrituração mercantil atualizada de forma que seja possível distinguir a subjetividade de cada empresa¹⁰⁵.

Nos casos de extensão da falência aos sócios de responsabilidade limitada, não há previsão na lei. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, no caso de grupos empresariais consiste em construção jurisprudencial. Ou

AÇÃO REVOCATÓRIA. DESNECESSIDADE. 1. Em situação na qual dois grupos econômicos, unidos em torno de um propósito comum, promovem uma cadeia de negócios formalmente lícitos mas com intuito substancial de desviar patrimônio de empresa em situação pré-falimentar, é necessário que o Poder Judiciário também inove sua atuação, no intuito de encontrar meios eficazes de reverter as manobras lesivas, punindo e responsabilizando os envolvidos. 2. É possível ao juízo antecipar a decisão de estender os efeitos de sociedade falida a empresas coligadas na hipótese em que, verificando claro conluio para prejudicar credores, há transferência de bens para desvio patrimonial. Inexiste nulidade no exercício diferido do direito de defesa nessas hipóteses. 3. A extensão da falência a sociedades coligadas pode ser feita independentemente da instauração de processo autônomo. A verificação da existência de coligação entre sociedades pode ser feita com base em elementos fáticos que demonstrem a efetiva influência de um grupo societário nas decisões do outro, independentemente de se constatar existência de participação no capital social. 4. O contador que presta serviços de administração à sociedade falida, assumindo a condição pessoal de administrador, pode ser submetido ao decreto de extensão da quebra, independentemente de ostentar a qualidade de sócio, notadamente nas hipóteses em que, estabelecido profissionalmente, presta tais serviços a diversas empresas, desenvolvendo atividade intelectual com elemento de empresa. 5. Recurso especial conhecido, mas não provido. (STJ - REsp: 1266666 SP 2009/0196940-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 09/08/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/08/2011)

¹⁰³ É possível organizar dois grupos de normas: 1) normas de proteção incidentes mais fortemente na constituição da sociedade (do patrimônio social); 2) normas relacionadas à proteção do patrimônio durante a vida da sociedade (normas de “manutenção”), ou seja, à preservação do patrimônio. ASCARELLI, apud, SCALZILLI. *Op.cit.*, p. 41-47.

¹⁰⁴ OIOLI, Erik Frederico. *Op.cit.* 2017 p. 5.

¹⁰⁵ PIVA, Luciano Zordan. *Op.cit.* 2015.

seja, a aplicação feita não é realizada com base na previsão do art. 50 do Código Civil, nem tampouco na legislação falimentar ou societária.

Em realidade, é que a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para a finalidade de extensão da falência é uma tentativa do Poder Judiciário em inovar, tentando coibir fraudes que acarretam a quebra de determinada sociedade.

A melhoria na técnica da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, com mais precisão e operacionalidade da confusão patrimonial como hipótese de sua aplicação, ajudará a amenizar o problema inerente ao grupo de sociedade ante a impossibilidade aparente de solução pelo sistema societário.

2 PROCEDIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: APLICAÇÃO DO CPC/2015

O Código de Processo Civil de 1973 era omissivo no que diz respeito à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento brasileiro. Contudo, isso mudou com o Novo Código de Processo Civil (NCPC – Lei 13.105/2015), que trouxe no capítulo IV, no âmbito da intervenção de terceiros¹⁰⁶, o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica.

É necessário frisar que a lei geral de processo constitui fonte subsidiária dos processos de recuperação judicial (e extrajudicial) e falência. De modo que, qualquer alteração que o Código de Processo Civil tenha, terá efeito diretamente nos processos de recuperação judicial, falência e seus incidentes¹⁰⁷.

Assim estabelece o artigo 189 da Lei 11.101/05 que se aplica o Código de Processo Civil, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei, bem como também será aplicado o Código de Processo Penal, no que couber, de acordo com o artigo 188 da referida lei. Isto é, o CPC e o CPP são fontes subsidiárias da Lei de Recuperação Judicial e Falências (Lei 11.101/05), no que forem compatíveis.

O NCPC então trouxe uma regulação normativa instrumental sobre a desconsideração da personalidade jurídica, que vem para auxiliar as previsões materiais já encontradas em outras legislações: Código Civil, Código do Consumidor, Consolidação das Leis Trabalhistas e Código Tributário Brasileiro.

O instrumento trazido pelo Código de Processo Civil é um incidente processual, ou seja, dentro de um processo principal, terá a questão da desconsideração a ser tratada. Não é mais necessário um processo autônomo, como alguns autores previam na vigência do Código de Processo de 1973.

Contudo, o Código de Processo Civil não cuidou das hipóteses de desconsideração, visto que essas deverão ser definidas em lei específica. Isto é, o

¹⁰⁶ É possível dizer que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica se trata de uma intervenção forçada de terceiros, visto que chama alguém estranho ao processo – o sócio ou a sociedade, que passa a ser parte no processo.

¹⁰⁷ CAMPINHO, Sérgio. O novo regime jurídico do recurso de agravo e os processos disciplinados na Lei nº 11.101/05. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). **Dez anos da Lei nº 11.101/2005**: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015. P. 160.

CPC regula apenas o modo de aplicar a sanção da desconsideração da personalidade jurídica¹⁰⁸.

Nos próximos tópicos serão verificadas as mudanças que o Novo Código de Processo Civil trouxe com a previsão do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, bem como do procedimento, dos prazos, dos recursos, da suspensão e com isso, quais as mudanças e adaptações que poderão ocorrer quando proposto durante o processo falimentar.

2.1 INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica previsto em capítulo autônomo, nos artigos 133 a 137, do NCPC, é relevante visto que reiteradamente desconsidera-se a personalidade jurídica de sociedades em processos concursais, com o objetivo de buscar a melhor satisfação dos credores sujeitos aos respectivos regimes recuperatórios e falimentar¹⁰⁹.

Esse novo instituto trouxe expressamente a garantia dos princípios do contraditório e da ampla defesa às partes. De modo que o processo legal é garantia fundamental de grande relevância para o cidadão que assegura aos litigantes o acesso à justiça, o direito a um processo com defesa do modo mais amplo possível e uma sentença justa¹¹⁰.

Porém, durante o trâmite do projeto de lei que resultou no NCPC, houve uma preocupação com o contraditório, que segundo Daniela Murada dos Reis¹¹¹, alongaria indevidamente o processo, possibilitando a ocorrência de fraude no período entre o requerimento e a citação do sócio, uma vez que se requerida a desconsideração em petição inicial, no processo de conhecimento, a defesa também aconteceria.

¹⁰⁸ DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Salvador: Jus Podivm, 2017. P. 579

¹⁰⁹ TELLECHEA, Rodrigo; SPINELLI, Luis Filipe; SCALZILLI, João Pedro. Aportamentos sobre a aplicação do novo CPC à LREF. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. V. 4/2017. Abr-Jun/2017.

¹¹⁰ SILVA, Eduardo Medeiros. **A desconsideração da personalidade jurídica e a garantia do contraditório e da ampla defesa no código de processo civil (lei 13.105/2015)**, 2017.

¹¹¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei n. 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei n 5.869, de 1973). Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2013. p. 122-125. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1086929&filename=SBT+4+PL602505+%3D%3E+PL+6025/2005>

Mesmo assim, as críticas não foram suficientes, e o Incidente de Desconsideração foi mantido no NCP. Em relação a esse instrumento percebe-se a inovação ao garantir todos os princípios fundamentais inerentes a um procedimento justo.

A pessoa jurídica assim terá maior segurança jurídica para desenvolver suas atividades empresariais, visto que poderá utilizar-se de todos os meios de provas cabíveis para sua defesa. Por conseguinte, só poderá haver aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, caso haja um processo legal no qual os jurisdicionados tenham oportunidade de debater os elementos trazidos aos autos¹¹².

Importante registrar que este incidente assegura o pleno respeito ao contraditório e ampla defesa, princípios que não eram garantidos na vigência do Código de Processo Civil de 1973. O que acontecia era a apreensão de bens de sócios sem que eles fossem chamados a participar do processo de formação da decisão que define a sua responsabilidade patrimonial¹¹³.

É o que se verifica em julgado do STJ no voto da Ministra Relatora Nancy Andriahi:

Disso decorreu, no julgamento aqui referido, o reconhecimento da regularidade da extensão dos efeitos da quebra àquela empresa, na esteira de precedentes desta Corte que admitem, mesmo por processo incidental e **independentemente de citação**, a adoção dessa medida nas hipóteses de grupo econômico ou coligação de empresas¹¹⁴.

¹¹² SILVA, Eduardo Medeiros. *Op.cit.* 2017.

¹¹³ CÂMARA, Alexandre. Breves comentários ao novo código de processo civil.. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord). 2. ed. rev. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹¹⁴ PROCESSO CIVIL. FALÊNCIA. EXTENSÃO DE EFEITOS. POSSIBILIDADE. PESSOAS FÍSICAS. ADMINISTRADORES NÃO-SÓCIOS. GRUPO ECONÔMICO. DEMONSTRAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CITAÇÃO PRÉVIA. DESNECESSIDADE. AÇÃO REVOCATÓRIA. DESNECESSIDADE. 1. Em situação na qual dois grupos econômicos, unidos em torno de um propósito comum, promovem uma cadeia de negócios formalmente lícitos, mas com intuito substancial de desviar patrimônio de empresa em situação pré-falimentar, é necessário que o Poder Judiciário também inove sua atuação, no intuito de encontrar meios eficazes de reverter as manobras lesivas, punindo e responsabilizando os envolvidos. 2. É possível ao juízo antecipar a decisão de estender os efeitos de sociedade falida a empresas coligadas na hipótese em que, verificando claro conluio para prejudicar credores, há transferência de bens para desvio patrimonial. Inexiste nulidade no exercício diferido do direito de defesa nessas hipóteses.3. A extensão da falência a sociedades coligadas pode ser feita independentemente da instauração de processo autônomo. A verificação da existência de coligação entre sociedades pode ser feita com base em elementos fáticos que demonstrem a efetiva influência de um grupo societário nas decisões do outro, independentemente de se constatar a existência de participação no capital social.4. O contador que presta serviços de administração à sociedade falida, assumindo a condição pessoal de administrador, pode ser submetido ao decreto de extensão da quebra, independentemente de ostentar a qualidade de sócio, notadamente nas hipóteses em que, estabelecido profissionalmente, presta tais serviços a diversas empresas, desenvolvendo atividade intelectual com elemento de empresa.5. Recurso especial conhecido, mas não provido.(STJ, REsp 1266666/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 25/08/2011)

Contudo, esse entendimento contraria os princípios constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro, ao dispensar a participação dos sócios no processo. Situação que só poderia ser admitida em casos excepcionais, como na concessão de tutela de urgência. Sendo assim, atualmente é essencial que sejam respeitados os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Além disso, no que diz respeito à utilização desse novo instrumento no âmbito da falência, esse também pode ocorrer, uma vez que a desconsideração da personalidade jurídica pode ser suscitada em meio a processo falimentar. Corroborando essa afirmação, destaca-se o entendimento proposto no Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), no enunciado nº 247, que sustenta que: “Aplica-se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo falimentar”¹¹⁵.

2.2 PROCEDIMENTO

Inicialmente, no que diz respeito ao procedimento do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica é imprescindível a caracterização de parte e de terceiro, para verificar sua intervenção no processo de falência. Assim, parte é toda pessoa que tem capacidade de estar em Juízo, quer dizer, capaz de integrar o polo de uma relação jurídica processual, tanto no polo passivo, quanto ativo.

Já terceiro seria aquele que não é parte em uma determinada relação jurídica processual, mas que o ordenamento processual civil estabelece situações que são qualificadas a interferir na relação, por exemplo, é o caso do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Desse modo, o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica busca feitos executivos para expropriar os bens do devedor. Ou seja, pode-se dizer que no processo de falência temos uma execução coletiva de credores em face do empresário ou da empresa falida, devido ao inadimplemento de suas obrigações.

Sendo assim, o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica é aplicável aos atos executivos, também no processo falimentar, visto que este se trata de uma execução coletiva.

¹¹⁵ Disponível em: <<https://www.novocpcbrasileiro.com.br/enunciados-interpretativos-sobre-o-novo-cpc-do-fppc/>>

Em seu artigo 133¹¹⁶, o NCPC define que o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica poderá ser instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, não podendo, portanto, ser ato *ex officio* do juiz. Desse modo, se verifica que o dispositivo está em consonância com os requisitos previstos no artigo 50 do Código Civil¹¹⁷, que exige provocação da parte para a desconsideração da personalidade jurídica.

Quanto à instauração do incidente, quando no âmbito de processo falimentar, quem tem legitimidade ativa para instaurar poderá ser a massa falida, por meio do administrador judicial (representa o ente falimentar), qualquer credor, ou o Ministério Público. Isso porque no que diz respeito a falência, são consideradas parte do processo: os credores, a massa falida e a própria falida.

Salienta-se ser entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) da legitimidade ativa do Ministério Público e do administrador/síndico da massa falida para instaurar o incidente¹¹⁸.

¹¹⁶ Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. § 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. § 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

¹¹⁷ 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.

¹¹⁸ RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. OMISSÃO. TEMA SUSCITADO SOMENTE EM ACLARATÓRIOS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PEDIDO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS EM FALÊNCIA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ. EXERCÍCIO. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE, EM VIRTUDE DE EVENTUAL PREVISÃO DE MEDIDA CAUTELAR ESPECÍFICA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESCINDIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO PRÓPRIO. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ALCANCE SOBRE BENS PRESENTES E FUTUROS. 1. Não se pode imputar omissão a acórdão que deixa de analisar tese que nem sequer constou nas razões do recurso que devolve a matéria à Segunda Instância. 2. **Diante da inegável influência que um decreto de falência exerce na ordem social, bem como diante da necessidade de se fiscalizar a obediência ao pagamento preferencial de certas modalidades especiais de crédito disciplinadas pelo Poder Público, reconhece-se a legitimidade do Ministério Público para realizar pedido incidental, nos autos da falência, de desconsideração da personalidade jurídica e de indisponibilidade de bens dos envolvidos em ato tido como destinado a prejudicar credores da falida.** 3. A existência de medida cautelar específica não impede o exercício do poder cautelar do juiz, embasado no artigo 798 do CPC. 4. Garantido o direito ao contraditório, ainda que diferido, não há falar em nulidade de decisão que desconsidera a personalidade jurídica, em autos de processo de falência, para, cautelarmente, alcançar bens de administradores que teriam agido com o intento de fraudar credores. 5. A indisponibilidade de bens, quando determinada com o objetivo de garantir o integral ressarcimento da parte lesada, alcança todos os bens, presentes e futuros, daquele acusado da prática de ato ímprobo. 6. Recurso especial desprovido e pedido cautelar indeferido. (STJ, REsp 1182620/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 04/02/2014). DIREITO COMERCIAL. FALÊNCIA. EMPRESAS COLIGADAS. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. AÇÃO AUTÔNOMA. DESNECESSIDADE. 1 - **Pode o síndico da massa falida postular a desconsideração da personalidade jurídica de empresas coligadas à falida nos próprios autos da falência, prescindindo a providência de ação autônoma.** Iterativos

Segundo o §1º do artigo 133, deverá o pedido de desconsideração observar os pressupostos previstos em lei, conforme o Direito Material, por exemplo, verificando qual ramo¹¹⁹ do direito diz respeito a cada caso em que se pode desconsiderar a personalidade jurídica.

Já quanto ao §2º do mesmo, observa-se a possibilidade de se aplicar o disposto no capítulo em análise à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica. Isto quer dizer, buscar a desconsideração de modo a viabilizar a extensão da responsabilidade patrimonial aos bens da sociedade para garantir o pagamento das dívidas do sócio.

A desconsideração inversa da personalidade jurídica é aquela que se atinge o patrimônio da sociedade, para que esta se responsabilize por dívidas do sócio controlador. Esta situação pode acontecer quando o sócio esvazia seu patrimônio ao integralizar a sociedade e, por isso, a sociedade irá responder por suas obrigações. Com essa maneira de desconsideração inversa, busca-se evitar que o sócio pratique fraude patrimonial, ao esconder seus bens no patrimônio da sociedade, esperando que esses não sejam atingidos.

Nesse sentido, a jurisprudência decidiu sobre a controvérsia da desconsideração inversa com base no artigo 50 do Código Civil. A desconsideração inversa trata-se de instrumento hábil para combater a prática de transferência de bens para a pessoa jurídica sobre o qual o devedor detém controle, evitando com isso a excussão de seu patrimônio pessoal. Sendo assim, a interpretação que o artigo 50 do Código Civil só deve valer para atingir os bens do sócio e não o inverso não deve prevalecer. O objetivo da desconsideração, qualquer que seja ela, é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios. Através de uma interpretação finalística, desde que preenchidos os requisitos previstos, é possível a

precedentes. 2 - Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 1034536/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2009, DJe 16/02/2009)

¹¹⁹ No Direito do Consumidor, de acordo com o art. 28, do Código de Defesa do Consumidor, é cabível a desconsideração quando verificar, em detrimento do consumidor, abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação do estatuto ou contrato social. Já de acordo com o Código Civil, será desconsiderada a personalidade jurídica, quando houver abuso da personalidade, caracterizado por desvio de finalidade ou confusão patrimonial. No Direito Ambiental também poderá incidir a norma do art. 4 da Lei 9.605/98, que autoriza a desconsideração da personalidade jurídica, sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao meio ambiente. Ou seja, se a sociedade tem patrimônio insuficiente para assegurar a reparação do dano ambiental causado, independente da ocorrência de culpa, dolo, fraude ou má-fé. Além dessas, também pode ocorrer a desconsideração da personalidade jurídica em causas trabalhistas, tributárias, entre outras mais.

desconsideração inversa da personalidade jurídica com base no artigo 50 do Código Civil¹²⁰.

Ou ainda, sobre a existência de elementos que caracterizem a desconsideração inversa da personalidade jurídica. Afasta-se o manto que separa os patrimônios do sócio e da sociedade, levantando-se o véu da pessoa jurídica para buscar o patrimônio que, na realidade, pertence ao sócio devedor e fraudador. Uma vez que há declarações de propriedade da sociedade pelo recorrido, bem como esse teria "emprestado" seu nome para abertura de empresa, verifica-se indícios suficientes para instauração do incidente de desconsideração¹²¹.

¹²⁰ PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ART. 50 DO CC/02. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA. POSSIBILIDADE.I. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. Súmula 211/STJ.II. Os embargos declaratórios têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida.Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal a quo pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie.III. **A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador.**IV. Considerando-se que a finalidade da disregard doctrine é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma.V. A desconsideração da personalidade jurídica configura-se como medida excepcional. Sua adoção somente é recomendada quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/02. Somente se forem verificados os requisitos de sua incidência, poderá o juiz, no próprio processo de execução, "levantar o véu" da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens da empresa.VI. À luz das provas produzidas, a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, entendeu, mediante minuciosa fundamentação, pela ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente, ao se utilizar indevidamente de sua empresa para adquirir bens de uso particular.VII. Em conclusão, a r. decisão atacada, ao manter a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, afigurou-se escorreita, merecendo assim ser mantida por seus próprios fundamentos.Recurso especial não provido.(STJ, REsp 948.117/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 03/08/2010)

¹²¹ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. CONVERSÃO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. COBRANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. TERCEIROS. COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DA SOCIEDADE. MEIO DE PROVA. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. OCULTAÇÃO DO PATRIMÔNIO DO SÓCIO. INDÍCIOS DO ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EXISTÊNCIA. INCIDENTE PROCESSUAL. PROCESSAMENTO. PROVIMENTO.1. O propósito recursal é determinar se: a) há provas suficientes da sociedade de fato supostamente existente entre os recorridos; e b) existem elementos aptos a ensejar a instauração de incidente de desconsideração inversa da personalidade jurídica.2. A existência da sociedade pode ser demonstrada por terceiros por qualquer meio de prova, inclusive indícios e presunções, nos termos do art. 987 do CC/02.3. A personalidade jurídica e a separação patrimonial dela decorrente são véus que devem proteger o patrimônio dos sócios ou da sociedade, reciprocamente, na justa medida da finalidade para a qual a sociedade se propõe a existir.4. **Com a desconsideração inversa da personalidade jurídica, busca-se impedir a prática de transferência de bens pelo sócio para a pessoa jurídica sobre a qual detém controle, afastando-se momentaneamente o manto fictício que separa o sócio da sociedade para buscar**

Quanto à decretação da desconsideração da personalidade jurídica, conforme Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, é possível a decretação pelo juiz:

Nada impede, porém, que o juiz dê início ao incidente também de ofício, sempre que o direito material não exigir a iniciativa da parte para essa desconsideração, visto que o essencial “é a observância do contraditório prévio para a concretização da desconsideração, já que essa é a finalidade essencial do incidente”¹²².

Ademais, de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, salienta-se a desnecessidade da propositura de uma ação autônoma para a desconsideração da personalidade jurídica. Deverá ser a desconsideração requerida via incidente processual, uma vez que não é necessário ação de cognição.

Esse também é o entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) antes mesmo da elaboração do Código de Processo Civil de 2015 nos processos falimentares¹²³.

o patrimônio que, embora conste no nome da sociedade, na realidade, pertence ao sócio fraudador.5. No atual CPC, o exame do juiz a respeito da presença dos pressupostos que autorizariam a medida de desconsideração, demonstrados no requerimento inicial, permite a instauração de incidente e a suspensão do processo em que formulado, devendo a decisão de desconsideração ser precedida do efetivo contraditório.6. Na hipótese em exame, **a recorrente conseguiu demonstrar indícios de que o recorrido seria sócio e de que teria transferido seu patrimônio para a sociedade de modo a ocultar seus bens do alcance de seus credores, o que possibilita o recebimento do incidente de desconsideração inversa da personalidade jurídica, que, pelo princípio do tempus regit actum, deve seguir o rito estabelecido no CPC/15.**7. Recurso especial conhecido e provido.(STJ, REsp 1647362/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 10/08/2017)

¹²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

¹²³ DIREITO CIVIL E COMERCIAL. DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA. DEBÊNTURES. PRAZO PRESCRICIONAL. NÃO É ADMITIDA ANALOGIA EM MATÉRIA DE PRESCRIÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CURSO DO PROCESSO FALIMENTAR E EXTENSÃO DOS EFEITOS AOS CONTROLADORES DA FALIDA. POSSIBILIDADE.1. O Tribunal a quo dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes. Além disso, basta ao órgão julgador que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais.2. No curso do processo de falência, o agravo de instrumento faz as vezes da apelação, e, sendo assim, os embargos infringentes opostos são cabíveis. Ademais, depreende-se dos autos que os embargos foram interpostos em face de decisão que deu parcial provimento a agravo de instrumento, decidindo-se acerca do mérito da demanda. Na verdade, é o conteúdo da matéria decidida que define o cabimento dos embargos infringentes, e não o nome atribuído ao recurso pela lei.Precedentes.3. "Constituem as debêntures um direito de crédito do seu titular diante da sociedade emissora, em razão de um contrato de empréstimo por ela concertado. As debêntures têm a natureza de título de renda, com juros fixos ou variáveis gozando de garantias determinadas nos termos da escritura da emissão. [...] Não assiste à debênture, portanto, no âmbito da teoria geral dos títulos de crédito, autonomia e literalidade, sendo que entre nós está também descaracterizada a cartularidade, por força da obrigatoriedade da forma nominativa e do uso uniforme dos títulos nominativos escriturais.

O pedido de desconsideração poderá ser iniciado de duas maneiras: i) requerido na inicial, nesse caso, porém, os sócios não serão citados, pois estarão presentes no polo passivo da demanda; ii) incidente de desconsideração, em que se faz necessária a inclusão de terceiros como parte no processo.

Contudo, a doutrina tem apresentado divergência quanto ao tema. Defende Fábio Ulhoa Coelho que o juiz não pode desconsiderar a separação entre a pessoa jurídica e seus integrantes se não por meio de ação própria de caráter cognitivo. Isto é, será sempre indispensável processo de conhecimento para demonstrar uma conduta fraudulenta.

Assim, sobre o cabimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, dispõe o NCP, que é cabível o pedido de desconsideração em qualquer tipo de processo, cognitivo ou executivo, e em todas as fases do processo, inclusive na fase executiva (cumprimento de sentença), de modo que contraria o entendimento anterior (CPC 1973):

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Assim também defende Cássio Scarpinella Bueno¹²⁴:

(CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 671) " 4. O artigo 70 da Lei Uniforme de Genebra (LUG), referente às notas promissórias e letras de câmbio, não se aplica às debêntures. Aplicam-se a estas o artigo 206, parágrafo 5.º, inciso I, do Código Civil, que estabelece prescreverem em 5 (cinco) anos a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular. 5. As debêntures não perdem sua liquidez por dependerem de atualização monetária e cálculos aritméticos, a serem apurados quando da habilitação da falência. Precedentes. 6. Uma vez apurada a fraude e a confusão patrimonial entre a empresa falida e seus controladores pelas instâncias ordinárias, em regra pode ser desconsiderada a personalidade jurídica como medida incidental no curso do processo falimentar, bem como determinada a extensão de seus efeitos aos controladores da falida, independentemente de ação autônoma. Precedentes. 7. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1316256/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 12/08/2013)

¹²⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 191.

O incidente tem cabimento em todas as fases do processo, assim na fase de conhecimento e na de cumprimento de sentença. Também cabe nas execuções fundadas em título extrajudicial.

Desse modo, entende-se que enquanto tramitar o processo de falência, poderá ser o incidente instaurado pelos legitimados. Entretanto, se concluído o processo falimentar, haverá a possibilidade de ação de responsabilização, prevista no artigo 82, §1º, da Lei 11.101/05, pelo prazo de até 2 anos, a partir do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência.

Outrossim, pode o incidente ser instaurado no segundo grau de jurisdição, desde que de acordo com as hipóteses de competência originária dos Tribunais:

Art. 932. Incumbe ao relator:
VI - decidir o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal;

No que diz respeito a instauração do incidente, §1º do artigo 134, cabe determinar a partir de que momento se considera instaurado o incidente. Isso porque poderia parecer que com a petição da parte já estaria instaurado. Contudo, se faz necessário o preenchimento de alguns requisitos, bem como a análise da sua admissibilidade, que se em sentido negativo, não instaurará o incidente.

Sendo assim, somente a decisão que admite o incidente, caracterizará sua instauração. A partir de então, de acordo com o §1º, o cartório distribuidor deverá ser comunicado para prosseguir com as anotações, para que terceiros tomem conhecimento do incidente instaurado.

Atualmente, ainda que se admita que o pedido de desconconsideração seja vinculado com a petição inicial¹²⁵, conforme o §2º do artigo 134, ou seja, sem a necessidade de instauração do incidente, será a questão resolvida incidentalmente. Entretanto, no caso de tramitação via incidente, haverá uma decisão de mérito, pois o pedido de desconconsideração é o pedido principal.

Sobre isso José Miguel Garcia Medina afirma¹²⁶:

¹²⁵ Enunciado nº 248 do FPPC: “Quando a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, incumbe ao sócio ou a pessoa jurídica, na contestação, impugnar não somente a própria desconconsideração, mas também os demais pontos da causa”.

¹²⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 232.

a despeito de tramitar incidentalmente, a questão será resolvida como principal, de mérito, e não incidental, incidindo, no caso no art. 503, caput do CPC/2015, podendo ser atacada de ação rescisória.

Quanto ao incidente, verificado o preenchimento dos requisitos, poderá o juiz, mediante ato privativo, desconsiderar a personalidade jurídica, indicando quais os sócios serão atingidos e responderão com seus bens particulares.

Se instaurado no curso da demanda, o incidente não trará nenhum prejuízo processual para as partes, tampouco para a demanda, nesse caso, teremos um litisconsorte passivo facultativo¹²⁷.

Entretanto, postulando a desconsideração na petição inicial, haverá a citação do sócio ou da sociedade originariamente, formando-se nesse caso um litisconsórcio passivo originário entre o sócio e a sociedade. Diante disso, não será necessária a instauração do incidente, pois o pedido de desconsideração estará no objeto do processo.

Salvo essa hipótese, a instauração do incidente é obrigatória para que seja ampliado subjetivamente o processo, para que haja legitimidade na execução contra a sociedade, atinja o patrimônio do sócio (ou o contrário, no caso da desconsideração inversa), uma vez que assim dispõe o artigo 795, 4º¹²⁸, do CPC.

Já no que se refere ao preenchimento dos pressupostos legais específicos, §4º do artigo 134, quer dizer, deverá ser fundamentado em direito material específico, com base nas hipóteses previstas no artigo 50 do Código Civil (desvio de finalidade ou confusão patrimonial).

Além disso, de acordo com o artigo 135, compete ao requerente apresentar as provas no incidente de desconsideração. Sobre essas, tem-se que todos os meios de prova são possíveis, típicos e atípicos (desde que moralmente legítimos), uma vez que se trata de decisão de mérito e, por isso, exauriente, de modo que permite ao juiz a formação de um juízo de probabilidade acerca dos requisitos.

Quanto ao ônus da prova, esse recai sobre o credor, ou seja, deve ele provar o abuso da personalidade jurídica. A desconsideração da personalidade jurídica se

¹²⁷ O incidente ainda poderá causar um litisconsórcio passivo facultativo em função de seu resultado. Passivo é aquele que tem vários réus no processo, ou seja, mais de uma parte no polo passivo. Facultativo é aquele autorizado pela legislação, quando se forma por iniciativa e vontade das partes. Enunciado nº 125 do FPPC: "Há litisconsorte passivo facultativo quando requerida a desconsideração da personalidade jurídica, juntamente com outro pedido formulado na petição inicial ou incidentalmente no processo em curso".

¹²⁸ § 4º Para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código.

trata de uma técnica de suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica¹²⁹, de modo a buscar, no patrimônio dos sócios, bens que respondam pela dívida contraída¹³⁰.

Todavia, nem sempre é fácil demonstrar o abuso, uma vez que geralmente, não se verifica em um ato isolado. E, além disso, o credor, muitas vezes não tem sequer acesso aos documentos que poderiam comprovar a fraude.

Então, para que o instituto não se torne inoperante, se admite outras soluções quanto à produção de provas: a) a desconsideração fundamentada em indício particularmente expressivo de má fé¹³¹; b) a aplicação do artigo 373, §1, do CPC/2015¹³²; c) a determinação para exibição de documentos fiscais, contábeis e financeiros, pela sociedade e por terceiros, desde que sejam plausíveis as alegações do exequente¹³³.

No caso de ausentes os pressupostos legais da desconsideração, pode o juiz indeferir liminarmente o incidente, de modo que este não será instaurado. Contudo, até mesmo essa decisão deve respeitar o princípio do contraditório, e oportunizar ao requerente manifestação.

Após o diálogo, poderá então o juiz proferir decisão quanto à admissibilidade. No mesmo ato que admite o incidente, deverá o juiz determinar a suspensão do processo, a expedição do ofício de distribuição e, por fim, determinar a citação do requerido.

Além disso, diante dos pressupostos para a desconsideração, é possível que o juiz conceda ainda a tutela provisória de urgência¹³⁴. A fim de que, por exemplo, se

¹²⁹ Quer dizer, a suspensão transitória dessa personalidade jurídica com relação à eficácia do ato constitutivo, uma vez que a pessoa jurídica não é extinta, apenas afasta os efeitos dessa técnica de separação patrimonial, permitindo que os sócios respondam pelo débito.

¹³⁰ DIDIER JR., Fredie. *Op.cit.*2017. P. 584.

¹³¹ DINAMARCO *apud* ANDRADE JR.

¹³² Art. 373, § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

¹³³ ANDRADE JR., Mozart Vilela. A obrigatoriedade (?) do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**. V. 977, 2017, p. 9.

¹³⁴ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la. § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia. § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

evite dilapidação de patrimônio daquele que se pretende alcançar com a desconsideração para garantir a persecução do resultado útil do processo.

Nesse sentido, decidiu-se no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.043.266/DF que negou provimento ao Recurso Especial por inexistência de violação dos artigos 1.022 do CPC/2015, artigo 50 do CC/02, artigos 133 a 137 do CPC/2015, uma vez que não houve a desconsideração, mas somente a instauração do incidente, e também bloqueio dos bens dos sócios da sociedade empresária. Alegou-se no agravo interno, que o incidente estaria em fase instrutória, bem como já haveria patrimônio suficiente do devedor para satisfação do credor e não estariam presentes pressupostos para a configuração de fraude contra credores.

No voto, o Relator Ministro Raul Araújo declarou não haver argumentos para modificar a decisão agravada, uma vez que não houve impugnação quanto ao artigo 1.022, de modo que está preclusa a matéria; quanto ao incidente, afirma que ao contrário de violar, está dando cumprimento às referidas normas; e, por fim, quanto à tutela provisória, como não houve impugnação anterior, é inviável a discussão, pois seria inovação recursal, além de que os ativos bloqueados "(...) não serão expropriados ou levantados até que se decida definitivamente o incidente de desconsideração", o que é uma garantia para todos os litigantes. Não merece ser então acolhido o agravo interposto¹³⁵.

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

¹³⁵ AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA. TUTELA PROVISÓRIA DE BLOQUEIO DE BENS DOS SÓCIOS. NÃO OCORRÊNCIA DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA. MERA INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE. TUTELA PROVISÓRIA NÃO IMPUGNADA NA INSTÂNCIA A QUO NEM NO APELO NOBRE. IMPOSSIBILIDADE DE REABRIR DISCUSSÃO NESTE RECURSO. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Rejeita-se a apontada violação ao art. 50 do Código Civil de 2002 e aos arts. 134 a 137 do CPC/2015, pois o eg. Tribunal a quo não desconsiderou a personalidade jurídica da agravante, mas, tão somente em sede de agravo de instrumento, confirmou decisão que admitiu a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica e confirmou tutela provisória para bloquear bens dos sócios da sociedade empresária agravante. 2. Tanto no apelo nobre como no presente agravo interno, a sociedade empresária insiste na tese de que houve a indevida desconsideração da personalidade jurídica, sem o devido processo legal e contraditório, o que não corresponde à realidade dos autos. 3. Considerando que, nas razões do agravo de instrumento interposto no eg. Tribunal a quo, não se impugnou o capítulo referente à tutela provisória, e semelhante deficiência recursal se verificou no recurso especial, não é possível avançar em tal matéria no presente agravo interno, pois representaria inovação recursal. 4. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 1043266/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 20/06/2017)**

Quanto à tutela de urgência, em caráter excepcional, segundo Flávio Luiz Yarshell¹³⁶, poderá ser determinada apreensão de patrimônio penhorável do terceiro, supostamente responsável, antes que decidida a desconconsideração, caracterizando típico arresto¹³⁷.

Por fim, conforme exposto no artigo 137, se acolhido o pedido de desconconsideração, a alienação ou oneração de bens, ocorrida em fraude de execução, será ineficaz. Pode-se entender que este dispositivo atribui um critério temporal de efetividade da citação válida, devido a fraude à execução.

Por conseguinte, devido esse critério, deverá ser feita uma adaptação que abrangerá a ineficácia dos atos de alienação ou oneração de bens realizados pelos sócios da sociedade falida.

Quer dizer que, a alienação de bens é considerada fraude à execução, e por isso, se torna ineficaz sob aquele que requereu a desconconsideração. Desse modo, se legitima o alcance dos bens do sócio por dívida da sociedade ou os bens da sociedade por dívida do sócio (desconconsideração inversa).

Cabe nesse caso examinar os efeitos processuais de tal decisão. No caso de acolher a desconconsideração, haverá dois efeitos processuais: i) a extensão da responsabilidade patrimonial a responsável não devedor; e ii) a ineficácia de atos de alienação ou oneração de bens realizada pelo requerido, desde que presentes os requisitos da fraude de execução.

No primeiro efeito, temos a viabilidade de penhora dos bens do sócio (art. 790, II, do CPC), incide então o previsto – no artigo 790, VII¹³⁸, do CPC, o qual dispõe que ficará sujeito à execução os bens do responsável nos casos de desconconsideração da personalidade jurídica. Assim, combina com o artigo 795 conforme seu *caput*: “os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei”¹³⁹. Porém, poderá o sócio exigir que a execução incida, primeiro, sobre os bens da sociedade, devendo para isso indicar quais os bens capazes de assegurar a satisfação do crédito¹⁴⁰.

¹³⁶ YARSHELL *apud* SILVA, Joseane Suzart Lopes.

¹³⁷ Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assegurar o direito.

¹³⁸ Art. 790. São sujeitos à execução os bens: VII - do responsável, nos casos de desconconsideração da personalidade jurídica.

¹³⁹ BUENO, Cássio Scarpinela. *Op.cit.*, 2017, p. 193.

¹⁴⁰ Art. 795, §1º O sócio réu, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade, tem o direito de exigir que primeiro sejam executados os bens da sociedade. § 2º Incumbe ao sócio que

O segundo efeito que torna ineficazes os atos de alienação e oneração após a citação, deve ser interpretado conjuntamente com o artigo 792, §3º, do CPC, que estabelece que "nos casos de desconconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconSIDERAR". Ou seja, a fraude de execução inicia quando da citação do responsável. Porém, mesmo que exista essa previsão, nada impede que seja decretada medida cautelar de apreensão de bens para que se garanta a efetividade de futura execução.

Nessa segunda hipótese deve-se considerar a adaptação do critério temporal, que deverá ser considerado o termo legal da falência¹⁴¹, para igualdade de tratamento entre o ente falimentar e os sócios, de acordo com o artigo 99, inciso II, da Lei 11.101/05¹⁴². Ou seja, não poderá retrotrair mais de 90 dias contados do pedido de falência ou do 1º protesto por falta de pagamento, excluindo os protestos cancelados.

Ademais, quanto à intervenção do Ministério Público no Incidente de DesconSIDERação da Personalidade Jurídica, como fiscal da lei, só poderá ocorrer

alegar o benefício do § 1º nomear quantos bens da sociedade situados na mesma comarca, livres e desembargados, bastem para pagar o débito.

¹⁴¹ O termo legal da falência é o período anterior à decretação da quebra, que serve de referência para a auditoria dos atos praticados pelo falido. Além disso, o termo é importante também para a ineficácia de alguns atos, perante a massa, que frustram os objetivos do processo falimentar. (COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 337).

O termo legal presume que o estado de falência já havia por antecedência se manifestado. Como qualificado por Carvalho de Mendonça seria "um período suspeito". (CAMPINHO, Sérgio. *Op.cit.* 2012, p. 307.) Ainda, em caso de extensão da falência a empresas do mesmo grupo, o termo legal deverá ser contado da data da extensão e não da data da decretação da falência da "empresa mãe". Isso quer dizer que para cada nova sociedade empresária do conglomerado haverá um termo inicial individualizado. (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 10.ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 257 e p. 93.) Ademais, o estado de insolvência pode levar o devedor a praticar atos ilegítimos em detrimento dos credores daí a necessidade de fixar um período para investigação dos atos praticados, para facilitar a declaração de ineficácia de certos atos praticados nesse período. Para isso que se fixa o termo legal. Salienta-se também que parte da doutrina distingue entre o período suspeito e o termo legal. Pois o período suspeito é uma relação de tempo em que se acha com a revelação do estado de falência, gera desconfiança a respeito dos atos praticados pelo falido, e ele abrange dois anos anteriores a decretação. Enquanto o termo legal já há a exteriorização do estado de insolvência, traz algo concreto para a configuração do estado falimentar. (TOMAZETTE, Marlon. *Op.cit.* 2017)

¹⁴² Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: [...] II – fixará o termo legal da falência, sem poder retrotrá-lo por mais de 90 (noventa) dias contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do 1º (primeiro) protesto por falta de pagamento, excluindo-se, para esta finalidade, os protestos que tenham sido cancelados; [...]

nas hipóteses previstas no artigo 178 do CPC¹⁴³. Nesse sentido, cabe menção ao entendimento do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis:

É desnecessária a intervenção do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, salvo nos casos em que deva intervir obrigatoriamente, previstos no art. 178.¹⁴⁴

2.3 PRAZOS

O antigo Código de Processo Civil, além de não dispor sobre a aplicação da teoria da desconsideração, tampouco previa sobre a citação do sócio ou administrador. Não obstante, se verifica na jurisprudência a dispensabilidade da citação no processo.

No caso analisado, AgRg no REsp nº 1.523.930/RS a empresa Dilatel Distribuidora de Alimentos Ltda. foi condenada ao pagamento de indenização por danos materiais e morais. No cumprimento de sentença foi deferida a desconsideração da personalidade jurídica, bem como foi feita a penhora do imóvel. A impugnação de sentença foi julgada improcedente. Em sede de agravo de instrumento, os executados alegaram ser a desconsideração e a penhora nulas. O Tribunal a quo deu provimento ao recurso, alegando que ocorrida a desconsideração é necessária a citação antes da penhora dos bens e, por isso, decretar a nulidade do feito, a partir da desconsideração.

O Recurso Especial foi interposto alegando haver divergência jurisprudencial do STJ quanto à necessidade de citação dos sócios em prejuízo de quem foi decretada a desconsideração da personalidade jurídica. Apesar de se encontrarem decisões da necessidade de citação, atualmente, o entendimento que prevalece é que a ausência de citação ou intimação dos sócios não leva a nulidade da decisão, desde que tenha se respeitado as garantias do devido processo legal. A decisão foi agravada defendendo a citação dos sócios antes da desconsideração da personalidade jurídica, e alegam estarem ausentes os requisitos para a

¹⁴³ Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I - interesse público ou social; II - interesse de incapaz; III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana. Parágrafo único. A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público.

¹⁴⁴ Acesso em 06/12/2017. Disponível em: <<https://www.novocpcbrasileiro.com.br/enunciados-interpretativos-sobre-o-novo-cpc-do-fppc/>>

desconsideração. No voto vencedor proferido pelo Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze alegou-se ser a citação dos sócios desnecessária e quanto aos elementos necessários à desconsideração, é matéria fática e não pode ser objeto de reexame em Recurso Especial¹⁴⁵.

Contudo, atualmente, o Novo Código de Processo Civil, no artigo 135¹⁴⁶, prevê atuação contrária ao entendimento do STJ, uma vez que, instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias. Desse modo, se verifica que será oportunizada a defesa, garantindo a obediência aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, previstos nos artigos 7º, 9º e 10º do NCPC¹⁴⁷.

Sobre a citação, Cássio Scarpinela Bueno¹⁴⁸:

a citação (e não mera intimação) dos sócios ou terceiros é indispensável, estabelecendo-se, de maneira incidental, ao processo em curso, independentemente da fase que ele se encontre, o cabível contraditório sobre a existência, ou não, de fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica pretendida”.

Sobre a previsão expressa de citação, pode-se entender como obrigatória a apresentação de defesa do sócio, antes de ser decidido sobre o cabimento ou não

¹⁴⁵ DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. **DESNECESSIDADE DE CITAÇÃO DOS SÓCIOS ATINGIDOS**. PRECEDENTES. VERIFICAÇÃO DA PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS APTOS A INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.1. **Segundo a jurisprudência do STJ, a desconsideração da personalidade jurídica, como incidente processual, pode ser decretada sem a prévia citação dos sócios atingidos, aos quais se garante o exercício postergado ou diferido do contraditório e da ampla defesa.** Precedentes de ambas as Turmas que integram a Segunda Seção do STJ.2. A verificação da presença dos requisitos para a aplicação da disregard doctrine previstos no art. 50 do Código Civil, por constituir matéria fática, é vedada pelo enunciado n. 7 da Súmula do STJ. Precedente.3. Se o agravante não traz argumentos aptos a infirmar os fundamentos da decisão agravada, deve-se negar provimento ao agravo regimental. Precedente.4. Agravo regimental a que se nega provimento.(STJ, AgRg no REsp 1523930/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 25/06/2015)

¹⁴⁶ Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

¹⁴⁷ Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:I - à tutela provisória de urgência;II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;III - à decisão prevista no art. 701.Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

¹⁴⁸ BUENO, Cassio Scarpinela. *Op.cit.*2017, p. 192.

da desconsideração da personalidade jurídica no caso concreto. Ou seja, se assegura ao sócio o direito de participar na formação do convencimento judicial.

A citação¹⁴⁹ dos sócios ou de terceiros é indispensável mesmo quando houver incidente proposto durante o processo, isto é, independentemente da fase em que ele se encontre. A qualquer tempo será cabível o contraditório sobre a existência ou não de fundamento para a desconsideração¹⁵⁰.

A indispensabilidade da citação existe com base no artigo 312 do Código de Processo Civil, em razão de que é considerada uma condição de eficácia do processo em relação ao réu e, por isso, requisito de validade dos atos processuais que lhe seguirem. Isto é, para que o processo seja eficaz faz-se imprescindível a existência e a regularidade da citação. Contudo, se houver comparecimento ou manifestação espontânea do réu, o vício estará sanado.

Nesse sentido, temos o Agravo Interno que negou provimento ao Agravo no Recurso Especial nº 698.171/SP, no qual alegou-se violação aos artigos 47 e 472, bem como art. 535, todos do CPC/73. Em voto proferido pelo Relator Ministro Raul Araújo, o agravo interno não merece prosperar, pois não se verifica as alegadas violações, visto que as questões foram devidamente fundamentadas. Bem quanto ao mérito sobre o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica, a citação dos sócios pode ser relegada a um momento posterior. Negado provimento ao agravo interno¹⁵¹.

Desse modo, aquele que for citado – o sócio ou a sociedade - será parte no processo, pelo menos até que seja resolvido o incidente. Se for decidido que não cabe a desconsideração, o citado será excluído do processo, porém, caso se decida

¹⁴⁹ citação é o ato pelo qual alguém é chamado para integrar o processo na qualidade de parte (art. 238, NCPC). (MARINONI *Op.cit.*p. 121)

¹⁵⁰ BUENO, Cássio Scarpinela. *Op.cit.*2017, p. 192.

¹⁵¹ AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO NÃO PROVIDO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRÉVIA CITAÇÃO DOS SÓCIOS. DESNECESSIDADE.1. A questão relativa à prévia citação do sócio ou da pessoa jurídica atingida pela aplicação da disregard doctrine, anteriormente à vigência do novo Código de Processo Civil, encontra precedentes no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que: "A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, **dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade**" (REsp 1.414.997/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 26/10/2015).2. Agravo interno a que se nega provimento.(STJ, AgInt no AREsp 698.171/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 29/08/2017, DJe 21/09/2017)

pela desconsideração, o sujeito irá ocupar a posição de demandado, em litisconsórcio com o demandado original¹⁵².

Ademais, o ato que determina a citação é o mesmo que determina a anotação da existência do incidente e que suspende o processo principal. Será citado aquele que se pretende que o patrimônio seja alcançado.

Todavia, a intimação não é suficiente para assegurar ao sócio (ou à sociedade) o contraditório, em razão de que é só a citação que confere a posição de parte no processo. Assim, a citação daquele cujo patrimônio se pretende atingir, é que viabiliza sua efetiva participação no procedimento para produzir a decisão acerca da desconsideração¹⁵³.

No caso de transcorrido o prazo de 15 dias e não apresentada manifestação, acarreta em revelia, que resulta na presunção (relativa) de veracidade das alegações, como previsto no artigo 344¹⁵⁴, do CPC.

2.4 RECURSOS

Uma das premissas fundamentais do incidente de desconsideração é que todas as decisões devem estar devidamente fundamentadas, assim como em qualquer processo. O ato deverá ser fundamentado apontando os fatos e provas que comprovem a existência e preenchimento de todos os requisitos/condições para desconsiderar a personalidade jurídica.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, conforme o artigo 136¹⁵⁵ será resolvido por decisão interlocutória¹⁵⁶ (artigo 203, §3º), já que não põe termo ao processo ou a qualquer fase. Nesse caso, como em primeiro grau, terá como recurso o agravo de instrumento¹⁵⁷.

¹⁵² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op.cit.*2016. p. 453

¹⁵³ *Idem*, p. 461

¹⁵⁴ Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.

¹⁵⁵ Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

¹⁵⁶ Art. 203, § 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.

¹⁵⁷ Art. 1.015: Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

Já se instaurado – o incidente – perante os Tribunais, será objeto de decisão monocrática¹⁵⁸ e se sujeita ao agravo interno¹⁵⁹. Esse poderá ser proposto em duas hipóteses: i) processos já em grau de apelação, ou ii) processos originários no Tribunal. Contudo, não será cabível incidente no STJ ou no STF, devido ao fato de suas competências serem estabelecidas exclusivamente por normas constitucionais.

Entretanto, não há qualquer impedimento de que o pedido seja julgado pela sentença, quando, por exemplo, requerido na inicial, ou quando apresentado na fase de conhecimento, antes da análise do mérito¹⁶⁰. Nesse caso, o recurso cabível será a apelação¹⁶¹.

Um dos questionamentos feitos pela doutrina é se transitada em julgado a decisão se torna imutável. O entendimento do NCCP é que sim, ela é imutável, quer dizer, resolvido o mérito do incidente, esgota-se a via recursal, produzindo coisa julgada material¹⁶². Ou seja, se não há mais possibilidade de argumentar, se sujeitará somente à ação rescisória (artigo 966¹⁶³).

¹⁵⁸ Atuará o relator como um juiz de primeira instância, cabendo a análise do juízo de admissibilidade do incidente. No caso de positivo, deverá determinar sua anotação, suspender o processo e ordenar a citação. Além de que deverá conduzir a produção de provas, salvo expedição de carta de ordem para juízo de primeira instância (pedido de cooperação, art. 69, CPC).

¹⁵⁹ Art. 136, Parágrafo único: Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno. Art. 932. Incumbe ao relator: VI - decidir o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal;

¹⁶⁰ BUENO, Cássio Scarpinela. *Op.cit.*2017, p. 193.

¹⁶¹ Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões. § 2º Se as questões referidas no § 1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas. § 3º O disposto no caput deste artigo aplica-se mesmo quando as questões mencionadas no art. 1.015 integrem capítulo da sentença.

¹⁶² Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

¹⁶³ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar manifestamente norma jurídica; VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos. § 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado. § 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça: I - nova propositura da demanda; ou II - admissibilidade do recurso correspondente. § 3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão. § 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos

Além da decisão de mérito, é também agravável a decisão que inadmite o incidente. Contudo, demais decisões interlocutórias proferidas no curso do incidente (por exemplo, decisão que indefere produção de prova), serão irrecorríveis, só podendo ser impugnadas com a decisão final do incidente¹⁶⁴.

Por fim, ocorrida a desconsideração da personalidade jurídica, deverá o administrador judicial prosseguir com a arrecadação de bens para pagamento dos credores. É o que se verifica em decisões anteriores¹⁶⁵ ao CPC/2015, ou seja, uma vez desconsiderada a personalidade jurídica e estendido os efeitos ao grupo econômico, por exemplo, não se deve observar a separação patrimonial das pessoas jurídicas, de modo que todos os seus bens se tornaram passíveis de arrecadação.

Além disso, alguns autores defendem que para o procedimento de penhora de bens dos sócios, se faz necessário um processo de conhecimento previamente, de modo que deve provar o pressuposto de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, obter uma sentença condenatória transitada em julgado para, depois, postular a penhora dos bens do patrimônio¹⁶⁶.

Isso porque se pretende a formação do título executivo para depois ser possível a invasão patrimonial. Quer dizer, não é possível a penhora dos bens de uma pessoa, sem um processo regular de conhecimento, com cognição plena, cercada das garantias do contraditório.

termos da lei. § 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. § 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.

¹⁶⁴ CÂMARA, Alexandre *Op.cit.*p. 462

¹⁶⁵ Ementa: FALÊNCIA. EMBARGOS DE TERCEIRO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA QUEBRA. Preliminares de nulidade da sentença, por falta de fundamentação e por cerceamento de defesa, e de prescrição/decadência afastadas. Como consequência da desconsideração da personalidade jurídica e da extensão dos efeitos da falência, tem-se que deixam de ser observadas as regras de separação patrimonial entre as pessoas jurídicas do mesmo grupo econômico, ignorando-as no caso concreto. Com o que, todos os bens se tornam passíveis de arrecadação. Arrecadação e indisponibilidade dos bens que não constituem esbulho na posse ou direito, para os fins do art. 79 do Decreto-Lei nº 7.661/45. Litigância de má-fé afastada. Apelo desprovido. (TJRS, Apelação Cível Nº 70026202150, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leo Lima, Julgado em 25/03/2009)

¹⁶⁶ Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/fosadvocacia/artigos/aspectos-processuais-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica-496> acesso em 26/12/2017.

Ademais, o Código de Processo Civil de 2015 alega ser possível embargos de terceiro¹⁶⁷, pois reconhecida a legitimidade ativa de “quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente faz parte”. Já quanto à boa-fé de eventual terceiro adquirente, pode-se dizer que essa cessa, principalmente quando do artigo 792, §3º: “a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar”¹⁶⁸.

Além disso, é possível também com base no artigo 130 da Lei 11.101/05 a ação revocatória. É o caso verificado em decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS). O Ministério Público ajuizou ação revocatória com pedido de sequestro de bens, uma vez que após a desconsideração da personalidade jurídica da empresa Monibel Indústria e Comércio de Alimentos Ltda., o patrimônio dos sócios e do espólio, foi dilapidado por meio de alienação de bens, e houve prejuízo suportado pela massa falida. A sentença declarou a ineficácia das alienações dos bens, devendo serem devolvidos a massa falida, bem como condenou os demandados a devolver o valor de mercado do bem.

Quanto ao cabimento da revocatória, apesar dos bens não pertencerem à massa falida, podem ser alvo da revocatória, devido à desconsideração da personalidade jurídica da falida, sendo meio adequado para buscar os bens. No caso em apreço¹⁶⁹, verificou-se a ocorrência de fraude nas alienações dos imóveis,

¹⁶⁷ O sócio ou a sociedade (quando desconsideração inversa), que teve seu bem penhorado terá legitimidade para propor embargos de terceiro, quando não instaurado o incidente (art. 674, §2º, III). Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato construtivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro. [...] § 2º Considera-se terceiro, para ajuizamento dos embargos: [...] III - quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte;

¹⁶⁸ BUENO, Cássio Scarpinela. *Op.cit.* 2017, p. 193.

¹⁶⁹ APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL REJEITADO. FALÊNCIA DECRETADA. AÇÃO REVOCATORIA MOVIDA PELO MP. BASEADA NOS ARTIGOS 130 E 135 DA LEI 11.101/05. APÓS ORDEM DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA FALIDA. BENS DOS SÓCIOS. REVOGAÇÃO DE ATOS FRAUDULENTOS. DILAPIDAÇÃO DO PATRIMÔNIO. CONFIRMAÇÃO DOS REQUISITOS: CONLUÍO FRAUDULENTO E EFETIVO PREJUÍZO. JUÍZO DE PROCEDÊNCIA MANTIDO. AGRAVOS RETIDOS. Não conhecidos os agravos retidos, por ausência de previsão legal no atual Código de Processo Civil, e de pedido expresso de apreciação. No entanto, sem prejuízo aos recorrentes, na medida em que a matéria é apreciada em sede de preliminar dos apelos. 1. PRELIMINARES. 1.1. Legitimidade/Representação processual do Ministério Público. A legitimidade ministerial para titularizar pleito declaratório de ineficácia dos atos de alienação fraudulentos decorre expressamente da norma contida no artigo 132 da Lei 11.101/05, sem qualquer exigência de autorização do Procurador Geral de Justiça. 1.2. Cabimento da ação revocatória. A norma contida no artigo 130 da Lei 11.101/05, ao determinar que são revogáveis os atos praticados em conluio fraudulento não reivindica que os bens tenham integrado o acervo empresarial, sobretudo, quando o pleito revocatório

por isso, autorizada a desconsideração da personalidade jurídica, bem como a busca de bens no patrimônio dos sócios, devido a dilapidação no patrimônio privado do casal através de alienação de 11 (onze) bens imóveis, com o intuito de prejudicar os credores.

2.5 SUSPENSÃO DO PROCESSO FALIMENTAR

A grande controvérsia quanto à aplicação do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, está na previsão de suspensão do processo (artigo 134, §3º, do NCP¹⁷⁰). Quer dizer, se a instauração do incidente de desconsideração resultará, ou não, na suspensão do processo principal (processo falimentar), uma vez que não seria ideal que o processo principal seguisse em descompasso com o incidente.

O Código de Processo Civil assim dispõe:

decorre da ordem de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida. 1.3. Nulidade por ausência da massa falida em litisconsórcio ativo. Além de ausência de previsão legal, a massa falida participou do feito, por meio de intimação da administradora judicial para todos os atos. 1.4. Inépcia da petição inicial e incompatibilidade de pedidos. Decorre da simples leitura da exordial promovida pelo Ministério Público, atuante na Comarca de Lajeado, que o pedido revocatório incide sobre os bens particulares dos sócios/gestores, após a ordem de desconsideração da personalidade jurídica da empresa falida, evidenciando a aptidão da inicial. 1.5. Decadência. O prazo legal para ajuizamento da ação revocatória está previsto no artigo 132 da Lei 11.101/05, como sendo trienal a contar do decreto de quebra, restando plenamente atendido quando a ação foi ajuizada em 19/11/2010 e o decreto falencial data de 02/10/2008. 1.6. Ausência de condições da ação. A alegação de o imóvel de matrícula nº 52.218 do CRI de Lajeado, jamais ter pertencido à massa falida, confunde-se com o mérito e como tal será analisada. Registra-se que a busca de bens dos sócios decorre da própria desconsideração da personalidade jurídica, instituto aplicado com a finalidade de corrigir a confusão patrimonial verificada entre os bens da empresa falida e os pertencentes ao patrimônio pessoal dos sócios. 1.7. Sentença extra petita. Desnecessário o pedido nominal de condenação dos demandados, bastando o de ineficácia da alienação dos bens listados. A condenação destes, a pagar à massa falida o valor de mercado do bem não configura o vício de sentença extra petita. 1.8. Inovação recursal. Ainda que por fundamento diverso, restou afastada a alegada necessidade de autorização do Procurador Geral de Justiça, assim como a apontada inadequação da demanda revocatória. Além disso, o apontamento de novos dispositivos legais, dentro do mesmo argumento recursal, não importa em inovação recursal, passível de embasar o reconhecimento de nulidade. AJG. Concedido o benefício da assistência judiciária aos recorrentes do 2º apelo, o espólio do sócio falido e a sócia falida inventariante. 2. Mérito. Presentes os requisitos indicados pelo artigo 130 da Lei 11.101/05, na medida em que demonstrado o conluio fraudulento em todas as alienações de imóveis, cumpre revogar os atos praticados em detrimento da massa falida. 2.1. Conluio fraudulento. Confirmado pela intenção de lesar credores, na conduta dos sócios e gestores da falida, em conluio com os adquirentes dos imóveis. 2.2. Efetivo prejuízo. Decorrente das circunstâncias em que ocorreram as alienações e da considerável diferença entre o passivo declarado e o ativo encontrado. À UNANIMIDADE, NÃO CONHECERAM DOS AGRAVOS RETIDOS E NEGARAM PROVIMENTO AOS APELOS. (Apelação Cível Nº 70073495871, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 23/11/2017)

¹⁷⁰ Art. 134, § 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>

Art.134, § 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

No que se refere a previsão do dispositivo, trata-se de uma *suspensão imprópria*, uma vez que a suspensão¹⁷¹ seria a paralisação total e temporária, ou seja, não seria possível praticar qualquer ato processual (salvo atos urgentes e necessários para evitar dano irreparável). Entretanto, se assim suspenso o processo, haveria um paradoxo: o processo ficaria suspenso até a resolução do incidente, mas esse não poderia se resolver porque o incidente estaria suspenso¹⁷².

É por isso que se fala em suspensão imprópria, pois haverá uma vedação à prática de atos do processo originário, até que se decida o incidente. Quer dizer, enquanto que pendente o incidente, qualquer ato que não lhe diga respeito não poderá ser praticado.

Isto posto, o objetivo da suspensão é impedir que o processo principal prossiga em descompasso com o incidente, que poderá modificar o polo passivo da relação jurídico-processual, incluindo os sócios e/ou administradores da sociedade empresária. De modo que não se praticam os atos do processo original até que se decida sobre a desconsideração da personalidade jurídica¹⁷³.

É o que se verifica em decisão proferida pela 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) que determinou a suspensão do processo principal até a solução do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. O agravo de instrumento interposto defende o prosseguimento da execução, pois não há relação de prejudicialidade entre a execução e o incidente. O Relator Mauro Conti Machado declarou que no que trata de processo executivo que tramita no interesse do credor, a suspensão somente se justifica naquilo que será atingido pela desconsideração.

Desse modo, deve a execução prosseguir em relação ao executado citado, suspendendo apenas os atos executivos relacionados às pessoas alcançadas pela desconsideração. Esse entendimento se relaciona com o princípio da efetividade do processo e instrumentalidade das formas. Além de tudo, salienta que esse é o

¹⁷¹ Art. 314. Durante a suspensão é vedado praticar qualquer ato processual, podendo o juiz, todavia, determinar a realização de atos urgentes a fim de evitar dano irreparável, salvo no caso de arguição de impedimento e de suspeição.

¹⁷² CÂMARA, Alexandre. *Op.cit.* 2016, p. 458-459.

¹⁷³ DE REZENDE, Frederico Antonio Oliveira. Da inaplicabilidade do artigo 134, §3º, do NCPC ao processo falimentar. **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**. v 77, 2017.

entendimento defendido também pela doutrina e encontrado na jurisprudência atual¹⁷⁴.

A doutrina tem entendido que quanto ao disposto no §3º do artigo 134, não deve ser aplicado ao processo de falência. Isso porque, de acordo com o artigo 189 da Lei 11.101/2005, como visto anteriormente, aplica-se o Código de Processo Civil no que couber. Ou seja, só será aplicado o previsto no CPC se compatível com a Lei de Recuperação Judicial e Falência.

O processo de falência não pode parar, isto é, não se admite suspensão ou interrupção. Ele é versado pela necessidade de se preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos, inclusive os intangíveis. Devendo atender os princípios da celeridade, da efetividade e da economia processual¹⁷⁵, sob pena de frustrar a liquidação do ativo do devedor.

Destarte, a decretação de falência inicia uma série de atos urgentes e necessários¹⁷⁶ à preservação e reunião dos ativos da massa falida objetiva e imprescindíveis à formação da massa falida subjetiva¹⁷⁷. Sobre esses atos é que se entende que não poderá haver a suspensão do processo, sob pena de trazer prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação aos credores¹⁷⁸.

Nesse sentido, também prevê o artigo 79 da Lei nº 11.101/2005, ao dispor que os processos de falência e seus incidentes preferem a todos os outros na ordem dos feitos, em qualquer instância. Ou seja, o sistema afasta a regra de suspensão do processo prevista no NCPC¹⁷⁹.

¹⁷⁴ Desconsideração da personalidade jurídica. Suspensão da execução. Art. 134, §3º, do atual CPC. Suspensão que deve referir apenas aos atos que dependam de solução no incidente, com a finalidade de garantir o prévio contraditório à desconsideração da personalidade jurídica. Possibilidade, contudo, de se prosseguir os atos executivos em relação ao devedor citado. Recurso a que se dá provimento. (TJSP; Agravo de Instrumento 2157 120-82. 2017.8.26. 0000; Relator (a): Mauro Conti Machado; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 17ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/11/2017; Data de Registro: 30/11/2017)

¹⁷⁵ Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.

¹⁷⁶ São alguns dos atos urgentes e necessários no processo falimentar que não podem ser suspensos: habilitações, impugnações, arrecadação, avaliação e alienação de bens e prestações de contas.

¹⁷⁷ “A massa falida subjetiva é o sujeito de direito despersonalizado voltado à defesa dos interesses gerais dos credores de uma sociedade empresária falida.” (COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, v.3: direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 242)

¹⁷⁸ DE REZENDE, Frederico Antonio Oliveira. *Op.cit.* Vol 77/2017.

¹⁷⁹ CAMPINHO, Sérgio. O novo regime jurídico do recurso de agravo e os processos disciplinados na Lei nº 11.101/05. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). **Dez anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência**. São Paulo: Almedina, 2015. P. 160.

Assim também defende Rodrigo Tellechea, Luis Felipe Spinelli e João Pedro Scalzilli¹⁸⁰ ao referir que a suspensão do processo prevista no CPC não é compatível com a falência - ainda que considerada execução coletiva.

Além disso, quando falamos de processo falimentar, não há um contencioso, há em realidade uma conjugação de esforços de todas as partes e órgãos objetivando a preservação a maximização do valor dos ativos. Por isso, eventual suspensão, interrupção ou procrastinação implica prejuízos à efetividade do processo¹⁸¹.

Dessa relação evidenciada acima de conjugação de esforços, se percebe que não haveria como se modificar o polo passivo da relação jurídico-processual. Com isso, não há razão para a suspensão do processo falimentar, visto que não acontecerá a alteração no polo passivo, não existindo justificativa do receio de se manter o processo principal quando da instauração do incidente.

¹⁸⁰ TELLECHEA, Rodrigo; SPINELLI, Luis Felipe; SCALZILLI, João Pedro. *Op.cit.* 2017.

¹⁸¹ DE REZENDE, Frederico Antonio Oliveira. *Op.cit.* Vol 77/2017.

CONCLUSÃO

Neste trabalho pretendeu-se averiguar a aplicação teoria da desconsideração da personalidade jurídica em processo falimentar. Mais especificamente buscou-se compreender as condições materiais para a desconsideração, com base na previsão do artigo 50 do Código Civil, e às condições processuais, de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, e o modo como ambos serão adaptados para utilização na Lei de Recuperação Judicial e Falência (Lei 11.101/2005).

Primeiramente, se fez necessário fazer uma breve diferenciação entre os tipos de responsabilidade societária no cenário brasileiro, bem como abordar a importância da função social das empresas e dos deveres do empresário que devem ser seguidos para o empreendedorismo. Isso posto, verifica-se a necessidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica como forma de evitar fraudes e abusos cometidos com o uso da pessoa jurídica, a fim de responsabilizar pessoalmente os sócios.

Desta forma, devido à unificação das obrigações civis e mercantis, se utiliza o Código Civil como base jurídica ao Direito Empresarial. Em face disto, premete o uso da personalidade jurídica da pessoa jurídica para fins estranhos à persecução dos fins sociais. O Código Civil de 2002 previu a utilização da desconsideração da personalidade jurídica nas hipóteses de desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Outrossim, faz-se necessário analisar as condições que podem levar à aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, como o desvio de finalidade, o abuso de direito, a confusão patrimonial e a fraude. Não obstante as condições mencionadas, ressalta-se que, além dessas, é imprescindível a insuficiência de patrimônio da pessoa jurídica como, requisito objetivo para a utilização da desconsideração.

Por conseguinte, necessária é a distinção entre a desconsideração e a extensão dos efeitos da falência, apesar da primeira também poder ser consequência da segunda, a fim de compreender a aplicação do instituto em processo falimentar.

A extensão dos efeitos da falência, em geral, está relacionada ao descumprimento dos deveres empresariais, bem como da confusão patrimonial num grupo societário. Ao passo que a desconsideração da personalidade jurídica é uma

forma de adequar a pessoa jurídica aos seus fins, à atividade empresarial, bem como evitar a utilização da sociedade para o fim de prejudicar terceiros.

Contudo, a Lei 11.101/2005 é omissa quanto à desconsideração em processo falimentar, assim, para isso se faz necessário o uso subsidiário do Código de Processo Civil. Por isso, analisou-se o procedimento estabelecido no Novo Código de Processo Civil, o Instituto de Desconsideração da Personalidade Jurídica.

A instituição desse incidente procura garantir o respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, visto que é necessário que haja um debate sobre os elementos trazidos ao processo. Outrossim, apesar de não haver previsão expressa, já há entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o incidente poderá ser instaurado em processo falimentar, contudo, deverá ser adaptado em algumas situações.

Assim, uma vez que o incidente busca expropriar os bens do devedor para que se garanta a execução coletiva de credores, deve-se saber quem tem legitimidade para propor o incidente. Neste caso, poderá ser instaurado pelo Ministério Público, pela massa falida (credores) ou pelo administrador judicial (síndico).

Quanto à instauração do incidente, uma das questões mais recorrentes seria da necessidade ou não de ação autônoma. Porém, antes mesmo do Código de Processo Civil instituir, já estava pacificado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, da instauração do processo como incidente e não como ação autônoma.

Cabe ainda ressaltar a possibilidade da desconsideração inversa da personalidade jurídica, ou seja, quando a sociedade responderá com seu patrimônio por dívidas do sócio, o que geralmente ocorrerá quando houver fraude patrimonial.

Além disso, deve haver o preenchimento dos pressupostos legais para que a desconsideração da personalidade jurídica seja postulada, isto é, seja requerida com base em hipóteses materiais previstas – fraude, abuso de direito, confusão patrimonial e desvio de finalidade.

Ao longo do procedimento do incidente também deve-se atentar ao respeito quanto aos prazos previstos, como para a produção de provas. Quanto à citação ao incidente, é possível perceber que apesar da garantia do devido processo legal, a jurisprudência tem dispensado a citação dos sócios, uma vez que, em geral, o incidente será instaurado em meio ao processo, tendo conhecimento de tudo o que será averiguado.

Dos recursos ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica, caberá aquele correspondente ao grau de instrução que foi decidido. Ainda, percebe-se a possibilidade de concessão de tutela de urgência para apreensão do patrimônio penhorável do responsável, como garantia ao credor.

Diante disso, se procedente a desconsideração entende-se cabíveis dois possíveis efeitos: a extensão ao responsável devedor ou a ineficácia dos atos de alienação ou oneração de bens, sendo então necessários os requisitos da fraude de execução.

Por fim, o grande diferencial que se verá quando da aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, é que quando em processo falimentar, não será cabível a suspensão do processo principal. Uma vez que o processo falimentar possui atos urgentes e necessários a evitar danos irreparáveis, desse modo o incidente é impróprio à suspensão do processo falimentar.

A partir disso, se faz necessário retomar aos bens jurídicos em conflitos salientados no início do trabalho: o uso da desconsideração da personalidade jurídica e o empreendedorismo. Uma vez que a sociedade vive em constante evolução se faz necessária a criação de novos instrumentos para proteger as relações existentes.

Desse modo, enquanto a personalidade jurídica visa separar o patrimônio da pessoa jurídica do da pessoa física, de modo a contribuir para o empreendedorismo em nosso país, garantindo segurança jurídica aos empresários, a desconsideração da personalidade jurídica visa evitar o mau uso da pessoa jurídica, o que quando acontece gera uma má impressão aos credores, de modo a dificultar o interesse dos credores em fazer negócios. Destaca-se que o mau uso da pessoa jurídica causa prejuízo ao empreendedorismo do país.

Em razão disso, é necessário haver um cuidado com o uso da desconsideração da personalidade jurídica, pois seu uso desenfreado pode dificultar e prejudicar a atividade empresarial, uma vez que os credores terão receio em contratar. No caso ainda das sociedades que já se encontram em processo falimentar, tornam-se ainda mais sensível à situação, visto que essas já estão em condições vulneráveis, de modo que a desconsideração poderá apenas gerar um maior prejuízo aos sócios e à sociedade envolvida.

Ainda, a aplicação da teoria da desconsideração não pode acarretar, em termos práticos, a extinção do instituto da pessoa jurídica. O que deve ocorrer é,

especificamente, sua desconsideração para um determinado fim e não sua desconsideração total. De mesmo modo, também é errado desconsiderar a personalidade jurídicas das empresas como modo de apurar fraudes. Destaca-se que não se deve extinguir a pessoa jurídica para depois verificar se era necessário fazê-lo, pois na maioria das vezes, se perceberá que não era.

Por fim, percebe-se que uma vez que a Lei de Recuperação Judicial e Falência não prevê a desconsideração da personalidade jurídica, cabe ao Código de Processo Civil subsidiariamente a aplicação do incidente atualmente previsto. Porém, apesar dessa complementação se faz necessária algumas adaptações para que não haja contradição com o procedimento do processo falimentar, como por exemplo, a impossibilidade de suspensão do processo de falência.

Em termos práticos, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica conforme o Incidente disposto no Código de Processo Civil, permite aferir somente que este deve ser interposto como incidente no processo falimentar pelo Ministério Público, pela massa falida e pelo administrador judicial, conquanto estejam preenchidos os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica. Outrossim, desprezando a citação dos sócios quanto à sua interposição, admite inclusive a concessão de tutela de urgência para apreensão do patrimônio penhorável do responsável. Não obstante, verifica-se a inadmissibilidade da suspensão do processo falimentar premente o Incidente, em face da cogente necessidade de preservação da empresa e de seus ativos a fim de que a liquidação da sociedade não seja frustrada e os credores não sejam prejudicados.

Destarte, se faz necessário maiores estudos e análises quanto ao assunto, pois se verifica que a doutrina tem entendimentos divergentes, como também não é encontrada uniformidade na jurisprudência, visto que o que existe são decisões casuísticas, que não poder ser aplicadas a todos os casos. Desse modo, isto somente, dificulta a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no processo falimentar. Por isso, é preciso um maior aprimoramento do ordenamento jurídico brasileiro quanto ao estudo do direito falimentar e processual civil.

REFERÊNCIAS

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo Código Civil**. MP, 2005.

ANDRADE JR, Mozart Vilela. A Desconsideração da personalidade jurídica para fins de responsabilidade: uma visão dualista de disregard doctrine. **Revista de Processo**, v. 252, fev, 2016, p. 59-77.

ANTUNES, Oswaldo Moreira. **Aplicação da Desconsideração da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Letras Jurídica, 2013.

AWAZU, Luís Alberto de Fischer. Recuperação Judicial e Falência: algumas das possíveis consequências para os sócios das empresas afetadas. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. V. 68, p. 181-193, 2015.

BATISTA, Mirian Gomes Canavarro. **Desconsideração da Personalidade Jurídica na Falência**. Disponível em: < <http://revistasapereaude.org/index.php/edicoes/ano-5-volume-1-agosto-2016>> . Acesso em: 19/12/2017.

BENSAL, Bruno Marques. Atividade empresarial e desconsideração da personalidade jurídica: limites lógicos e custos de transação. **Revista dos Tribunais**, v. 7, 8 e 9, 2014, p. 229-252.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada: lei 11.101/2005, comentada artigo por artigo**. 10 ed. rev., atual. e ampl.. Revista dos Tribunais, 2014.

BIANQUI, Pedro Henrique Torres. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BLOK, Marcella. Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. V. 59, p. 91 – 167, 2013.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **As origens doutrinárias e a interpretação da função social dos contratos no Código Civil Brasileiro**. Porto Alegre: UFRGS, 2006. 407 f. Tese de Doutorado - Fac. de Direito, UFRGS, Porto Alegre, 2006.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Primeiras observações sobre os efeitos da unificação das obrigações civis e mercantis no regime da liberdade contratual. **Direito e Democracia**, v. 9, n. 2, 2016.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; FONSECA, José Bráulio Petry. Critérios distintivos da responsabilidade dos administradores das sociedades por ações no processo de falência. In: LUPION, Ricardo. (Org.). **40 anos da lei das sociedades anônimas: inovações, desafios e perspectivas**. Porto Alegre: Fi, 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. **Dez anos da lei n.º 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência**. São Paulo: Almedina, 2015.

COELHO, Fabio Ulhoa. A teoria maior e a teoria menor da desconsideração. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. V. 65, p. 21 – 30, 2014.

COELHO, Fabio Ulhoa. **A Sociedade Limitada no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DA SILVA, Leonardo Toledo. **Abuso da desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014.

DE MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DE OLIVEIRA, José Lamartine Correia. **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

DE REZENDE, Frederico Antonio Oliveir. Da inaplicabilidade do artigo 134, § 3º, do NCPC ao Processo Falimentar. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. V. 77/2017. p. 207-216, jul-set/2017.

DEQUECH, Luciano. **A desconsideração da Personalidade Jurídica. Questões Controvertidas – Parte Geral do Código Civil**. Série Grandes Temas de Direito Privado, v. 6. São Paulo: Método, 2007.

DIDIER JR, Fredie. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual. Salvador: JusPODIVM, 2006.

DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. Da aplicabilidade do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica do CPC/2015 no Processo de Falência. **Evocati Revista**, Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=650. Acesso em: 19/12/2017.

FILHO, Carlos Alberto Bittar. A responsabilização tributária dos sócios na hipótese de falência da sociedade. **Revista dos Tribunais**. V. 757, p. 89-92, 1998.

FONSECA, José Bráulio Petry. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica: Teoria maior no Código Civil e no Projeto de Código Comercial**. UFRGS, 2017.

FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. A desconsideração da personalidade jurídica no projeto do novo código comercial: contextualização e perspectivas. **Revista de Processo**, v. 243, p. 365-388, 2015.

FRIGERI, Márcia Regina. A responsabilidade dos sócios e administradores, e a desconsideração da pessoa jurídica. **Revista dos Tribunais**. v. 739, p. 53-69, Maio/1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, V. 1: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine) e os Grupos de Empresas**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Soluções Práticas – Marinoni, v. 2, p. 319 – 357, out/2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista FGV**. V.1, nº 1, p. 41- 66, maio/2005.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MORAES, Luiza Rangel de. Considerações sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação na apuração de responsabilidades dos sócios e administradores de sociedades limitadas e anônimas. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 25, 2004.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. **Desconstruindo a desconsideração da Personalidade Jurídica**. (s.c.): Quartier Latin do Brasil, 2007.

OIOLI, Erik Frederico. A Extensão dos efeitos da Falência e a Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro – Análise de Caso. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. V. 4, 2017.

PARENTONI, Leonardo Netto. **Desconsideração contemporânea da personalidade jurídica: dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira (jurimetria/empirical legal studies)**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

PERÍN JUNIOR, Écio. **Preservação da empresa na lei de falências**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIVA, Luciano Zordan. **Os deveres empresariais na crise econômico-financeira do empresário**. Porto Alegre: UFRGS, 2015. 90 f. Monografia de conclusão de curso - Fac. de Direito, UFRGS, Porto Alegre, 2015.

PIVA, L. Z.; BRANCO, G. L. C.. Primeiras linhas sobre uma crítica: possibilidade de reabilitação do empresário falido em comparação com o Discharge norte-americano. In: GARCIA, Ricardo Lupion (Org.). **10 anos da lei de falências e recuperação judicial de empresas: inovações, desafios e perspectivas**. (s.c.): FI, 2016, v. 1, p. 11-437.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 803, p. 751-764, set. 2002.

RODRIGUES, Lucas Tadeu Prado. A Perda da Personalidade Jurídica na Falência. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. 2016. Vol. 72, p. 227-247.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005. **São Paulo: Almedina**, 2016.

SCALZILLI, João Pedro. **Confusão Patrimonial no Direito Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SILVA, Antonio Paulo C. O. Considerações gerais (e complementares) às disposições penais da lei de recuperação de empresas e falências. **Revista dos Tribunais**, v. 872, 2008.

SOUZA, André Pagani de. **Desconsideração da Personalidade Jurídica - aspectos processuais**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SZTAJN, Rachel. **Sobre a desconsideração da personalidade jurídica**. Doutrinas Essenciais de Direito Civil, v. 3, 2010.

TELLECHEA, Rodrigo; SPINELLI, Luis Felipe; SCALZILLI, João Pedro. Apontamentos sobre a aplicação do Novo CPC À LREF. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, v. 4/2017, abr-jun/2017.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A desconsideração da personalidade jurídica na falência. **Revista de Direito Mercantil**, v. 134, abr/jun. 2004.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. **Comentários à Lei de Recuperação de empresas e falências**. 5 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**, v. 3. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial: teoria geral das sociedades: as sociedades em espécie do Código Civil**. São Paulo: Malheiros, v. 2, 2006.

VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a Lei n. 11.101/05**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WEIBLEN, Fabrício Pinto. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade dos sócios no processo falimentar. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. v. 3, n. 2, p. 18/36, Jun 2008,.