

A desconsideração da personalidade jurídica e o novo Código de Processo Civil

Por Eduardo Borges de Freitas

Introdução

O presente trabalho propõe uma avaliação da crise da limitação da responsabilidade dos sócios diante da personalidade jurídica das sociedades empresárias. Tecem-se inicialmente alguns comentários sobre a personalidade jurídica e a proteção do patrimônio pessoal dos sócios, com suas características e as razões para ter sido adotado um sistema de proteção da pessoa física.

Em seguida, adentra-se no conceito de desconsideração da personalidade jurídica e sua utilização para imputação de responsabilidade aos sócios. Nesse tópico, destaca-se a importância do instituto da desconsideração, quando bem utilizado e aplicado criteriosamente, sem excessos.

Também será abordado o intuito da lei ao possibilitar a responsabilização dos sócios, evitando a concretização de fraudes e o desequilíbrio excessivo nas relações contratuais. Posteriormente, são citados os dispositivos legais que autorizam a responsabilização dos sócios em vários ramos do direito, como o trabalhista, o ambiental, o das relações de consumo, o tributário, o de falências, etc. Dentre esses dispositivos, merece maior atenção o art. 50 do Código Civil, por ser a norma mais utilizada, que pode ser aplicada a qualquer situação que se enquadre nos requisitos ali dispostos.

Por fim, são analisados os dispositivos que tratam da desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que entrou em vigor em março de 2016.

I) A desconsideração da personalidade jurídica

Na grande maioria dos tipos societários existentes no direito brasileiro, os sócios da pessoa jurídica têm seu patrimônio pessoal protegido em relação às dívidas contraídas e não pagas por esta pessoa jurídica.

5 A desconsideração da personalidade jurídica e o novo Código de Processo Civil

A limitação da responsabilidade do sócio, com a proteção do seu patrimônio pessoal frente aos débitos inadimplidos da sociedade, foi criada para incentivar o desenvolvimento da atividade comercial e industrial. E, tendo em vista que uma das principais vantagens da constituição de uma sociedade empresária é justamente proteger o patrimônio pessoal dos sócios em relação às dívidas da sociedade; por que, então, a lei tipificou situações em que haverá a imputação de responsabilidade aos sócios, com o consequente redirecionamento das dívidas da sociedade para o seu patrimônio pessoal?

O objetivo principal é proteger os credores da sociedade empresária contra empresários que possam, justamente, se valer da limitação da responsabilidade para fraudar terceiros, obter vantagens indevidas, agir com abuso de direito etc.

Fábio Ulhoa Coelho, em seu *Curso de Direito Comercial*,¹ assevera que, a pretexto do princípio da autonomia patrimonial, as sociedades empresárias podem ser utilizadas como instrumento para realização de fraude. Nesses casos, a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade visa a corrigir a fraude ou abuso.

A fraude contra credores é caracterizada quando um devedor está insolvente ou na iminência da insolvência e começa a praticar atos de alienação de seu patrimônio, sem reservar bens suficientes para satisfação de seus credores. Nesse sentido, a responsabilização dos sócios tem o intuito de reestabelecer o equilíbrio na relação, onde houve abuso de direito na atuação da empresa.

Surge daí o tema, bastante controvertido, é verdade, da desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se de instituto pelo qual a pessoa física, sócia da pessoa jurídica, é responsabilizada pelas dívidas inadimplidas da pessoa jurídica. É o patrimônio pessoal dos sócios, também, que vai responder pelas dívidas da empresa.

A desconsideração é um mecanismo jurídico que arreda, momentaneamente, a separação existente entre o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio de seus sócios. Isso faz com que o patrimônio dos sócios responda por dívidas contraídas pela sociedade. É imputar ao sócio a responsabilidade pelo ato da pessoa jurídica, como se esta não existisse.

¹COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 2: Direito de empresa. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34.

5 A desconsideração da personalidade jurídica e o novo Código de Processo Civil

De acordo com a teoria da desconsideração, na lição de Fabio Ulhoa Coelho, "pela teoria da desconsideração, o juiz pode deixar de aplicar as regras de separação patrimonial entre sociedade e sócios, ignorando a existência da pessoa jurídica num caso concreto, porque é necessário coibir a fraude perpetrada graças à manipulação de tais regras".² Todavia, o autor ressalta que "a decisão judicial que desconsidera a personalidade jurídica da sociedade não desfaz o seu ato constitutivo, não o invalida, nem importa a sua dissolução. Trata, apenas e rigorosamente, de suspensão episódica de eficácia desse ato".³

Ademais, é preciso assinalar que o mecanismo da desconsideração pode assumir diferentes graus de intensidade. Nesse sentido, Domingos Afonso Kriger Filho, no artigo "Aspectos da desconsideração da personalidade societária na lei do consumidor", faz uma importante observação quanto ao escalonamento da intensidade da desconsideração da personalidade jurídica, que iria do grau máximo ao mínimo⁴. Grau máximo, quando os atos e relações jurídicas são imputados diretamente aos sócios; grau médio, quando não se ignora a existência da sociedade, mas chama-se o sócio para compartilhar a sua posição jurídica; e grau mínimo, quando o sócio e a sociedade têm responsabilidade subsidiária, um em relação ao outro, pelos atos praticados.

Para que ocorra a desconsideração, de regra, devem estar configurados alguns requisitos previstos na legislação, conforme trataremos detalhadamente mais adiante.

Ocorre que, a despeito disso, há decisões que determinam a desconsideração da personalidade jurídica pelo simples fato de a empresa ter sido encerrada de forma irregular. Quanto a esse tipo de desconsideração, José Rogério Cruz e Tucci faz um alerta e afirma que "muitas decisões surpreendem o jurisdicionado com a submissão, inaudita altera parte, de seu patrimônio para garantir execução movida contra a sociedade".⁵

.....

²*Ibidem*, p. 42.

³*Ibidem*.

⁴NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Responsabilidade Civil*. Vol. 3 - Direito de empresa e o exercício da livre iniciativa. São Paulo: RT, 2010, p. 990-991.

⁵TUCCI, José Rogério Cruz e. "Finalmente a definição da desconsideração da personalidade jurídica no STJ". *Consultor Jurídico*. Artigo publicado em 24/02/2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-24/paradoxo-corte-definicao-desconsideracao-personalidade-juridica-stj>. Acesso em 05/03/2015.

5 A desconsideração da personalidade jurídica e o novo Código de Processo Civil

A decisão à qual se refere José Rogério Cruz e Tucci foi proferida no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.306.553-SC, pela Segunda Seção do STJ. O recurso foi julgado no dia 10 de dezembro de 2014.

Vejamos a ementa do julgado:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ARTIGO 50, DO CC. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES OU DISSOLUÇÃO IRREGULARES DA SOCIEDADE. INSUFICIÊNCIA. DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. DOLO. NECESSIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ACOLHIMENTO.

1. A criação teórica da pessoa jurídica foi avanço que permitiu o desenvolvimento da atividade econômica, ensejando a limitação dos riscos do empreendedor ao patrimônio destacado para tal fim. Abusos no uso da personalidade jurídica justificaram, em lenta evolução jurisprudencial, posteriormente incorporada ao direito positivo brasileiro, a tipificação de hipóteses em que se autoriza o levantamento do véu da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios que dela dolosamente se prevaleceram para finalidades ilícitas. Tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade institucional ou a confusão patrimonial.

2. O encerramento das atividades ou dissolução, ainda que irregulares, da sociedade não são causas, por si só, para a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do Código Civil.

3. Embargos de divergência acolhidos.

Ao proferir o voto condutor do julgado, a Ministra Maria Isabel Gallotti é bastante clara:

Para a aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade social, exige-se o dolo das pessoas naturais que estão por trás da sociedade, desvirtuando-lhe os fins institucionais e servindo-se os sócios ou administradores desta para lesar credores ou terceiros. É a intenção ilícita e fraudulenta, portanto, que autoriza, nos termos da teoria adotada pelo Código Civil, a aplicação do instituto em comento.

(...)

Assim, a ausência de intuito fraudulento ou confusão patrimonial afasta o cabimento da desconsideração da personalidade jurídica, ao menos quando se tem o Código Civil como o microsistema legislativo norteador do instituto, a afastar a simples hipótese de encerramento ou dissolução irregular da sociedade como causa bastante para a aplicação do disregard doctrine.

(...)

Não se quer dizer com isso que o encerramento da sociedade jamais será causa de desconsideração de sua personalidade, mas que somente o será quando sua dissolução ou inatividade irregulares tenham o fim de fraudar a lei, com o desvirtuamento da finalidade institucional ou confusão patrimonial.

(...)

Em síntese, a criação teórica da pessoa jurídica foi avanço que permitiu o desenvolvimento da atividade econômica, ensejando a limitação dos riscos do empreendedor ao patrimônio destacado para tal fim. Abusos no uso da personalidade jurídica justificaram, em lenta evolução jurisprudencial, posteriormente incorporada ao direito positivo brasileiro, a tipificação de hipóteses em que se autoriza o levantamento do véu da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios que dela dolosamente se prevaleceram para lesar credores. Tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido mero instrumento para fins fraudulentos por aqueles que a idealizaram, valendo-se dela para encobrir os ilícitos que propugnaram seus sócios ou administradores. Entendimento diverso conduziria, no limite, em termos práticos, ao fim da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, ou seja, regresso histórico incompatível com a segurança jurídica e com o vigor da atividade econômica.

Referida decisão do STJ é bastante coerente, uma vez que não há, na legislação que norteia a matéria, qualquer menção à hipótese de se desconsiderar a personalidade jurídica pelo simples fato do encerramento irregular da sociedade.

5 A desconsideração da personalidade jurídica e o novo Código de Processo Civil

Ademais, o encerramento irregular é bastante comum em empresas e sociedades, uma vez que não se pode fazer o encerramento da empresa enquanto pendentes dívidas tributárias, por exemplo.

Ao proferir referida decisão, o Superior Tribunal de Justiça aplicou a Teoria Maior da desconsideração, que é aquela que exige a comprovação do dolo, ou seja, do intuito fraudulento da pessoa natural ao utilizar-se da empresa para lesar terceiros. Essa teoria é a regra geral prevista no art. 50 do Código Civil.

Já a Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica é aquela que entende que a mera insolvência da pessoa jurídica já seria suficiente para a desconsideração. Com base nessa teoria é muito mais fácil obtê-la. Basta que a existência da personalidade jurídica seja um obstáculo para reparar o dano causado. Ela está claramente prevista no art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor e na Lei nº 9.605/98, que trata dos crimes ambientais. Referidos dispositivos legais serão tratados de forma mais específica mais adiante.

Ao afirmar a necessidade de se garantir o devido processo legal e a ampla defesa aos sócios da pessoa jurídica, José Rogério Cruz e Tucci afirma que "para evitar decisões precipitadas atinentes à desconsideração da personalidade jurídica, na grande maioria das vezes sem ouvir o sócio que sofrerá os efeitos prejudiciais da execução sobre seu patrimônio, o recém aprovado CPC preconiza, no artigo 9º, que: Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida⁶". Daí que o Novo Código contempla o denominado "incidente de desconsideração da personalidade jurídica", conforme trataremos mais adiante.

Ultrapassada essa primeira parte, passaremos a analisar os dispositivos da legislação brasileira que trazem a previsão de responsabilização dos sócios da pessoa jurídica.

II) Dispositivos legais que autorizam a responsabilização dos sócios da pessoa jurídica

A previsão de responsabilização dos sócios da pessoa jurídica no Código Civil está disposta em seu art. 50⁷. Tal dispositivo elenca as situações em que o juiz "poderá" aplicar a responsabilização. Destaca-se a palavra "poderá", porque o juiz não

.....
⁶TUCCI, José Rogério Cruz e. "Finalmente a definição da desconsideração da personalidade jurídica no STJ", *op. cit.*

⁷Art. 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.

5 A desconsideração da personalidade jurídica e o novo Código de Processo Civil

está obrigado a proceder com a responsabilização da pessoa do sócio. Da mesma forma, o dispositivo legal diz que a responsabilização deve se dar “a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo”, ou seja, não pode ocorrer de ofício.

Ocorre que, apesar de a Lei determinar claramente que o juiz só poderá decidir pela responsabilização dos sócios “a requerimento da parte, ou do Ministério Público”, muitos juízes têm procedido na responsabilização dos sócios de ofício, principalmente na esfera trabalhista, o que é um grave equívoco. É mais um caso clássico de realização de justiça social com o patrimônio alheio.

É importante, também, destacar que tal artigo dispõe sobre a possibilidade de o juiz imputar ao sócio a responsabilidade pelo pagamento de obrigações inadimplidas pela empresa. O artigo não menciona a palavra “desconsideração”, imagina-se, justamente para deixar claro que os dois institutos não se confundem.

O artigo é bastante claro ao estabelecer, também, que deverão estar configurados o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. O desvio de finalidade se caracteriza quando a pessoa jurídica se põe a praticar atos ilícitos ou incompatíveis com sua atividade, bem como se sua atividade favorece o enriquecimento de seus sócios em contrapartida ao prejuízo econômico da sociedade⁸. Já a confusão patrimonial se dá quando os sócios fazem confusão entre os seus bens pessoais e os da sociedade, não dando importância à separação patrimonial estabelecida formalmente pela legislação.⁹

A sociedade deve manter relações jurídicas próprias, que não devem se confundir com as relações dos sócios, do administrador ou, mesmo, de outras entidades com as quais sejam definidas relações de fato ou de direito.¹⁰

O Superior Tribunal de Justiça tem sido cauteloso ao aplicar a desconsideração da personalidade jurídica, de modo a verificar se realmente estão presentes os requisitos dispostos no art. 50 do Código Civil.

⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 267.

⁹ XAVIER, José Tadeu Neves. “A Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Novo Código Civil”. *Revista de Direito Privado*, vol. 10, 2002, RT, p. 69.

¹⁰ MAMEDE, Gladston, MAMEDE, Eduarda Cotta. *Blindagem Patrimonial e Planejamento Jurídico*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 32.

Exemplo dessa cautela foi manifestado no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.500.103/SC.¹¹

Outro dispositivo legal que prevê a possibilidade de responsabilização dos sócios, com seu patrimônio pessoal, pelas dívidas da empresa falida é a Lei de Falências (Lei nº 11.101/05). Referida possibilidade está prevista em seu art. 82.¹²

A Lei estabelece que a responsabilidade pessoal dos sócios, administradores e controladores será apurada no próprio juízo onde se processou a falência e a ação de responsabilização prescreverá em 02 (dois) anos contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência.

A Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76) traz a hipótese de responsabilização do administrador de uma sociedade por ações, em seu art. 158¹³, quando este proceder com culpa ou dolo, ou infração da lei e do estatuto.

.....

¹¹PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ARTIGO 50, DO CC. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES OU DISSOLUÇÃO IRREGULARES DA SOCIEDADE. INSUFICIÊNCIA. DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ÔBICE DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que a desconsideração da personalidade jurídica prevista no artigo 50 do Código Civil trata-se de regra de exceção, de restrição ao Princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Assim, a Interpretação que melhor se coaduna com esse dispositivo legal é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade institucional ou a confusão patrimonial. 2. Dessa forma, o encerramento das atividades ou dissolução, ainda que irregulares, da sociedade não são causas, por si só, para a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do artigo 50 do Código Civil. Precedentes. 3. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial". (Súmula 7/STJ). 4. Agravo regimental não provido. (Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.500.103/SC, Segunda Turma do STJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 14/04/2015).

¹²Art. 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.

¹³Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.

§ 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembléia-geral.

§ 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

§ 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.

§ 4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembléia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável.

§ 5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.

5 A desconsideração da personalidade jurídica e o novo Código de Processo Civil

Tratando-se de Sociedade Anônima, é importante ressaltar que o simples acionista, muitas vezes sem sequer direito a voto, ou até com direito a voto, mas sem qualquer possibilidade de impor restrições aos órgãos diretivos da companhia, jamais poderá ser atingido pela desconsideração.¹⁴

Dentre tantas possibilidades de responsabilização dos sócios pelos débitos da empresa, não se poderia imaginar que o Fisco ficaria de fora do rol dos beneficiados com essa responsabilização.

É nesse sentido que o Código Tributário Nacional traz essa previsão em seus arts. 134 e 135.¹⁵ Conhecendo-se toda a aptidão arrecadatória do Estado, não poderia se imaginar que o Fisco não fosse tentar encontrar alguém para pagar a conta.

Apesar de o caput do art. 134 do CTN afirmar que a responsabilidade do sócio seria solidária, o entendimento que mais se aproxima da realidade é o de que a responsabilidade, na verdade, é subsidiária. Isso porque o próprio artigo afirma que o sócio só será responsabilizado nos casos de impossibilidade de cobrança do contribuinte.

Lamentavelmente, os tribunais têm dado uma interpretação muito abrangente ao termo "infração à lei" constante no art. 135 do CTN. Segundo tal entendimento, sempre que não houver o pagamento do tributo haverá uma infração à lei, ou seja, sempre seria possível responsabilizar pessoalmente os administradores da empresa.

Entretanto, felizmente, em julgamento de Recurso Repetitivo (Recurso Especial nº 1.101.728/SP, julgado em 11/03/2009), o Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que a simples falta de pagamento do tributo não é suficiente, por si só, para atribuir a responsabilidade ao sócio, nos termos do que prevê o art. 135 do Código Tributário Nacional.

.....
¹⁴ALMEIDA, Amador Paes de. *Execução de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência)*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 62.

¹⁵Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;

II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;

VI - os tabelães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

5 A desconsideração da personalidade jurídica e o novo Código de Processo Civil

Apesar de esse entendimento estar pacificado no STJ, o sócio não deixará de ter bastante dificuldade em sua defesa. Isso porque o grande problema do debate judicial acerca dessas questões consiste na inversão do ônus da prova da culpabilidade do sócio ou administrador. Incumbe a ele provar que não está caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN.

Na mesma esteira das outras leis, a Lei Antitruste (Lei nº 12.529/11), em seu art. 34¹⁶, também passou a prever especificamente a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica ao responsável por infração à ordem econômica.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) traz a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em seu art. 28¹⁷.

Protecionista como é (e ele nasceu para isso!), não se esperaria outra coisa do CDC senão outorgar todas as possibilidades para que o consumidor lesado pudesse pleitear sua reparação.

Apesar de o inciso VIII do art. 6º do CDC prever a possibilidade de inversão do ônus da prova, não é o simples requerimento do consumidor que fará com que a personalidade jurídica seja desconsiderada. O consumidor deverá demonstrar relevantes indícios de que houve as situações previstas no art. 28.

A Consolidação das Leis do Trabalho, que assim como o Código de Defesa do Consumidor, tem o nítido intuito de proteger o "mais fraco", também traz dispositivos que possibilitam a desconsideração da personalidade jurídica da empresa e a imputação de suas responsabilidades a outras empresas integrantes do mesmo grupo econômico. Tal regra está prevista no art. 2º, § 2º, da CLT.

.....
¹⁶Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

¹⁷Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 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.

¹⁸Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

(...)

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

5 A desconsideração da personalidade jurídica e o novo Código de Processo Civil

O maior problema, no âmbito trabalhista, é a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica de forma excessivamente abrangente e sem critérios. No caso de grupo econômico, por exemplo, o mínimo critério que deveria haver é a comprovação de que o empregado trabalhou, também, para a empresa que ele quer ver responsabilizada. Todavia, isso sequer é levado em conta na hora de imputar a responsabilidade pelo pagamento dos débitos trabalhistas.

A imputação de responsabilidade, na prática, é a mais abrangente possível. E isso gera enormes prejuízos a empresas saudáveis, que honram com seus compromissos trabalhistas, simplesmente pelo fato de pertencerem ao mesmo conglomerado econômico de uma empresa insolvente.

Seja sob qual fundamento for, o certo é que na Justiça do Trabalho a obtenção da desconsideração da personalidade jurídica é muito mais fácil e provável do que nos demais ramos do direito. Tudo em virtude do princípio da proteção do trabalhador.

A empresa já deve inserir no risco do negócio a possibilidade de arcar com dívidas trabalhistas de outras empresas do mesmo grupo econômico. Trata-se de modalidade de responsabilidade civil extracontratual objetiva: outras empresas do grupo arcam com dívidas trabalhistas de empresa inadimplente, independentemente de terem realizado qualquer ação dolosa ou culposa¹⁹.

Por fim, temos a Lei nº 9.605/98, que foi criada com o objetivo de punir os crimes ambientais. Seu art. 4º dispõe que "poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente".

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem aplicado a desconsideração da personalidade jurídica nos casos de crimes ambientais, em alguns julgados. No julgamento do Agravo de Instrumento nº 70063254916, por exemplo, que foi julgado por decisão monocrática, houve a desconsideração da personalidade jurídica pelo simples fato de ser insolvente a empresa. Na decisão, a relatora ressaltou que "neste caso, está bastante claro que a pessoa jurídica não é capaz de suportar o ressarcimento dos prejuízos causados ao meio ambiente. Todos os indícios dos autos indicam para a liquidação da sociedade empresária e para a inexistência de bens capazes de saldar a dívida deixada. A personalidade jurídica está impedindo o ressarcimento dos prejuízos."²⁰

¹⁹SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil: História, Direito e Economia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 93.

²⁰AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. AMBIENTAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. APLICAÇÃO DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO. ART. 4º DA LEI 9.605/98. DEFERIMENTO. Aplicação da Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica, acolhida no sistema jurídico pátrio no Direito Ambiental e no Direito do Consumidor. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO, DE PLANO". (Agravo de Instrumento nº 70063254916, Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Relatora Des. Marilene Bonzanini, Julgado em 21/01/2015).

Já no julgamento do Agravo de Instrumento nº 70061955266, o TJRS foi mais criterioso, constatando a existência de outros requisitos autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica, fazendo uma análise conjunta da Lei nº 9.605/98 com o art. 50 do Código Civil.²¹

III) O Novo Código de Processo Civil

O Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em março de 2016, trouxe importante inovação em matéria de desconsideração da personalidade jurídica. Ele determina que seja instaurado o contraditório antes de haver a desconsideração.

Trata-se de uma inovação de grande relevância, uma vez que permite ao sócio da empresa exercer seu direito à ampla defesa antes de ter seu patrimônio afetado para responder por dívidas da pessoa jurídica.

A regra está prevista no Capítulo IV do Título III do Livro III do Novo Código de Processo Civil, especificamente nos artigos 133 a 137.²²

.....

²¹AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA. POSSIBILIDADE. PRELIMINAR DE NULIDADE SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES CALCADA NA ILEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA ATUAR NA DEFESA DO AGRAVANTE. AFASTAMENTO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INOCORRÊNCIA. 1. Tendo a Defensoria Pública aceitado o encargo, não cabe, agora, em sede de recurso, simplesmente considerá-lo inexistente ao argumento de que o agravante não se enquadraria na condição de "necessitado", conforme parâmetros definidos pela própria instituição e constantes de seu site. Em suma, cabe a própria instituição, por seus órgãos, definir em que processos irá atuar. Pela mesma razão, tampouco cabe reconhecer deserto o recurso. 2. Hipótese em que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica está calcado no Relatório de Ocorrência Ambiental/Termo Circunstanciado Ambiental no qual consta que a empresa atua sem Licença de Operação (LO), bem como que a licença apresentada está vencida e diz respeito a outro endereço, sendo ainda noticiada a existência, no local, de toras de madeira sem Documento de Origem Florestal (DOF) e sem a indicação da origem. E tais dados são suficientes para caracterizar o desvio de finalidade, na forma do art. 50 do CC e do art. 4º da Lei 9.605/98, mormente porque o dano ambiental repercute em toda a coletividade. 3. Apesar de a tese da parte executada não encontrar fundamento legal, não há caracterização de má-fé, a qual, sabidamente, exige prova ou indícios contundentes de conduta manifestamente maliciosa e temerária, na forma do art. 17 do CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO". (Agravo de Instrumento nº 70061955266, Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Relator Des. Ricardo Torres Hermann, Julgado em 26/11/2014.)

²²Art. 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.

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.

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.

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

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

5 A desconsideração da personalidade jurídica e o novo Código de Processo Civil

Não bastassem esses artigos específicos, o art. 9º do Novo CPC estabelece que "não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida". José Rogério Cruz e Tucci afirma que isso evita decisões precipitadas acerca da desconsideração da personalidade jurídica, que, na grande maioria das vezes, ocorria sem se ouvir o sócio que sofrerá os efeitos prejudiciais da execução sobre seu patrimônio.²³

O Novo CPC disciplina, assim como já era previsto no art. 50 do Código Civil, que a desconsideração da personalidade jurídica não poderá se dar de ofício. Sempre deverá ser precedida de requerimento da parte ou do Ministério Público.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero entendem, todavia, que o juiz não estaria impedido de dar início ao incidente de ofício "sempre que o direito material não exigir a inciativa da parte para essa desconsideração".²⁴ Ressaltam, os autores, que o importante é que seja respeitado o contraditório prévio à desconsideração.

Importante inovação foi a inclusão da previsão da desconsideração inversa, no § 2º do art. 133 do Novo CPC, que é aquela em que a empresa é responsabilizada pelas dívidas da pessoa física do sócio. Como é um instituto utilizado com certa frequência, a desconsideração inversa também necessitava ser positivada.

Ponto interessante, também, é que a instauração do incidente será dispensada quando a desconsideração da personalidade jurídica já for requerida pelo autor da ação, na petição inicial. Nesse caso, o sócio da empresa será citado para se defender, ou a própria pessoa jurídica, no caso de desconsideração inversa.

A decisão que julgar o incidente será passível de recurso de agravo de instrumento, ou, quando decidida em segundo grau, pelo relator do recurso, será passível de agravo interno.

As inovações trazidas pelo Novo CPC acerca da desconsideração da personalidade jurídica vieram para disciplinar o procedimento, pois esta regulação até então não existia. A prática era conduzida de acordo com os entendimentos doutrinários e/ou jurisprudenciais, ou nem isso, o que muitas vezes acarretava em abusos e ilegalidades.

.....
²³TUCCI, José Rogério Cruz e. "Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil". *Consultor Jurídico*. Artigo publicado em 23/08/2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-23/paradoxo-corte-desconsideracao-personalidade-juridica-cpc>. Acesso em 24/08/2015.

²⁴MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 269.

Considerações finais

A regra geral, na maioria dos tipos societários existentes no Brasil, é a separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio pessoal dos seus sócios. Essa proteção do patrimônio pessoal teve origem da necessidade, do intuito, de proteger o empreendedor, a fim de fomentar o desenvolvimento da indústria e do comércio, com o surgimento de novas empresas.

Com relação à proteção do patrimônio pessoal dos sócios, alguns empresários começaram a visualizar nessa "proteção" uma oportunidade para se utilizar da empresa para lesar terceiros e obter vantagens indevidas. Por isso, o direito teve que encontrar formas de coibir esse tipo de utilização da sociedade, protegendo as pessoas/empresas lesadas e punindo os fraudadores.

Foi dessa necessidade de coibir fraudes e lesão intencional a terceiros que surgiu a possibilidade de fazer os sócios responderem com seu patrimônio pessoal pelas obrigações assumidas e não cumpridas pela sociedade empresária. Trata-se de uma proteção, agora, aos credores da empresa, diante da atitude de seus sócios.

Apesar de o encerramento irregular da sociedade ser utilizado, muitas vezes, como justificativa para a desconsideração da personalidade jurídica, recentemente o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que tão somente o encerramento irregular não é hábil a acarretar na desconsideração.

É o que constou na decisão que julgou os Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.306.553/SC, de relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti.

A possibilidade de responsabilização dos sócios pelas dívidas contraídas e não pagas pela empresa está prevista em inúmeros dispositivos legais, como o Código Civil, a Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005), A Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76), o Código Tributário Nacional - CTN, o Código de Defesa do Consumidor - CDC, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, a lei que pune Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998) e a Lei Antitruste (Lei nº 12.529/2011).

O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) trouxe uma importante inovação legislativa com relação ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica. A matéria é tratada do artigo 133 ao artigo 137 do Novo CPC.

5 A desconsideração da personalidade jurídica e o novo Código de Processo Civil

A nova disposição estabelece que será instaurado o contraditório antes de ser aplicada a desconsideração. Aplicar-se-á, também, nos casos de desconsideração inversa. Isso trará a possibilidade de se evitar diversos abusos na utilização do instituto da desconsideração.

É importante frisar que o Código Civil estabelece que a responsabilização do sócio deve se dar "a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo" (disposição que também constou no Novo CPC). Todavia, é muito comum, na prática, vermos decisões judiciais imputando responsabilidades aos sócios "de ofício".

A responsabilização dos sócios pelas obrigações não cumpridas pela sociedade empresária tem o intuito nobre de amparar os credores desta sociedade. Todavia, o que se vê em muitos casos é a imputação de responsabilidade aos sócios de forma indiscriminada, principalmente na Justiça do Trabalho. Essa crise da aplicação da desconsideração de modo irrestrito está ocorrendo porque a limitação da responsabilidade está sendo associada à saúde financeira da empresa. Há a ideia equivocada de que a limitação da responsabilidade só existe em virtude da personificação da sociedade e, se a pessoa jurídica vai mal, a limitação da responsabilidade também deve ir.

O que está ocorrendo é que muitos julgadores têm optado por fazer uma espécie de aplicação de justiça social com o patrimônio alheio, sem qualquer previsão legal e sem amparo em suficiente instrução processual. Está havendo a banalização da desconsideração da personalidade jurídica. Tal prática deve cessar, imediatamente, sob pena de termos um enorme retrocesso na atividade empresarial.

Se essa prática reiterada de responsabilização dos sócios continuar, não há dúvidas de que o empreendedor pensará duas vezes antes de constituir uma empresa e atuar na formalidade.

A verdade é que, hoje, no Brasil, o empreendedor deve refletir muito sobre os riscos envolvidos antes de abrir uma empresa. Com certeza, o risco de ter que responder com seu patrimônio pessoal pelas dívidas contraídas e não pagas pela empresa, no caso de um eventual insucesso, é o maior deles!

Mas o Novo Código de Processo Civil veio em boa hora para instituir o direito ao contraditório prévio à desconsideração da personalidade jurídica, o que, com certeza, evitará que ocorram inúmeros abusos que ocorriam antes de sua vigência.