

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL NA AÇÃO DE EXECUÇÃO

Aline Cristina Antonio Somera¹
Vinícius SecafenMingati²

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo demonstrar as características que envolvem a importância da autonomia da personalidade jurídica diante da aplicação do instituto da desconsideração, à luz da legislação referente ao tema e dos posicionamentos doutrinários a respeito.

Palavras-chave: Desconsideração. Autonomia. Credor.

ABSTRACT

The present study aims to demonstrate the characteristics that involve the importance of the autonomy of the legal entity in the face of the application of the institute of disregard, in the light of the legislation on the subject and the doctrinal positions on the subject.

Keywords: Disregard. Autonomy. Creditor.

1. INTRODUÇÃO

Com as transformações ocorridas pela sociedade ao longo do tempo, o homem passou a ser dotado de capacidade jurídica, tornando-se sujeito de direitos e de obrigações, o que lhe acarreta inúmeras responsabilidades e encargos, proporcionando um campo vasto de possibilidades.

Entre as inovações do homem, criou-se a personalidade jurídica, a fim de incentivar o desenvolvimento das atividades econômicas. Sendo possível, assim, que as pessoas naturais exerçam diretamente seus negócios, porém sem assumir as responsabilidades das obrigações integralmente da empresa.

Em regra, a empresa é a titular de direitos e deveres em razão do princípio da autonomia patrimonial, sendo que o sócio não responde pelas obrigações da sociedade. Pois, temos que a personalidade jurídica confere à sociedade uma existência diversa em relação aos sócios, sendo então uma entidade jurídica individualizada e autônoma. No entanto, essa autonomia muitas

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Cidade Verde UniCV- Maringá Pr. Aprovada no exame da Ordem dos Advogados do Brasil XXXIV. Email: nynaline18@hotmail.com

² Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2012). Especialista em Direito Público pela Uniderp (2011). Especialista em Gestão Estratégia de Pessoas pela UniCesumar (2020). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá - UEM (2006).

vezes é utilizada como um instrumento para a realização de fraude contra credores, ou seja, o abuso da personalidade jurídica.

Dessa forma, para conter as práticas fraudulentas dos sócios na utilização da pessoa jurídica, a doutrina desenvolveu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Por consequência, nesta situação, afasta-se o princípio da autonomia patrimonial, havendo então a possibilidade de o credor executar seu crédito atingindo o patrimônio dos sócios, presumindo-se que a empresa insolvente se enriquece em detrimento dos credores, com a apropriação do patrimônio da sociedade empresarial.

No entanto, a desconsideração da personalidade jurídica não é uma tarefa fácil para o credor em um processo judicial. Isto porque a lei, entre elas a Lei de Liberdade Econômica, n. 13.874/19, que alterou o Código Civil na redação do art. 50, dificulta a satisfação executiva da parte interessada. Assim ocorre porque a legislação, no intuito de garantir a segurança jurídica, não permite o incidente de desconsideração da personalidade jurídica pelo fato da insolvência do devedor, ou seja, o credor tem que provar concretamente outros requisitos, como o abuso da personalidade ou fraude por parte dos sócios devedores. Com apenas o fato da insolvência por parte da sociedade não se autoriza a desconsideração para alcançar os bens da pessoa física.

Sendo assim, esse trabalho busca demonstrar o problema que envolve a eficácia do alcance do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, bem como sua aplicação em relação ao combate à fraude aos credores, em face do princípio da autonomia patrimonial. Visto que, na atualidade, diante da legislação em prol do devedor, a segurança jurídica tende a prejudicar o princípio da satisfação executiva do credor.

2. PERSONALIDADE JURÍDICA

Primeiramente, sabe-se que a personalidade jurídica é adquirida pela pessoa a partir de seu nascimento. Conforme estabelecido em lei, mais precisamente no art. 2.º do Código Civil brasileiro: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Ainda, segundo Pontes de Miranda³:

(...) ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito. Ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito. Não importa, se é munido de pretensão e ação, ou exceção. Mas importa que haja direito. Se alguém não está em relação de direito, não é sujeito de direito: é pessoa; isto é, o que pode ser sujeito de direito, além daqueles direitos que o ser pessoa produz. O ser pessoa é fato jurídico: com o nascimento, o ser humano entra no mundo jurídico, como elemento do suporte fático em que o nascer é o núcleo.
(...)

³MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, p. 207-209. Rio de Janeiro: Borsó, 1972.

Personalidade é o mesmo que (ter) capacidade de direito, poder ser sujeito de direito.

A princípio a personalidade jurídica é a ideia de que uma pessoa, seja física ou jurídica, tenha capacidade de adquirir direitos e contrair deveres na sociedade, aqueles impostos em previsão legal. Assim chamados direitos e deveres positivados!

Nesse sentido, surge o questionamento de: a quem cabe a criação e regulamentação desses referidos direitos e deveres? A resposta é simples, ao Estado, a quem é deferido o monopólio de produzir ou controlar a produção de normas jurídicas, mediante leis, que só reconhecem os limites por elas mesmas estabelecidos. Assim é definido por Roberto Lyra Filho:

De todo modo, as normas - isto é, como vimos, os padrões de conduta, impostos pelo poder social, com ameaça de sanções organizadas (medidas repressivas, expressamente indicadas, com órgão e procedimento especiais de aplicação) - constituem, para o positivismo, o completo Direito.⁴

Sendo assim, o Estado atribuiu ao cidadão a personalidade jurídica, para capacitá-lo em direitos e deveres na sociedade, de modo a exercer a contraprestação de aplicar as sanções estabelecidas, no caso de um descumprimento dos deveres que a lei impõe.

Já a extinção da personalidade jurídica da pessoa física ocorre com a sua morte, conforme previsão legal do art. 6º, Código Civil. “A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.”⁵

Logo, no caso de empresas, temos que a personalidade jurídica confere à sociedade empresarial uma existência diversa em relação aos sócios ou seu administrador, sendo uma entidade jurídica individualizada e autônoma, com atuação abstrata dos sócios. Conseqüentemente, a personalidade jurídica é o agrupamento de bens e pessoas em prol da realização de um objetivo comum, legalmente previsto por lei e revestido de titularidade de direitos e deveres na ordem civil. Assim, elucida Caio Mário da Silva Pereira:

[...] a complexidade da vida civil e a necessidade da conjugação de esforços de vários indivíduos para a consecução de objetivos comuns ou de interesse social, ao mesmo passo que aconselham e estimulam a sua agregação e polarização de suas atividades, sugerem ao direito equiparar à própria pessoa humana, certos agrupamentos de indivíduos e certas destinações patrimoniais e lhe aconselham atribuir personalidade e capacidade de ação aos entes abstratos assim gerados. Surgem, então, as pessoas jurídicas.⁶

⁴LYRA, Roberto Filho. **O Que é direito**. Editora: Brasiliense s.a: São Paulo Edição: 11ª, 1ª edição: 1982; Coleção Primeiros Passos, nº 62; 2, Pag. 18.

⁵Art. 6º Código Civil Brasileiro de 2002.

⁶PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 198-199. v. 1.

Nesse sentido, a empresa tem direito e dever próprio, acarretando a separação patrimonial da sociedade em relação aos seus sócios. Dessa forma, em se tratando de personalidade jurídica da empresa, esta decorre do fato de a sociedade constituir: nome próprio, patrimônio próprio e domicílio próprio.

Na prática, para constituir a personalidade jurídica só é possível através da inscrição do ato constitutivo da sociedade no registro próprio. Especificamente, o ato da sociedade empresária é feito pelo registro público das empresas mercantis na Junta Comercial, e para a sociedade simples é feito registro civil das pessoas Jurídicas. Logo, a sua extinção, ocorre com a averbação da dissolução e respectiva liquidação da sociedade no mesmo órgão de registro de sua abertura.⁷

3. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL

Em conjunto com a personalidade jurídica a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas também passou a vigorar na legislação brasileira, prevista no Art.1.024^o do Código Civil, que diz: “os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”. Por isso, a autonomia patrimonial possibilita a limitação da responsabilidade dos sócios diante dos débitos adquiridos perante os credores.

O autor Fábio Ulhoa Coelho destaca tal importância do princípio:

Da personalização das sociedades empresárias decorre o princípio da autonomia patrimonial, que é um dos elementos fundamentais do direito societário. Em razão desse princípio, os sócios não respondem, em regra, pelas obrigações da sociedade. [...] Se não existisse o princípio da separação patrimonial, os insucessos da exploração da empresa poderiam significar a perda de todos os bens particulares dos sócios, amealhados ao longo do trabalho de uma vida ou mesmo de gerações, e, nesse quadro, menos pessoas se sentiriam estimuladas a desenvolver novas atividades empresariais.⁸

⁷Arts: 1^o, 45^o, 51^o, § 1^o,985^o e 1.150^o, **Código Civil Brasileiro de 2002**, “**Art. 1** ^oToda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” “**Art. 45**. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.” “**Art. 51**. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua. § 1^o Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução.” “**Art. 985**. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos.” “**Art. 1.150**. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.”

⁸COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 14-6. v. 2.

Todavia, em muitas das vezes, utilizando-se da autonomia patrimonial, sócios e administradores não deixam, na sociedade, bens suficientes para pagamento das dívidas da pessoa jurídica, deixando suas obrigações para com os credores insatisfeitas. Como ocorre, por exemplo, em muitas vezes, na figura da “holding”⁹, que tem se tornado cada vez mais comum no Brasil, com o objetivo de blindagem patrimonial. Seu uso, inegavelmente, pode ser benéfico em diversos aspectos, conforme ensina a doutrina:

As holdings são sociedades não operacionais que tem seu patrimônio composto de ações de outras companhias. São constituídas ou para o exercício do poder de controle ou para a participação relevante em outras companhias, visando nesse caso, constituir a coligação. Em geral, essas sociedades de participação acionária não praticam operações comerciais, mas apenas a administração de seu patrimônio. Quando exerce o controle, a holding tem uma relação de dominação com as suas controladas, que serão suas subsidiárias. (CARVALHOSA, 2009, 14).

Assim sendo, em um primeiro momento, pode-se afirmar que a utilização do princípio da autonomia patrimonial favorece, de certa forma, o devedor. Visto que, em regra, os componentes da sociedade somente responderão por débitos nos limites do capital social, ficando a salvo o patrimônio individual. Entretanto, para conter as práticas fraudulentas dos sócios na utilização da pessoa jurídica, a doutrina desenvolveu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Por consequência, nesta situação, afasta-se o princípio da autonomia patrimonial, havendo então a possibilidade de o credor executar seu crédito atingindo o patrimônio dos sócios, presumindo-se, que a empresa insolvente se enriquece em detrimento dos credores, com a apropriação do patrimônio da sociedade empresarial.

Nesse sentido explana Fábio 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. Não seria possível a coibição se respeitada a autonomia da sociedade. Note-se, a decisão judicial que desconsidera a personalidade jurídica da sociedade não desfaz o seu ato constitutivo, não o invalida, nem importa sua dissolução. Trata, apenas e rigorosamente, de suspensão episódica da eficácia desse ato. Quer dizer, a constituição a pessoa jurídica não produz efeitos apenas no caso em julgamento, permanecendo válida e inteiramente eficaz para todos os fins.¹⁰

⁹ Instituída pela Lei nº 6.404/76. Lei das Sociedades Anônimas.

¹⁰COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 40.

Cabe trazer em tela, como exemplo, o assunto abordado pela ministra Nancy Andrighi em seu voto nos Embargos de Divergência n.º 1.518.169¹¹, STJ, quando discutido sobre a permissão da penhora de salário para pagamento de qualquer categoria de dívida, não apenas para as dívidas de caráter alimentar. Na decisão da ministra Nancy Andrighi, ela afirma que “Não tem sentido criarmos o poder judiciário e os mecanismos de execução para chegar ao final de todo o esforço e não haver resultado algum.” “[...]para decidir é preciso colocar em confronto os princípios, no sentido de que a execução tem que existir para dar resultado.” “[...] Nunca sacrificar demais o devedor e nem deixar o exequente de “mãos abanando””.

No caso, verifica-se o confronto entre o exequente tentando receber e a lei tentando garantir a segurança jurídica ao executado.

Desta feita, percebe-se que, quando observado um processo em que o exequente busca receber uma dívida do executado, sendo este uma pessoa jurídica insolvente que se apoia na legislação através do princípio da autonomia patrimonial e da segurança jurídica, ocorre um confronto entre o princípio da autonomia patrimonial e o princípio da satisfação executiva.

4. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Além da extinção da personalidade jurídica, também existe a possibilidade de sua desconsideração. Neste caso só é possível ocorrer quando se trata da personalidade jurídica empresarial.

Embora a regra no ordenamento jurídico pátrio seja o princípio da autonomia patrimonial, em que o patrimônio particular do sócio não se confunde com o patrimônio da sociedade, existem situações em que a lei permite utilizar-se da modalidade de desconsideração da personalidade jurídica. Neste caso, o sócio responsável responderá, de forma solidária com todo o seu patrimônio pelas dívidas contraídas pela empresa, como ocorre em situações de abuso da personalidade jurídica.

Nesse sentido afirma Fabio Ulhoa:

Se o patrimônio social não for suficiente para integral pagamento dos credores da sociedade, o saldo passivo poderá ser reclamado dos sócios, em algumas sociedades, de forma ilimitada, ou seja, os credores poderão saciar seus créditos até a total satisfação, enquanto suportarem os patrimônios particulares de cada sócio. Em outras sociedades, os credores somente poderão alcançar dos patrimônios particulares um determinado limite, além do qual o respectivo saldo será perda que deverão suportar. Em um terceiro grupo de sociedades, alguns dos sócios têm responsabilidade ilimitada e outros não.¹²

¹¹EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.518.169 - DF. (2015/0046046-7).

¹²COELHO, Fabio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 117.

Sendo assim, é necessário desconsiderar a personalidade da empresa para alcançar o patrimônio dos sócios, pois normalmente as empresas estão classificadas no formato de responsabilidade limitada, as sociedades chamadas “Ltda.” ou “limitada”. Neste modelo, as dívidas recaem sobre a pessoa jurídica e não sobre a pessoa física: a empresa é responsável pelos débitos. Isso acontece porque a pessoa jurídica representante da companhia é considerada um ente independente, portanto uma figura totalmente desvinculada dos sócios. Essa distinção é determinada pelo princípio da autonomia patrimonial.

Para Flávio Tartuce,

[...]as pessoas jurídicas, também denominadas de pessoas coletivas, morais, fictícias ou abstratas, podem ser conceituadas como sendo conjunto de pessoas ou de bens arrecadados, que adquirem personalidade jurídica própria, por uma ficção legal" (...) "a pessoa jurídica é capaz de direitos e deveres a ordem civil, independentemente dos membros que a compõem, com os quais não tem vínculo, ou seja, sem qualquer ligação com a vontade individual das pessoas naturais que a compõem, em outras palavras há uma autonomia da pessoa jurídica em relação aos seus sócios e administradores. Em regra, os seus componentes somente responderão por débitos dentro dos limites do capital social, ficando a salvo o patrimônio individual dependendo do tipo societário.¹³

Nesse sentido, dependendo do tipo societário não ocorre a confusão patrimonial imediata, necessitando a aplicação do instituto da desconsideração jurídica. Pois, nessas sociedades fica restringido o patrimonial particular do empresário, onde as cotas e participações são estipuladas em contrato, assim a pessoa jurídica tem personalidade diferente da pessoa física, portanto, a responsabilidade diante de dívidas é limitada ao valor capital da empresa.

Isso ocorre nos tipos societários de natureza jurídica LTDA., (Sociedade Limitada), empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), e na Sociedade Anônima (S/A). Bem como, na Sociedade Limitada Unipessoal, esta embora seja de responsabilidade individual, não é preciso ter sócios. Portanto, o patrimônio do empreendedor fica separado do patrimônio da empresa, onde o sócio não se responsabiliza pelas dívidas da empresa, exceto se comprovado o abuso de personalidade. Assim conceitua o doutrinador Fábio Ulhoa:

Deve-se desde logo acentuar que os sócios da sociedade empresária não são empresários. Quando pessoas (naturais) unem seus esforços para, em sociedade, ganhar dinheiro com a exploração empresarial de uma atividade econômica, elas não se tornam empresárias. A sociedade por elas constituída, uma pessoa jurídica com personalidade autônoma, sujeito de direito independente, é que será empresária, para todos os efeitos legais. Os sócios da sociedade empresária são empreendedores ou investidores de acordo com a colaboração dada à sociedade (os empreendedores, além de capital, costumam dedicar também trabalho à pessoa jurídica na condição de seus administradores, ou as controlam; os investidores limitam-se a aportar

¹³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Lei de Introdução e Parte Geral**. 14.^a edição, Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 245 e 269.

capital). As regras que são aplicáveis ao empresário individual não se aplicam aos sócios da sociedade empresária – é muito importante apreender isto.¹⁴

Quando referir-se a empresário individual, sem formação de sociedade, com exceção da Sociedade Unipessoal, não há de se falar em incidente de desconsideração da personalidade jurídica, pois não há separação entre o patrimônio do empresário que a compõe e o da firma, assim, o sócio responde ilimitadamente pela dívida da empresa. Por exemplo, a empresa individual do Microempreendedor Individual (MEI) e o Empresário Individual (EI), que possuem um único dono. Nestes casos a desconsideração da personalidade jurídica ocorre naturalmente, pois o patrimônio do administrador se confunde com o da empresa, sendo assim, insolvente a pessoa jurídica o patrimônio particular do empreendedor é atingido, através do requerimento da parte interessada na ação.

Assim, nem sempre será necessária a desconsideração da personalidade jurídica. De acordo com o regime de responsabilidade patrimonial do tipo de sociedade de que faz parte a empresa, como o empresário individual atuando em nome próprio, o patrimônio pessoal será responsabilizado nas obrigações assumidas no exercício da atividade profissional.

Tratando-se, portanto, de uma mera ficção jurídica que permite a pessoa natural atuar no mercado com benefícios próprios de uma pessoa jurídica. Sobre o tema leciona Rubens Requião:

De acordo com a Lei 9.841/99, considera-se microempresa a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que tiver receita bruta igual ou inferior a R\$244.000,00. A firma individual (hoje denominada firma mercantil individual pela Lei 8.934/94, art. 32, II, "a"), do empresário individual, registrada no Registro do Comércio, atualmente Registro Público das Empresas Mercantis, chama-se também de empresa individual e empresário, pelo Código Civil. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina explicou muito bem que o comerciante singular vale dizer, o empresário individual, é a própria pessoa física ou natural, respondendo os seus bens pelas obrigações que assumiu, quer sejam civis, quer comerciais. A transformação de firma individual em pessoa jurídica é uma ficção do direito tributário, somente para o efeito do imposto de renda.¹⁵

Portanto, dependendo da classificação societária, ou seja, dependendo da descrição da natureza jurídica empresarial, não será necessário o procedimento de incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Pois, conforme exposto, nos casos específicos a desconsideração ocorrerá automaticamente pela confusão patrimonial entre a pessoa natural e a pessoa jurídica.

4.1 TEORIAS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

¹⁴ COELHO. Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial Direito de empresa**. 22ª Edição. Saraiva. pag. 19/10.

¹⁵ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. vol. I, 25ª ed., Saraiva: São Paulo, 2003, p. 34 e 78.

As possibilidades da desconsideração da personalidade jurídica são baseadas por duas teorias, sendo elas, a teoria menor aduzida pelo Código Defesa do Consumidor e a teoria maior, trazida pelo Código Civil e conceituada pela Lei de Liberdade Econômica.

A teoria maior a desconsideração, para ser deferida, exige a presença de dois requisitos: o abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial e o prejuízo ao credor. Essa teoria foi adotada pelo art. 50 do Código Civil vigente¹⁶.

No entanto, na maioria das vezes, na prática processual, para a comprovação desses requisitos, é necessário muito empenho pelo credor, como a realização de perícia contábil, de modo a averiguar a documentação da empresa devedora, além de todo o balanço e registros dos bens dos sócios, entre outras situações que possam configurar o abuso da personalidade jurídica. Ainda assim, será praticamente impossível comprovar a fraude, confusão patrimonial e o desvio de patrimônio, tendo em vista que o sócio de má-fé, a fim de prejudicar seus credores através da autonomia da personalidade jurídica, não vai registrar em documentos e balanços, seus atos fraudulentos, visto que já possui a intenção de ocultação patrimonial com o abuso da personalidade jurídica.

Já para a teoria menor a desconsideração da personalidade jurídica exige um único elemento, o prejuízo ao credor, sendo adotada pelo art. 28º do Código de Defesa do Consumidor.¹⁷ Ou seja, o Poder Judiciário permite que o patrimônio dos sócios seja atingido, mitigando o princípio da autonomia patrimonial, quando há tão somente a prova de insolvência da pessoa jurídica no pagamento de suas obrigações.

Essa teoria é muito adotada pela jurisprudência trabalhista, que mesmo na ausência de previsão legal específica, frequentemente aplica a tese, conforme entendimento doutrinário de Valentin Carrion:

No direito do trabalho, tem sido aplicada nas hipóteses de abuso de direito, excesso de poder, como os casos de violação da lei ou do contrato, meios fraudulentos e insuficiência de bens da empresa. Amador Paes de Almeida admite-a quando os administradores utilizam a pessoa jurídica, aparentemente na forma da lei, com o desvio de sua exata função: 1) uso abusivo da sociedade; 2) fraude, como artifício para prejudicar terceiros, levados a efeito "dentro de presumida legalidade"; 3) confusão patrimonial; 4) insuficiência do capital social "para o exercício de sua atividade empresarial". O incidente

¹⁶ Código Civil de 2002. Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019).

¹⁷TARTUCE, Flávio. Op. cit., p. 151. 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.

de desconsideração da personalidade jurídica do novo CPC, art. 133, poderá ser utilizado no processo do trabalho, assim o art. 855-A e assim já indicava o TST (IN 39/16, art. 6º).¹⁸

Cumprе destacar que, por considerar em primeiro lugar a vulnerabilidade do trabalhador, na Justiça do Trabalho é adotada a teoria menor para a desconsideração da personalidade jurídica. Visto que essa depende apenas da insolvência, facilmente comprovada pela parte interessada nos autos.

Porém, na esfera cível o exequente não pode contar com essa mesma sorte, pois na legislação vigente prevalece a teoria maior. Dessa forma recai sobre o credor o ônus da difícil comprovação dos requisitos legais para alcançar a satisfação executiva.

5. INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A consagração do instituto da desconsideração da personalidade jurídica veio pela jurisprudência, tendo sido positivado pelo Código Civil de 2002 em seu art. 50, já que o Código Civil de 1916 não trazia nenhuma norma sobre esse instituto.

Em regra, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica não pode ser instaurado de ofício pelo juiz, devendo haver pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, conforme disposto no caput no art. 133 do CPC: “o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo”, bem como o § 4º do art. 795 do CPC “para desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código”.

Em síntese, na prática, a instauração do incidente ocorre por meio de um processo de conhecimento, objetivando a sentença que declare a desconsideração ou não da personalidade jurídica ao suscitante. Quando se trata de uma ação de execução cível, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica deve ser distribuído por dependência da ação principal, pois conforme o Art. 1.024, do Código Civil,¹⁹ em regra primeiramente deve-se buscar a elucidação da dívida sobre o patrimônio da pessoa jurídica. Ou seja, primeiro se propõe a ação de execução em face da empresa, sendo esta insolvente, querendo o exequente alcançar

¹⁸ CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas**: legislação complementar, jurisprudência /Valentin Carrion; atualizado por Eduardo Carrion. 43.ª edição, São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 766. Disponibilizado em <https://www.migalhas.com.br/depeso/317462/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-ambito-trabalhista-a-luz-da-lei-da-liberdade-economica>. Acessado em 27/05/2022.

¹⁹Art. 1.024, do Código Civil, “os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”.

os bens dos sócios, este deverá aplicar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica em autos autônomo da execução.

Dessa forma, será realizar uma petição, com o número dos autos principal, a qualificação das partes, inclusive com o nome dos sócios no polo passivo. Além disso, será cadastrada e distribuída em primeiro grau de jurisdição e deverá ser recolhido às custas de distribuição, caso a parte não seja beneficiária da justiça gratuita.

Nos autos do incidente de desconsideração da personalidade jurídica o autor se chama suscitante e o réu suscitado, e o objetivo são de desconsiderar a personalidade jurídica para alcançar o patrimônio particular e incluir o nome dos sócios no polo passivo da execução em que figura como devedora a empresa.

Cabe lembrar que, o incidente pode ser instaurado em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial, conforme ilustra o Art.134 do CPC:

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.

Conforme o § 3º do referido artigo, cumpre observar que, no caso de instauração do incidente e comunicação do ato ao cartório distribuidor, o processo principal deverá ser suspenso enquanto tramitar o incidente.

Após a solicitação da desconsideração, deverá ser aberto prazo de 15 (quinze) dias para que o sócio ou a pessoa jurídica apresente defesa, a fim de que seja cumprida a garantia fundamental do contraditório e ampla defesa.²⁰

Em atendimento ao princípio do contraditório e da ampla defesa, o sócio ou administrador terá como meios de defesa os embargos do devedor, ou impugnação, nos casos de execuções de títulos executivos judiciais. Bem como os embargos de terceiro, em consonância com o princípio da fungibilidade, para aqueles que entendem que o responsabilizado ingressa no processo na condição de terceiro interessado. Há também a possibilidade de defesa por meio da exceção de pré-executividade, quando for caso que

²⁰**Art. 135.** Do CPC: 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.

independe de dilação probatória; sem esquecer, ainda, da possibilidade do sócio alegar o benefício de ordem, este previsto no art. 795, § 1.º, do CPC²¹. Esse benefício de ordem concede ao sócio o direito de responder pela dívida contraída pela sociedade apenas nos casos em que a sociedade for, primeiramente, acionada para o pagamento e restar verificado que seus bens não eram suficientes para quitar a obrigação.

Ademais, proferida a decisão nos autos do incidente, esta será interlocutória e deve ser impugnada mediante agravo de instrumento, conforme previsão do art. 136, caput, do CPC: “Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.” e do Art. 1.015, IV, CPC: “Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: IV — incidente de desconsideração da personalidade jurídica.”

Por fim, na sentença do incidente, sendo indeferido a desconsideração requerida, será o suscitante condenado ao pagamento de custas e despesas processuais. Após, transitado em julgado, será informado o resultado do incidente na ação principal onde será intimado o exequente para dar seguimento no feito.

6. LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

Ao se tratar de desconsideração da personalidade jurídica, vale ressaltar a importância da recente Lei nº 13.874/2019, sancionada pelo governo federal em 2019, conhecida como lei da liberdade econômica. O objetivo da referida lei é estabelecer garantias de livre mercado e a livre iniciativa comercial.

Ao alterar, dentre outros, o art. 50 do Código Civil vigente, esta lei considera-se um impacto significativo ao instituto do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Isso porque, com a modificação do referido artigo, a desconsideração só poderá ocorrer em casos de dissolução irregular, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, quando demonstrada a ocorrência de abuso da personalidade jurídica. Como na utilização da pessoa jurídica para fins fraudulentos, conforme entendimento doutrinário de Fábio Ulhoa:

A desconsideração é instrumento de coibição do mau uso da pessoa jurídica; pressupõe, portanto, o mau uso. O credor da Sociedade que pretende a sua desconsideração deverá fazer prova da fraude perpetrada, caso contrário suportará o dano da insolvência da devedora. Se a autonomia patrimonial não foi utilizada indevidamente, não há fundamento para a desconsideração.²²

²¹**Art. 795.** Do CPC. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei. § 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.

²²COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 127.

Com isso, verifica-se que, por falta de provas prevalece o entendimento de que não resta suficientemente demonstrado que a empresa devedora foi dissolvida por gestão fraudulenta de seus sócios ou administradores, tampouco que houve confusão patrimonial e desvio de patrimônio, ficando assim o credor com o prejuízo, e devendo suportar o dano da insolvência da devedora.

Conforme julgamento do Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Interno em recurso especial provido, AgInt no AREsp 1797130 SP 2020/0314523-8, onde a parte interessada não conseguiu comprovar a dissolução irregular, o desvio de finalidade ou confusão patrimonial da Ré, notasse que prevalece o indeferimento em desfavor ao credor.²³

Foram inseridos requisitos pela Lei nº 13.874/19, que alterou o artigo 50 do Código Civil, para a concessão da medida de desconsideração da personalidade jurídica, caracterizados pelo abuso da personalidade jurídica, notadamente, em virtude de seu desvio de finalidade ou confusão patrimonial com sócios ou administradores.

Antes da referida alteração, não era definido o conceito de abuso que autorizava a desconsideração da personalidade jurídica, e não existia definição de confusão patrimonial ou de desvio de finalidade, ficando os magistrados abertos nas decisões sob a interpretação de responsabilidade da jurisprudência e da doutrina.

Com a lei inserida no ordenamento, a definição dos conceitos de confusão patrimonial e desvio de finalidade frisaram os requisitos para possibilidade da desconsideração. Sendo somente possível em casos de intenção clara de fraude.

Foi conceituado pela lei o desvio de finalidade como a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza “§1º, do art. 50 do Código Civil”.

Já a confusão patrimonial consiste na ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por “I- cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial”.²⁴

Ou seja, é perceptível que a alteração legislativa trouxe mais requisitos para a possibilidade de desconsideração e, conseqüentemente, maiores restrições ao deferimento da medida sem a devida ocorrência das circunstâncias indicadas na legislação civil vigente, modificada pela Lei nº 13.874/19.²⁵

²³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SP.1797130/2020.AgInt no AREsp 1797130 SP 2020/0314523-8.

²⁴§2º, do art. 50, do Código Civil

²⁵Art. 50.CC: Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo,

CONCLUSÃO

Diante ao todo exposto, é evidente o confronto entre os princípios, da autonomia patrimonial e satisfação executiva. Visto que, a legislação vigente adota a teoria maior ao deferir a desconsideração da personalidade jurídica do insolvente. Podendo assim confirmar que, na prática cível prevalece o princípio da autonomia patrimonial.

Importa destacar que as mudanças legislativas trazidas oferecem o conteúdo normativo que carecia ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Porém, em razão da segurança jurídica ofertada pela lei, é de se esperar que, haverá o aumento das constituições societárias com o intuito de fraudar seus credores, como já ocorre com frequência nas “holdings”, quando constituídas com o objetivo de desvincular o patrimônio das dívidas e obrigações contraídas pelos seus sócios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 23.07.2021.

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 23.05.2022.

BRASIL. **Medida Provisória Nº 881, de 30 de abril de 2019**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2019/medidaprovisoria-881-30-abril-2019-788037-exposicaoomotivos-157846-pe.html>>. Acesso em: 23.07.2021.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas**: legislação complementar, jurisprudência /Valentin Carrion; atualizado por Eduardo Carrion. 43.^a edição, São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 766. Disponibilizado em <https://www.migalhas.com.br/depeso/317462/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-ambito-trabalhista-a-luz-da-lei-da-liberdade-economica>. Acessado em 27/05/2022.

desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019).

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. vol. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 146.

COELHO, Fábio Ulhoa. **A teoria maior e a teoria menor da desconsideração**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais – RDB. vol. 65/2014, p. 21/30, jul/set 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial Direito de empresa**. 22ª Edição. Saraiva. pag. 19/10.

CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (Org.). **Lei da Liberdade Econômica Anotada**, vol. 1. São Paulo: QuartierLatin, 2020.

GOMEZ, Diego J. Duquelsky. **Entre a Lei e o Direito: Uma contribuição à teoria do direito alternativo**. Tradução de Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

GIORDAN, Suelyn Moraes. **A possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica inversa no âmbito da holding familiar**. Disponível em: <<https://www.medina.adv.br/a-possibilidade-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica-inversa-no-ambito-da-holding-familiar>> Acesso em: 25.05.22.

LYRA, Roberto Filho. **O Que é direito**. Editora: Brasiliense s.a: São Paulo Edição: 11ª; 1ª edição: 1982; Coleção Primeiros Passos, nº 62; 2. Pag. 18.

MASSARO, Vanessa. **O nascimento da pessoa jurídica: Friedrich Carl Von Savigny**. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5010, 20 mar. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39883>. Acesso em: 3 nov. 2021.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, p. 207-209. Rio de Janeiro: Borsó, 1972.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 198-199. v. 1.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. vol. I, 25ª ed., Saraiva: São Paulo, 2003, p. 34 e 78.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Vol. Único. 7ª Ed. São Paulo: Método, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Lei de Introdução e Parte Geral**. 14.ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 245 e 269.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos para uma nova cultura do direito**. Vol. 52. 3ª ed. São Paulo: Alga Ômega, 2001.